



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**O Direito à Saúde enquanto direito fundamental e humano – a sua
aplicação em Portugal durante a Pandemia de COVID-19**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Rui Alberto Lee de Albuquerque e Castro

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário

Número do candidato: 30007409

novembro de 2024

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Com a conclusão desta etapa do meu percurso acadêmico, cumpre-me enquanto autor desta dissertação de mestrado endereçar algumas palavras de agradecimento aos intervenientes que contribuíram para o desejado desiderato que agora se realiza.

Neste sentido, cumpre agradecer por todo o apoio prestado ao longo do processo de elaboração desta dissertação de mestrado ao Sr. Prof. Dr. Pedro Trovão do Rosário pelo qual tive a honra de ser aluno e que aceitou o meu convite para ser orientador desta dissertação de mestrado. Tendo prestado o seu precioso tempo para as necessárias e importantes indicações para a construção de um trabalho estruturado de acordo com a temática em causa, bem como pela sua análise pormenorizada feita ao longo do processo de desenvolvimento.

Agradeço à minha família mais próxima, no caso, aos meus pais, avó e tio por todo o apoio prestado para que eu alcançasse este importante degrau académico.

RESUMO

Decorrente da pertinência em analisar o enquadramento jurídico e doutrinário do direito à saúde, é necessário proceder a uma reflexão interpretativa da aplicabilidade do mesmo no ordenamento jurídico português, europeu e internacional. Para tal são analisadas as diferentes consequências suscitadas decorrentes das obrigações essenciais do Estado e dos direitos associados à Saúde que os indivíduos possuem, independentemente da sua condição, idade e outros pontos relevantes à sua condição enquanto Ser Humano. Decorrentes do direito à Saúde, diferentes normativos são alvo de interpretação através de diferentes visões doutrinárias, dos quais se destacam a Constituição da República Portuguesa e a Lei de Bases da Saúde (referentes ao Direito Interno); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Carta Europeia dos Direitos do Homem, o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia (referentes ao Direito da União Europeia); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (referentes ao Direito Internacional). Por conseguinte fazendo um exercício de maior pormenorização e de conexão, é feita uma investigação nos âmbitos normativos e doutrinários da pandemia de COVID-19 instituída em Portugal em março de 2020 e que foi alvo da primeira decretação do estado de exceção constitucional por parte do Presidente da República e que se traduziu num Estado de Emergência de acordo com a Lei Fundamental. Assim, é objetivo desta dissertação interpretar os diferentes enquadramentos jurídicos e doutrinários no que diz respeito ao direito à saúde mais concretamente à sua aplicação, bem como analisar a aplicabilidade do estado de exceção constitucional que vigorou a partir de março de 2020 tendo em conta as interrogações suscitadas pelos juristas em Portugal.

Palavras-chave: direito, saúde, fundamental, humano, Estado, exceção, emergência.

ABSTRACT

Arising from relevance to the analysis the legal and doctrinal framework of the Health Law, it is necessary to carry out an interpretative reflection of the application the same on the Portuguese, European and international legal systems. To this end, the different consequences arising from the essential obligations of the State and the laws associated with Health that individuals have, regardless of their condition, age and other points relevant to their condition as a Human Being, are analyzed. Arising from the Health Law, different regulations are subject to interpretation through different doctrinal views, of which the Constitution of the Portuguese Republic and the Basic Health Law (referring to Internal Law) stand out; the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Charter of Human Rights, the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (referring to European Union Law); the Universal Declaration of Human Rights, the American Convention on Human Rights and the International Covenant for Economic, Social and Cultural Rights (referring to International Law). Therefore, carrying out an exercise in greater detail and connection, an investigation is carried out in the normative and doctrinal spheres of the COVID-19 pandemic established in Portugal in March 2020 and which was the target of the first decree of the state of constitutional exception by the President of the Republic and which translated into a State of Emergency in accordance with the Fundamental Law. Therefore, the objective of this dissertation is to interpret the different legal and doctrinal frameworks with regard to the right to health, more specifically its application, as well as to analyze the applicability of the constitutional state of exception that came into force from March 2020, taking into account the questions raised by jurists in Portugal.

Keywords: law, health, fundamental, human, State, exception, emergency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1- O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO CONCEITO ASSOCIADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AOS DIREITOS HUMANOS	9
1.1- O Direito à Saúde – a sua valorização a partir do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa	14
1.2- O Direito à Saúde associado ao regime de proteção dos Direitos Humanos	27
1.3- O Direito à Saúde de acordo com a perspetiva da União Europeia	40
1.4- O Impacto do Pacto de São José da Costa Rica no Direito à Saúde	44
2- O COMPORTAMENTO DE PORTUGAL PERANTE A PANDEMIA DE COVID-19 EM TERMOS LEGAIS – BREVE ENQUADRAMENTO	52
2.1- Perspetiva Constitucional Portuguesa do Direito à Saúde – artigo 64.º da CRP	55
2.2- A atitude do Estado perante a crise sanitária – o estado de exceção	60
3- O ESTADO DE EMERGÊNCIA NO ÂMBITO DA SITUAÇÃO DE PANDEMIA DE COVID-19.....	79
3.1- Alguns dos comportamentos jurídicos dos diferentes órgãos de soberania portugueses perante o estado de emergência	88
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

LISTA DE ABREVIATURAS

AR – Assembleia da República

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Convenção Interamericana de Direitos Humanos

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Comissão Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPA – Código do Procedimento Administrativo

DESC – Direitos Económicos, Sociais e Culturais

DLG – Direitos, Liberdades e Garantias

DPR – Decreto do Presidente da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Gov. – Governo

IDH – Interamericana de Direitos Humanos

LBPC – Lei de Bases da Proteção Civil

LRESEE – Lei que regula o Estado de Sítio e o Estado de Emergência

MAI – Ministério da Administração Interna

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

PR – Presidente da República

RCM – Resolução do Conselho de Ministros

RESEE – Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência

SNS – Serviço Nacional de Saúde

TC – Tribunal Constitucional

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Decorrente do estatuto do conceito de acesso aos cuidados de saúde possuir um estatuto de direito fundamental e humano, o mesmo necessita de estar refletido numa disponibilização dos cuidados de saúde que se pretendem acessíveis para a população para que a mesma utilize os respetivos serviços, tendo em conta para tal a eliminação de barreiras económicas, sociais e culturais, e se garanta uma utilização plena. Para tal necessitamos de ter em conta o conceito de equidade que deverá estar intimamente associado aos cuidados de saúde e à questão de justiça distributiva dos serviços de saúde.

Importa por isso referir que a Organização Mundial de Saúde (OMS) refere que todas as pessoas deverão alcançar o potencial máximo de saúde, sem influência das disparidades económicas e sociais, ou seja deverá existir uma ausência de diferenças sistemáticas ou evitáveis que se reflitam na saúde e nos grupos populacionais em termos sociais, geográficos ou demográficos¹.

Neste sentido, torna-se relevante referir que em termos basilares, a relação entre o Direito e a Saúde na época contemporânea é uma discussão que deve ser alvo de reflexão e de consequentes questões, nomeadamente as obrigações essenciais do Estado e os Direitos associados à Saúde que os indivíduos possuem, independentemente da sua condição, idade e outros pontos relevantes à sua condição enquanto Ser Humano.

Decorrente do referido e tendo em conta a aplicação do Direito à Saúde em Portugal durante a Pandemia de COVID-19, a suspensão de Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) deverá ter por base o cumprimento do princípio do Estado de Direito Democrático, presente na norma fundamental e que teve por missão garantir o cumprimento por parte de um órgão que possua legitimidade democrática, dos quais se exclui o Governo² e tendo em conta que o Presidente da República é considerado um órgão político de garante da independência nacional, da unidade do Estado e do normal funcionamento das instituições³.

¹ Furtado, C. & Pereira, J. (2010, julho). Equidade e Acesso aos Cuidados de Saúde. *Escola Nacional de Saúde Pública*, 4.

² Bargado (2020, p. 278), *Apud* Estrela, M. B. (2022). *A restrição de Direitos, Liberdades e Garantias por via regulamentar em contexto de Pandemia*. [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Católica]. Repositório da UCP. <http://hdl.handle.net/10400.14/40165>. p.9.

³ Vaz (1996, p. 344), *Apud* Estrela, M. B., *Op. cit*, p. 10.

Neste sentido e tendo em conta a temática da dissertação, analiso numa primeira parte o enquadramento técnico-jurídico do Direito à Saúde nos contextos nacional, europeu e internacional refletida nas diferentes perspetivas doutrinárias dos diferentes diplomas normativos como a Constituição da República Portuguesa (CRP), mais concretamente no que diz respeito ao respeito pelo princípio constitucional basilar da proporcionalidade previsto no artigo 18.º da CRP; o Pacto de São José da Costa Rica; o Pacto Internacional para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional para os Direitos Civis e Políticos bem como os diferentes diplomas normativos europeus como a Carta Europeia dos Direitos do Homem e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) entre outros.

De seguida, é realizada uma análise doutrinária ao conteúdo normativo do artigo do 64.º da CRP tendo nomeadamente em conta as diferentes visões e os consequentes cenários jurídicos que se vêm a desencadear com a aplicação dos Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) previstos constitucionalmente e relacionando-os com o decreto do Presidente da República (PR) de março de 2020 que instituiu o Estado de Emergência e que mereceram uma especial análise por parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Por fim, procede-se a uma investigação analítica a alguns dos comportamentos jurídicos adotados pelos órgãos de soberania em Portugal decorrente do Estado de Exceção Constitucional que vigorou durante a Pandemia de COVID-19 e que a doutrina questiona tendo em conta o conteúdo da norma constitucional.

1- O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO CONCEITO ASSOCIADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AOS DIREITOS HUMANOS

Antes de proceder ao estudo e análise do Direito à Saúde no contexto jurídico-constitucional e internacional, cumpre desenvolver o enquadramento conceptual do referido conceito, que se encontra desenvolvido, nomeadamente, no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (doravante OMS) que estipulou em 1946, que a saúde se caracteriza por “um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Ou seja, no conceito em questão está subjacente a ideia de que a criação da OMS permite abranger uma conceptualização diversa na medida em que este permite, que se proceda a uma integração não apenas da ausência de qualquer doença, mas também no que diz respeito a todas as situações referentes ao bem-estar físico, mental e social, que se integra no conceito de saúde física e mental, promovendo assim o objetivo de não discriminar qualquer ser humano tendo em conta as suas características, o ambiente socioeconómico e cultural em que se integra, bem como a sua contextualização histórico-cultural em que se encontram.

Neste sentido, importa salientar que os Estados-Membros constituintes da OMS estabeleceram que o direito à saúde traduz-se num “dos direitos fundamentais de todo o ser humano”, direito este que é transversal a todo e qualquer ser humano, independentemente da raça, religião, credo político, condição económica ou social.

Ao ser estabelecido no artigo 1.º da Constituição da OMS o objetivo primordial do sentido e alcance da saúde, verificamos que o referido normativo assenta-se numa regra universal de se proceder ao alcance de todo e qualquer ser humano, sem colocar um carácter diferenciador tendo em conta o local e condição em que o ser humano se encontra⁴.

Decorrente da consagração da saúde enquanto direito fundamental em diferentes constituições, no qual se inclui a Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, verifica-se que apesar do referido, não é perentória a conceção de que a saúde seja considerada com um direito, incluindo nos casos em que o mesmo não ocorre, podendo ainda

⁴ Rodrigues, C. & Campina, A. (2022). O Direito à Saúde e o SNS em Portugal – Uma interpretação de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Constituição da República Portuguesa. *RJLB*, (4), 768-769.

não existir consenso acerca do seu enquadramento conceptual bem como, da execução do direito em causa. Ou seja, a saúde enquanto direito está articulada com duas ideias principais – a universalidade, na medida em que a saúde é um direito de todos os cidadãos – e a de que a saúde, tendo em conta a definição estabelecida pela OMS, não deve ser considerada apenas como uma ausência de doença, mas sim como um estado geral de bem-estar em que a realização e proteção provêm de um conjunto de condições económicas, sociais e políticas que ultrapassam a área das políticas de saúde e dos cuidados de saúde⁵.

Neste sentido, o direito à saúde apresenta-se atualmente como um conceito abrangente, que de acordo com alguns autores se reflete num direito a uma melhor qualidade de vida (MÜLLER, 2014) tendo em consideração que se traduz num direito de natureza prestacional, ou seja num direito de acesso da população a serviços e produtos de saúde que em termos quantitativos e qualitativos se considerem suficientes para uma proteção e preservação de uma saúde adequada, numa melhor qualidade de vida e num acesso à felicidade enquanto direito.

Importa por isso referir que, alguns autores consideram que o direito à saúde traduz-se num direito humano fundamental de carácter individual na medida em que o bem jurídico é a saúde individual no qual está subjacente o facto de estarmos perante um conceito que foi alterado nomeadamente em termos de dimensão em que primeiramente apenas abrangia a “ausência de doença” enquanto conceito de carácter negativo, para um conceito que vem também abranger o bem-estar físico, psíquico, social e cultural, tendo em conta os diferentes normativos e tratados internacionais incluindo da OMS, conforme defendeu e referiu MÜLLER (2014)⁶. Ou seja, o direito à saúde reflete-se num direito multidimensional, na medida em que a sua aplicação depende da efetivação em diferentes níveis de direitos como a qualidade de vida física, mental e outros.

Noutro sentido, a doutrina defende que não se deve dissipar a ideia de que o direito em causa abrange também a saúde no âmbito individual e coletivo, considerando como bem social que abrange toda a população, um direito constitucional de carácter fundacional e personalista e um direito de prestação, na medida em que se considera como uma prestação exigível ao Estado.

⁵ Nunes, J. A. (2009). Saúde, direito à saúde e justiça sanitária. *Revista Crítica de Ciências Sociais (online)*, (87), 143.

⁶ Lany, M.; Roldan, R.; Hanh, M. M. (2018). O Direito à Saúde como Direito Humano e Fundamental. *Revista UNIVEM*. (17), 44.

Ou seja, a amplitude do conceito proporcionado pela OMS deu origem a diferentes críticas, nomeadamente por parte de SCLIAR (2007) que referiu algumas críticas de âmbito técnico defendendo que a saúde seria algo ideal, inatingível, sendo que por isso a definição não tem permissão para ser utilizada enquanto objetivo dos serviços de saúde.

Neste sentido no âmbito político, o autor defende que o conceito permitiria abusos estatais que influenciam diretamente a vida dos cidadãos, em “troca” do pretexto em promover a saúde. Neste sentido, decorrente da primeira observação defende BOORSE (1977) que a saúde é apenas a ausência de doença, promovendo a ideia de que uma classificação dos seres humanos como saudáveis ou doentes se refletia numa interpretação objetiva, associada às funções biológicas.

Por conseguinte, decorrente do trabalho de interpretação doutrinário do conceito de saúde, importa salientar algumas das diferentes posições assumidas, para além das anteriores. Neste sentido, destaca-se a posição assumida por SANMARTÍ (1985) que salienta aspetos positivos e negativos, referindo que sobre o primeiro aspeto, a saúde é delimitada tendo em conta, aspetos referentes às áreas da saúde mental e social bem como as questões biológicas a este (conceito) associadas. Noutro sentido, o referido autor aponta que em termos negativos, o conceito traz à colação em termos utópicos a característica de equiparação da saúde ao bem-estar, referindo que o completo bem-estar dificilmente se atinge, apontando ainda como crítica o facto de ser um conceito estático e subjetivo.

Noutro sentido, verificamos que a posição assumida por TERRIS (1980) é oposta à estipulada pela OMS, definindo a saúde como “Um estado de bem-estar físico, mental e social, com capacidade de funcionamento e não apenas a ausência de doenças ou enfermidade”. Defendendo que, em termos operacionais que para a maioria das pessoas, encontrar-se de boa saúde traduz-se em ter capacidade de evoluir nas suas atividades do quotidiano.

Neste âmbito, importa salientar ainda a posição doutrinária assumida por DÉJOURS (1993, p.49) que define a saúde como “(...) a capacidade de cada homem, mulher ou criança criar e lutar pelo seu projecto de vida pessoal e original, em direcção ao bem-estar”. Tendo

em conta a aptidão funcional do ser humano e a introdução dos elementos de género e grupos etários e a particularidade de cada pessoa⁷.

Diante desta lógica conceptual, e tendo em consideração que o Direito à Saúde encontra amparo em diferentes documentos internacionais, entre os quais a Constituição da OMS de 1946, que inclui como reforço estabelecido o facto de estar em causa “um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição económica ou social”⁸.

Importa neste âmbito salientar ainda a posição assumida por BOBBIO (1992, p.4) em que defende que o direito à saúde é alvo de um reconhecimento formal enquanto direito humano fundamental referente à preservação da vida e à dignidade humana, existindo uma absoluta conformidade entre o direito vigente, bem como nas normas internacionais e nacionais e na moralidade comum. Neste sentido, o autor refere que é fundamental o cumprimento do respeito e proteção do direito à vida e à saúde enquanto obrigações morais e legais. Apesar disso BOBBIO refere: “ao contrário, é terrivelmente complicado [pois] o consenso geral quanto [aos direitos humanos] induz a crer que tenham um valor absoluto” que, de facto, não tem⁹.

Constatamos assim que, a existência de uma imputação de importância no que diz respeito aos direitos sociais efetuada por BOBBIO (2000, p.507) que de entre os direitos sociais destaca como fundamentais a instrução, o trabalho e a saúde, refletindo-se numa especial proteção dos direitos nas Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. Exemplo disso é a Constituição brasileira de 1988, na qual é dedicada particular ênfase aos direitos sociais, no qual se inclui o direito à saúde presente no artigo 196.º da Constituição brasileira¹⁰.

Por conseguinte decorrente da necessidade de desenvolver a referida temática, o referido autor revela que a defesa do Estado de Direito reflete-se num instrumento de grande importância que ultrapassa as relações internas na criação e manutenção da paz social, como também nas relações com os restantes Estados com vista a uma paz mundial, destacando a

⁷ Carvalho, A. & Carvalho, G. S. de (2006). *Educação para a Saúde: conceitos, práticas e necessidades de formação*. Lusociência. <https://hdl.handle.net/1822/5396> . pp. 5-7

⁸ Campos, R. C. B. (2021). Cultura de Paz e direito à saúde. *Galileu – Revista de Direito e Economia*, XXII, 36. <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1.3>

⁹ Schramm, F. Roland ; Simas, L.; Ventura, M. & Pepe, V. Lúcia Edais (2010). Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Revista de Saúde Coletiva*, 20 (1), 83.

¹⁰ Fachin, J. & Fachin Z. (2020). Direitos Humanos em Norberto Bobbio: A Trajetória de uma Utopia em Busca de Concretização. *Revista Jurídica Unicuritiba*, 3 (60), 122.

pessoa humana enquanto valor primordial face ao Estado e ao importante papel desempenhado por este no que diz respeito à defesa dos direitos humanos, ou seja a pessoa precede ao Estado, não vive em função deste, apesar de este existir para a pessoa. Ou seja, em termos éticos a pessoa possui a sua singularidade e não se molda através de grupos de interesse, sendo que o Estado tem por missão salvaguardar os direitos da pessoa humana através da limitação do poder estatal e do consequente reconhecimento da igualdade de direitos entre as pessoas (BOBBIO, 1999, p. 117).

Neste âmbito destaca-se BOBBIO que defende a interligação entre os direitos humanos e o Estado de Direito, no qual “o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos” (BOBBIO, 1992a, p. 61). Refletindo-se num reconhecimento da existência de reciprocidade entre o Estado de Direito e os direitos humanos, traduzindo-se assim na possibilidade de aplicação dos referidos direitos.

De salientar ainda que BOBBIO ao identificar a existência de reciprocidade entre Estado e direitos humanos, salienta que os cidadãos devem ser protegidos pelo Estado, nomeadamente tendo em conta o arbítrio por vezes exercido pelo referido (Estado) demonstram que determinados direitos humanos, como os sociais, carecem da atuação do Estado¹¹.

Ou seja, BOBBIO (1992b, p.4) defende que o direito à saúde é alvo de um reconhecimento enquanto direito humano fundamental à preservação dos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, estando em conformidade com o direito vigente, com as normas internacionais e nacionais e com a moralidade. Neste sentido, refere-se que o direito à vida e à saúde deverão ter um carácter obrigatório em termos morais e legais com vista a serem cumpridos. Apesar de contudo, a sua efetivação ter algumas dificuldades de implementação em termos teóricos e práticos de diferente ordem como filosóficas, políticas, jurídicas, sociais económicas, culturais e técnico-científicas, mostrando nesse sentido serem necessários acordos sobre o conteúdo e o modo de garantir a sua aplicação¹².

¹¹ *Idem* - Direitos Humanos em Norberto Bobbio: A Trajetória de uma Utopia em Busca de Concretização. *Revista Jurídica Unicuritiba*, 3 (60), 124.

¹² Schramm, F. Roland; Simas, L.; Ventura, M. & Pepe, V. L. E. (2010). Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Pysis Revista de Saúde Coletiva*, 20 (1), 84.

1.1- O Direito à Saúde – a sua valorização a partir do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa

No âmbito jurídico-constitucional, a CRP estabelece no que diz respeito aos direitos sociais um “verdadeiro fenómeno de inflação de direitos fundamentais” que foram reforçados através das diferentes revisões constitucionais¹³.

Neste âmbito a doutrina constitucional portuguesa, promove uma ligação aos direitos sociais um conjunto de políticas públicas, colocadas em prática nas diferentes revisões constitucionais. Perante tal, os direitos económicos, sociais e culturais assumem na CRP, o regime previsto para os direitos, liberdades e garantias, estabelecido no artigo 18.º da CRP, estando por conseguinte na esfera jurídica do seu titular no qual é garantida uma autodeterminação por via da garantia constitucional de um conteúdo que em termos jurídicos se reflete num bem de direito fundamental. Decorrente do referido, em termos doutrinários, verificamos que alguns dos autores defendem que a diferenciação entre os diferentes direitos fundamentais “não implica uma clivagem rígida” que resulte numa “menorização dos direitos sociais”, sendo que é de salientar que uma parte da doutrina defende, a tese única de igualdade de posição dos direitos fundamentais quer se tratem de direitos, liberdades e garantias, quer se tratem de direitos sociais e que se vem a refletir nos princípios gerais referentes aos direitos fundamentais¹⁴. Princípios estes que se aplicam aos diferentes direitos acima referidos e que, apesar de não ser alvo de uma relação de hierarquia, os direitos económicos, sociais e culturais carecem de aplicabilidade legislativa, não sendo por isso aplicáveis diretamente como são os direitos ancorados ao artigo 18.º da CRP¹⁵.

Ou seja, no que diz respeito aos direitos, liberdades e garantias que se traduzem em direitos “sob reserva da Constituição”, os mesmos são aplicáveis sem qualquer necessidade de interposição legislativa, enquanto os direitos sociais são direitos “sob reserva de lei” em que o legislador determina o modo como os referidos direitos deverão ser aplicados e protegidos.

Neste sentido, os direitos fundamentais sociais, apesar de estarem compreendidos *strico sensu* enquanto direitos económicos, sociais e culturais, são de conteúdo principal em

¹³ Nabais, J. C. (1998, pp. 965-966), *Apud* Candeias, M.M. A. (2015). O Direito à Saúde no Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Escassez de Recursos do Estado Social de Direito no Séc. XXI: - Uma ponderação necessária? *RJLB*, (3), 1125.

¹⁴ Vaz, M. A.; Carvalho, R.; Botelho, C. S.; Folhadela, I. & Ribeiro, A. T. (2012, p. 286), *Apud* CANDEIAS, *Op. cit.*, p.1127.

¹⁵ CANDEIAS, *Op. cit.*, p.1128.

que o Estado procede à prestação destes através de uma aceitação político-legislativa, apesar de não estar subjacente a uma “categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias”¹⁶.

Verificamos assim, que os direitos sociais ao se traduzirem em direitos de segunda geração, consubstanciam-se em direitos com uma dimensão, na sua essência, programática e de prestação, sendo neste sentido alvo de uma intervenção do Estado para serem cumpridos e desenvolvidos, tendo por finalidade a garantia de um conjunto de condições de vida digna para o ser humano em que o valor supremo da dignidade humana é o motor justificativo para que o Homem seja considerado sujeito de direito e destinatário da atividade do Estado, possibilitando a que, segundo alguns autores, como “direitos que facultam e garantem o gozo efetivo dos bens constitucionalmente protegidos”¹⁷ traduzindo-se numa prestação por parte do Estado, de conteúdo indefinido e aplicação indireta, esta que não é limitada no tempo e se reflete num cenário de garantia de um Estado Social em que se pretende a existência de um mínimo social resultante de um dever incontestável dos poderes públicos de proteger a dignidade da pessoa humana¹⁸.

É por isso pertinente referir que no âmbito do valor basilar que norteia o espírito da CRP, a dignidade da pessoa humana, a CRP no n.º 2 do artigo 18.º não impede a possibilidade de imposição de restrições aos direitos fundamentais, mas sim a uma regulação no sentido de ser promovida uma análise transversal dos diferentes preceitos constitucionais refletidos enquanto direitos fundamentais compatíveis entre si, traduzindo-se na cláusula de sociabilidade que no caso de não estar mencionada na norma constitucional, confronta-se com a teoria dos limites externos que segundo a doutrina e jurisprudência germânicas para fundamentar as limitações impostas a direitos, cujas normas atributivas não incluem qualquer cláusula habilitativa de restrições.

No caso que aqui vem à colação, a saúde pública, enquanto bem jurídico constitucionalmente previsto, serve de base imanente ou subentendida de restrições a direitos, liberdades e garantias.

Neste sentido, o artigo 64.º da CRP, promove e protege um direito à saúde que na vertente negativa, possibilita ao cidadão impor ao Estado e restantes entidades públicas que se

¹⁶ Andrade, J. C. V. de (2012, p.357), *Apud CANDEIAS, Op. cit.*, p.1129.

¹⁷ Queiroz, C. M. M. (2002, p. 55), *Apud CANDEIAS, Op. cit.*, p. 1130.

¹⁸ CANDEIAS, *Op. cit.*, p.1130.

abstenham de práticas lesivas para a saúde e por outro lado, defendam e a promovam em termos públicos um comportamento ativo de preservação da sua saúde, o que implica que perante uma situação que influencie o estado de saúde da população é que existe uma intervenção do Estado, impondo determinados comportamentos, ou a sua abstenção, ao cidadão. Caso contrário, em termos jurídico constitucionais colocaria em causa o direito de opção¹⁹.

Neste âmbito, a doutrina diverge em vários sentidos na medida em que MANUEL AFONSO VAZ, defende que “a atuação legislativa nos direitos sociais não está balizada por uma reserva constitucional de conteúdo.”

Por seu turno, GOMES CANOTILHO afirma que “não haverá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde.”²⁰ Acrescenta-se ainda que neste âmbito, JORGE MIRANDA refere que não devem ser desconsiderados alguns dos elementos que compõem os direitos sociais, considerando-os “não pouco relevantes”. Os quais são, a transparência dos procedimentos legislativos, a eficácia da administração, prevista no n.º 2 do artigo 267.º da CRP, o funcionamento das instituições judiciais, uma real responsabilidade do Estado e dos seus agentes nos âmbitos, político, financeiro, civil e criminal, bem como a sujeição do poder económico ao poder político democrático, cfr. a alínea b) do artigo 80.º da CRP.

Ou seja, a ideia basilar a ter em consideração é a de que os direitos fundamentais são sempre direitos de *prima facie*, à procura de uma otimização,²¹ em que não deverá existir um carácter absoluto mas sim uma intenção de harmonização da convivência dos diferentes direitos com os diferentes bens jurídicos que a CRP protege.

Refere neste âmbito, VIEIRA DE ANDRADE que perante um conflito de direitos fundamentais, o necessário a ser feito é encontrar através do quadro constitucional uma convivência harmónica dos preceitos divergentes refletindo-se no princípio de concordância prática que apenas se traduz num método e num processo de legitimação das diferentes

¹⁹ Gomes, C. A. (1999). *Defesa da Saúde Pública VS. Liberdade Individual: Casos da Vida de um Médico de Saúde Pública*. Centro de Investigação de Direito Público – Instituto de Ciências Jurídico - Políticas. pp. 10-11.

²⁰ Vaz, M.A. (1996), *Apud* CANDEIAS, *Op. cit*, p.1130.

²¹ Canotilho, J. J.G. (pp. 35 e ss.), *Apud* GOMES, *Op. cit*, p.11.

soluções que necessitam de uma ponderação dos diferentes valores constitucionais com vista a que nenhum destes seja excluído e para que a Constituição seja protegida o mais possível²².

Aplicando para tal, um processo de equilíbrios em que perante uma questão jurídica deverá existir uma proteção de um bem jusfundamental que possa colocar em causa a aplicação de um direito por parte de um órgão, no caso as autoridades de saúde que devem ter em consideração os interesses do caso em concreto, ou seja calcular o risco real que um determinado comportamento influencia a saúde pública e contrapesar a restrição da realização do direito fundamental em caso de prejudicar o interesse público²³, intervindo para tal a Administração na apreciação do conceito de risco para a saúde pública.

Por outro lado, a Administração deverá avaliar as medidas necessárias para colocar fim a uma eventual situação de risco, verificando quais as decisões consideradas equilibradas e idóneas para uma situação de risco, efetuando uma avaliação no espaço, em termos materiais e no tempo²⁴. Refletindo-se em diferentes critérios constitucionais de resolução de questões referentes a direitos fundamentais, cláusulas de restrição de conteúdo de direitos, liberdades e garantias, traduzidas nos n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º da CRP com vista a concretizar, de acordo com o caso concreto, o Princípio da Proporcionalidade nas três dimensões, a necessidade, a adequação, a proporcionalidade em sentido estrito ou a proibição do excesso²⁵. Para tal o cumprimento deste princípio, possibilitará em termos constitucionais, a limitação, caso necessário, dos direitos individuais e garantir a conformidade prática entre o interesse público e o respeito pelas posições individuais dos cidadãos (cfr. o n.º1 do artigo 266.º, conjugado com o número 1 do artigo 3º e o número 1 do artigo 18º, todos da CRP).

Neste sentido torna-se pertinente referir que no âmbito das restrições previstas pelo legislador na CRP mais concretamente a respeito dos direitos, liberdades e garantias nos quais estão em causa diferentes princípios fundamentais como: o princípio da proteção do núcleo essencial; o princípio da proporcionalidade; o princípio da generalidade; o princípio da abstração; e o princípio da prospetividade.

Assim, no que diz respeito ao princípio do núcleo essencial em que tem por objetivo essencial evitar o “esgotamento” dos direitos alvo de restrições, não permitindo a totalidade tendo em conta o valor, o direito, ou interesse hipoteticamente alvo de restrição. Sendo por

²² Andrade, J. C. V. de (p. 222), *Apud GOMES, Op. cit.*, p.11.

²³ Canotilho, J.J.G. (p. 231 e ss.), *Apud GOMES, Op. cit.*, p.11.

²⁴ García, V. A. (1996, pp. 469-470), *Apud GOMES, Op. cit.*, p.11.

²⁵ E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO (1990, pp. 69 e ss., 82 e ss.), *Apud GOMES, Op. cit.*, p.12.

isso primordial a existência de um setor irremissível dos direitos, liberdades e garantias que deverá ser mantido, nomeadamente no que diz respeito ao valor da dignidade da pessoa humana, o que faz com que o princípio em causa seja enquadrado nas restrições dos direitos, liberdades e garantias. Neste aspeto o legislador constitucional refere que a CRP “parece favorecer a ideia de que está em causa o preceito, preferindo-se um sentido objetivista contra um sentido subjetivista.”

Neste âmbito, outro dos princípios que tem por missão orientar as opções do legislador no âmbito das restrições aos direitos, liberdades e garantias é o princípio da proporcionalidade que é subdividido em três vertentes: a adequação no âmbito da restrição quanto à finalidade em causa; a indispensabilidade da restrição referente a essa finalidade, comparando com os restantes instrumentos legislativos de carácter menos agressivo; e a racionalidade do conteúdo da restrição imposta tendo em conta a comparação entre as vantagens e os custos referentes a essa aplicação²⁶.

Tornar-se por isso, fundamental referir que as matérias relativas aos DLG implicam a não existência de exeções, resultando no facto de: a regulamentação legislativa corresponder às normas constitucionais; as normas constitucionais não viáveis concretizarem-se tendo em conta a sua previsão e; a necessária proteção de determinados direitos tendo por base, nomeadamente normas penais em casos necessários.

Ou seja, de acordo com a primeira parte do n.º 2 verificamos que o legislador não procedeu à imposição de que as restrições deverão estar expressamente previstas por normas constitucionais, possibilitando que as mesmas sejam impostas através de outros instrumentos legais perante a necessidade e as possibilidades. Ou seja a existência de restrições implícitas, decorre da necessidade de proteger “outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos”, tendo em conta o previsto na 2.ª parte, do n.º 2, do artigo 18.º da CRP e nos diferentes princípios constitucionais previstos na CRP²⁷.

De salientar neste âmbito que, as restrições em caso de imposição, deverão respeitar o processo interpretativo objetivo e sistemático conforme a Constituição; o carácter de reserva; e o respeito pela norma constitucional, para que sejam legítimas e definidas.

²⁶ Gouveia, J.B. (2023). A Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias. *Direitos Fundamentais – Teoria Geral e Dogmática Constitucional*. Almedina. pp. 366-368.

²⁷ Miranda, J. & Medeiros, R. (2007). *Constituição da República Portuguesa – Anotada: Vol. I*. Coimbra Editora. pp. 159 e 161

Neste sentido, tendo em conta o tema desta dissertação, as restrições impostas de forma explícita ou implícita deram origem às duas principais ideias: a compatibilidade dos DLG entre si para com os restantes direitos fundamentais; e a interligação entre os princípios objetivos, institutos ou valores constitucionais de diferente génese.

Por isso no que diz respeito à primeira ideia, verificamos a predominância de determinados direitos em detrimento de outros (com direitos ou sujeitos idênticos ou distintos), ou entre bens jurídicos, interesses, valores, é necessário promover uma adequada reflexão entre os diferentes valores constitucionais.

Ao realizarmos um exercício de interpretação dos números 2 e 3 do artigo 18.º da CRP, verificamos que os mesmos agregam diferentes normas qualificativas e atributivas de força jurídica a diferentes DLG, realizando assim uma função de limitação das restrições que estes últimos poderão comportar e que inclui os princípios ou subprincípios a estes associados. Um dos quais, e que se encontra presente na 2.ª parte do n.º 2 é o princípio da proporcionalidade, presente em diferentes preceitos entre os quais os números 4 e 8 do artigo 19.º da CRP, e que possui no seu conteúdo três vetores: a necessidade, a adequação e a racionalidade.

O primeiro dos referidos vetores, a necessidade, onde esta presente o pragmatismo perante a presença de um bem juridicamente protegido e que culmina numa decisão ou numa intervenção de carácter obrigatória. O segundo, a adequação, que se reflete numa precaução compatível com o propósito definido ou seja, à finalidade contemplada na norma e a uma desejada conformidade entre os meios e os fins. Por último, a racionalidade ou proporcionalidade em *stricto sensu* refletida numa avaliação correta com precaução em termos qualitativos e em termos quantitativos, bem como que esta (precaução) não seja insuficiente ou excessiva do resultado pretendido. Evitando desta forma um cenário de arbitrariedade e excesso, que se refletem em princípios²⁸.

No que diz respeito ao n.º 3 do artigo 18.º da CRP, a doutrina refere que foi objetivo do legislador, constituir o modelo de influência legislativa das restrições. Para tal, estabelece num primeiro plano, que todas as restrições deverão ser definidas exclusivamente por lei, proibindo a existência de regulamentos restritivos referentes a DLG. Por outro lado, no que diz respeito ao seu conteúdo, as leis restritivas de DLG de acordo com o referido pelo

²⁸ MIRANDA & MEDEIROS, *Op. cit.*, p. 161-162.

legislador, têm de revestir um carácter geral e abstrato, não sendo permitidas leis de carácter individual, geral e concreto no âmbito de DLG, bem como regulamentos.

Neste âmbito, o legislador estipula ainda, que as leis restritivas não podem ter um efeito retrativo na medida em que no cenário oposto, a retroatividade neste contexto daria origem a uma falta dos cidadãos para com o Estado. Sendo que esta retroatividade não pode ser nem total, nem parcial, ou seja envolver situações iniciadas no passado e que ainda estão produzir os seus efeitos.

De salientar ainda que, no que diz respeito à 2.^a parte do n.º3 do artigo 18.º da CRP, a ideia basilar é a de que a fonte da interpretação da lei reside na Constituição e não o contrário²⁹.

Por outro lado, tendo em conta o referido por JORGE REIS NOVAIS no âmbito do controlo da constitucionalidade das afetações dos direitos fundamentais, verificamos a existência de diferentes formas de abordagem e teorias doutrinárias referente aos limites dos direitos fundamentais. Neste sentido, através da interpretação das normas que determinam a possível existência de problemáticas no âmbito dos direitos fundamentais e de consequentemente de uma possível concretização de limites inerentes ao direito em análise, existem três fases pertencentes ao procedimento de controlo: uma relativa à interpretação em que se procede a um apuramento interpretativo no âmbito da proteção do direito fundamental em causa, bem como na existência de uma afetação desfavorável e de uma natureza de vinculação imposta pela norma constitucional; uma segunda fase referente ao controlo da justificação invocável por parte do poder público encarregado pela afetação. De referir que esta fase se torna imprescindível perante a análise de um direito fundamental suscetível de transmissão que se comprovou se traduzir num verdadeiro problema de afetação desvantajosa que apenas é dispensável perante autorização expressa da Constituição; uma última fase referente ao controlo da prática dos limites aos limites, que se verifica nas situações em que a Constituição autorizou de forma expressa a limitação ou nos demais casos em que na fase anterior, a justificação invocável não for objetivamente rejeitada³⁰.

Neste sentido, importa analisar o facto de perante a delimitação interpretativa do conteúdo alvo de especial proteção dos direitos fundamentais e da sua vinculatividade,

²⁹ MIRANDA & MEDEIROS, *Op. cit.*, p. 163.

³⁰ Novais, J. R. (2021). *Limites dos Direitos Fundamentais – Fundamento, Justificação e Controlo*. Almedina. pp. 213- 214.

refletida em situações em que os direitos fundamentais apenas garantem e amparam o que se reflete em situações de violação de um direito fundamental – o que apenas se sucede perante uma problemática de direitos fundamentais reais e antecipadas – ou seja a primeira questão jurídica a analisar diz respeito ao esclarecimento do âmbito de proteção do direito fundamental e que se traduz no primeiro trabalho de interpretação jurídica.

Assim, num primeiro momento o que está primeiramente subjacente diz respeito à verificação da garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamental, ou seja de um processo de transição da liberdade natural para a liberdade juridicamente protegida – originando uma relativa indefinição da norma constitucional, característica própria da generalidade dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Ou seja, apesar de num primeiro plano estarmos perante uma problemática de interpretação da norma, verificamos com mais pormenor que esta questão apenas se coloca perante uma norma constitucional com natureza de regra em que o normativo se reflete num direito fundamental com carácter absoluto e claro.

Decorrente da conceção da liberdade individual e da relação entre o Estado e o indivíduo no Estado de Direito, verificamos que o carácter constitutivo do princípio da dignidade da pessoa humana quando tratado enquanto princípio, domina a ideia de pessoa enquanto sujeito responsável pela própria vida, capacitado de efetuar escolhas de forma consciente, livre e informada nos quais o poder político deverá respeitar. Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana subjaz a ampla ideia de reconhecimento da autonomia individual traduzida em liberdade constituída de forma autónoma e sem qualquer influência do Estado. Refletindo-se numa fixação de conteúdo protegido do direito fundamental possuindo um carácter determinante da liberdade heterónoma e positivamente determinada por ideias distantes do indivíduo.

Cumprindo por isso referir que tendo em conta o domínio específico mais adequado para a determinação do conteúdo essencial do direito fundamental, é necessário adotar uma estratégia resolutiva relativamente às limitações dos direitos fundamentais com diferentes fases. A primeira, a restritiva em que se considera apenas como direito fundamental tudo o que seja considerado consensual e evidentemente aceite como tal. A segunda, a ampliativa, em que exclui a montante como aplicação de direito fundamental o que se considera liminarmente excluído, por não ser exequível ser admitido como aplicável ao determinado

direito fundamental em causa, ou por ser inequivocamente excluído do âmbito de proteção da norma e ser aplicável de forma ilegítima³¹.

Neste sentido, torna-se indispensável referir que o objetivo se traduz em promover um controlo da constitucionalidade das restrições que dizem respeito a todos os procedimentos que influenciam negativamente a autonomia, a liberdade e o bem-estar individuais de um controlo judicial efetivo, tornando assim a segunda estratégia a mais apropriada.

Ou seja, tudo o que seja considerado relevante para a determinação do direito fundamental que esteja previsto no planeamento normativo e que deu origem à estipulação constitucional do direito fundamental em causa, excluindo contudo aquilo que seja considerado um ilícito penal em termos materiais, ou como sendo em geral um comportamento não aceite por uma sociedade democrática, ou ainda ser invocado de forma abusiva enquanto direito fundamental perante a existência de elementos formalmente afins e que se concretizam em efeitos desconformes com os preceitos constitucionais em questão.

Por outro lado, perante a necessidade de se entender se a proteção constitucional concedida a um direito, faculdade ou garantia particularmente afetado foi em termos constitucionais admitido em termos definitivos colocando dois cenários – um em que o problema subjacente é de imediato resolvido – ou se após a estipulação de um direito fundamental, existe a possibilidade de estipular limitações à sua aplicação.

Perante o referido, salienta JORGE REIS NOVAIS que perante a não existência de fundamento para a recusa do legislador constituinte em possibilitar a realização de todas as ponderações verificamos, que existe uma exceção no que diz respeito a alguns direitos ou faculdades previstas com carácter definitivo e absoluto³².

Neste sentido dentro deste tema, JORGE REIS NOVAIS defende que é errada a ideia de que um direito fundamental, tendo em conta a sua natureza constitucional, possa ser alvo de uma limitação tendo em conta a necessidade de proteção de um bem com natureza constitucional, ou seja convergindo com a teoria externa que estabelece que, um direito fundamental apenas poder ser alvo de restrição perante a permissão expressa da Constituição ou, perante o necessário cumprimento do princípio da unidade da Constituição no qual esteja

³¹ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 214-215.

³² NOVAIS, *Op. cit.*, p. 216-217.

em causa o confronto entre um outro bem que em termos constitucionais seja considerado com idêntica natureza e força constitucional e traduzindo-se numa restrição implicitamente prevista na Constituição. Originando segundo o autor, uma confusão com a força exigível para a restrição de um direito fundamental que depende de uma maior ou menor valia substancial e da maior ou menor necessidade de execução de um interesse que exige a respetiva restrição fundamentada³³.

Ou seja constatamos na Constituição que, perante a referência que a esta efetua (ou não) sobre um determinado bem, com a correspondente força ou peso presente num caso concreto não existe uma relação lógica, isto apesar de em sede infraconstitucional o contrário poder acontecer.

Neste sentido em termos normativos e doutrinários, importa sublinhar que JORGE REIS NOVAIS defende que apesar do previsto no n.º2, do artigo 18.º da CRP, referir que a restrição aos direitos fundamentais se demonstrar em termos legais como unicamente constitucionais e legítimas se prevista de forma expressa, o autor defende que a operatividade e a efetividade do procedimento de controlo da constitucionalidade devem estar assentes numa estratégia de valorização da tónica (e não na verificação e reconhecimento das razões para as restrições constitucionalmente não aceites. Prova disso, é o previsto no n.º2, do artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH) que estabelece mínimos gerais para a proteção enquanto limites aos limites dos direitos fundamentais e dos previstos em outros instrumentos normativos nacionais, sendo que apenas são admitidas as limitações que se destinam a proceder direitos e exigências fundamentais de uma sociedade democrática.

Assim não são admitidos como elementos a ponderar numa eventual limitação de direitos fundamentais os seguintes argumentos e razões: o fundamento de uma maioria, em termos de número concretizado na existência de um apoio político ou social maioritário a uma determinada medida alvo de análise constitucional que pode advir do programa de Governo, é considerado irrelevante; fundamentos referentes à exclusão direta tendo em conta o previsto no conteúdo de uma determinada norma de direito fundamental ou de acordo com os motivos que culminaram na aceitação de um determinado direito, adquirindo autonomia e sentido útil tendo em conta o previsto no n.º3, artigo 18.º da CRP e; fundamentos que colocam em causa valores primordiais como a dignidade e independência ética do titular do direito em termos de

³³ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 227.

forma e sentido que colocam em causa as condições e os planos de vida individual e a uma desvalorização social e no qual o Princípio da dignidade da pessoa humana no qual assenta o Estado de Direito rejeita liminarmente os referidos fundamentos³⁴.

Por conseguinte, dentro da necessidade de controlo da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, é necessário ter em conta a pertinência de recorrer a princípios que promovem o controlo do conteúdo que se aplicam de forma generalizada a pretensões negativas no acesso aos bens juridicamente protegidos. Neste sentido um dos princípios a ponderar é o princípio do controlo da proibição do excesso ou da proporcionalidade, segundo o qual JORGE REIS NOVAIS refere que as normas de direitos fundamentais que têm por missão garantir de forma detalhada os diferentes interesses *jus-fundamentais* dizem respeito maioritariamente a determinados riscos, ameaças ou intervenções restritivas e que por isso merecem constar da norma constitucional em moldes próprios e específicos.

Ou seja, verificamos que determinados direitos fundamentais (entre os quais o direito à saúde) foram alvo de uma previsão constitucional com vista a que determinadas justificações fossem diretamente excluídas por não se contextualizarem com os preceitos constitucionais que mereceram essa previsão e que refletem essa mesma intenção (exclusão imediata)³⁵.

Sendo que, o referido se reflete no facto de a violação da norma fundamental pode ser constatada sem a intervenção de uma estrutura de controlo referente aos princípios de Estado de Direito traduzindo-se numa inconstitucionalidade em que não se constata uma violação dos princípios da proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança ou outros, mas sim uma infração da norma em si, o que também já acontecia em normas constitucionais com carácter de norma-princípio em que a violação é verificável através do confronto entre a norma de proteção, que fundamenta a sua adoção para o jusconstitucionalismo, e a intervenção restritiva, ou seja a justificação que a sustenta. O que se reflete numa inconstitucionalidade decorrente da violação do conteúdo essencial do direito fundamental ou do preceito constitucional, como decorre do estipulado no n.º3 do artigo 19.º da CRP.

Constatamos por isso que a afetação do conteúdo essencial e da respetiva violação do direito fundamental perante uma norma constitucional de conteúdo direto e imediatamente

³⁴ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 235-236.

³⁵ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 238-239.

apurada sem necessidade de recurso a parâmetros de controlo de constitucionalidade que fazem parte da estrutura do Estado de Direito que é verificada perante a complexidade elevada e de eventual inconstitucionalidade que se constata a partir do exercício de confronto entre a fundamentação para a restrição e o programa normativo referente à norma fundamental³⁶.

Por outro lado, no âmbito da dimensão da proibição do excesso que tem por base num Estado de Direito, a dignidade, a autonomia, a liberdade da pessoa humana e o reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais serem restringidos de acordo com a necessidade do alcance das medidas restritivas que tem por base leis gerais e abstratas e serem determinadas com exatidão no seu conteúdo e efeitos e que decorrem dos princípios do Estado de Direito, como a reserva de lei, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a proibição do excesso. Para tal, é necessária aptidão, indispensabilidade, proporcionalidade e determinabilidade, no que diz respeito às restrições implementadas pelo Estado nos direitos fundamentais que se traduz num pressuposto fundamental para uma relação equitativa entre Estado e cidadão³⁷.

Neste sentido, a determinabilidade das restrições (segundo GOMES CANOTILHO traduz-se na exigência de clareza das normas legais com uma consequente regulamentação legal), considera-se num primeiro plano, num elemento de garante de proteção da confiança e de segurança jurídica, na medida em que o cidadão apenas pode planear a sua vida de forma autónoma perante a legislação existente, a margem de ação que se encontra garantida, o que vem originar uma legitimidade de intervenção do Estado na esfera pessoal. Sendo que é de sublinhar a direta ligação à reserva de lei e ao princípio democrático, na medida em que a possibilidade de limitação da liberdade individual não determinada de forma clara origina uma transferência por parte do legislador, para a Administração a determinação objetiva do conteúdo essencial do sentido, grau e alcance do grau de intervenção na liberdade individual dos cidadãos. Dentro deste âmbito, importa salientar adicionalmente que decorrente da indeterminação da lei restritiva e na dúvida nos pressupostos de controlo, resulta numa fragilidade normativa aplicada pelo poder judicial.

Por outro lado, a determinabilidade constitui-se também, num dos elementos da proibição do excesso, refletindo-se num eventual cenário de restrição de poderes não

³⁶ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 240-241.

³⁷ Novais, J. R. (2003). *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra Editora. p. 769.

apropriados de acordo com os princípios constitucionais do Estado de Direito e que coloca em causa o exercício das liberdades individuais. Ou seja, torna-se imperativo o cumprimento de um processo legislativo claro e preciso para que não exista a possibilidade de intervenções restritivas para além do necessário³⁸.

Neste sentido torna-se pertinente referir o previsto no Acórdão nº 660/2021 no âmbito do princípio da proporcionalidade em que (...) Estabelece o nº4 do artigo 19º da CRP, que a escolha pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, assim como as respetivas declaração e execução, devem orientar-se pelo princípio da proporcionalidade e cingir-se ao estritamente necessário para a reposição da normalidade constitucional, quer quanto à sua extensão, quer quanto à respetiva duração e meios utilizados para esse efeito. Como resulta do nº5 do artigo 19º da CRP, a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é adequadamente fundamentada e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites; e o nº8 determina que tal declaração confira às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto estabelecimento da normalidade constitucional. A competência para executar a declaração do estado de emergência compete ao Governo (cfr. artigo 18º da LOESEE)³⁹.

Pertinente é por isso de salientar o defendido por JORGE REIS NOVAIS que considera que perante uma lei restritiva vaga, indeterminada ou demasiado abrangente, a mesma deu origem a restrições atos que no seu entender não devem merecer uma proteção constitucional da qual os direitos fundamentais gozam. Por outro lado, perante a presença de um perigo de aplicação de sanção não determinada no seu sentido e alcance, origina situações de inconstitucionalidade no exercício de liberdades individuais por parte dos destinatários.

Ou seja, no âmbito da aplicação da teoria dos limites dos direitos fundamentais, é necessário ter em conta a determinabilidade que se reflete num factor de racionalização e objetividade na aplicação de metodologias da ponderação de bens no controlo das restrições de direitos fundamentais, sendo que reciprocamente não poderá existir um desperdício de recurso a mesma metodologia⁴⁰.

Neste âmbito importa referir que o princípio da proporcionalidade adquire capacidades fundamentais para a importante limitação do excesso de medidas restritivas em que no caso de não ser possível proceder à respetiva aplicação torna-se difícil de perante as instâncias judiciais de promover uma decisão considerada justa e proporcional. Referir ainda

³⁸ *Idem* - *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*, pp. 770-771. Coimbra Editora.

³⁹ ABRANTES, José João; MACHETE, Pedro; MATA-MOUROS, Maria de Fátima; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 660/2021 (1.ª Secção), de 29 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210660.html>, p.1.

⁴⁰ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 774.

neste âmbito que perante o controlo específico da aplicação do princípio da proporcionalidade o mesmo (controlo) não se restringe apenas à finalidade e ao meio para a respetiva restrição, mas também na generalidade da proibição do excesso.

Em termos práticos significa que, o controlo da aplicação da proporcionalidade não se restringe apenas ao instrumento e à finalidade concretas, mas sim numa reflexão entre as vantagens e desvantagens que se considerem recíprocas de opções legislativas ao dispor⁴¹.

1.2- O Direito à Saúde associado ao regime de proteção dos Direitos Humanos

Decorrente dos diferentes instrumentos internacionais de direitos humanos, encontramos distintos direitos diretamente associados à saúde, nomeadamente direitos humanos que são na sua essência independentes e inter-relacionados, tendo em comum o facto de se proceder a uma valorização do bem-estar humano que foi legalmente reconhecido na Carta das Nações Unidas como um direito internacional. Neste sentido, a Organização Mundial de Saúde, doravante OMS, estipulou na sua Constituição em 22 de julho de 1946, que a saúde se define como “um completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade⁴².”

Neste é perceptível que o objetivo da OMS consiste na obtenção por parte de todas as sociedades, de um nível de saúde o mais elevado possível na medida em que de acordo com a Constituição da OMS refere que “a saúde é um dos direitos fundamentais de todo o ser humano que depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados e a sua proteção por cada Estado é um valor para todos⁴³.”

Apesar do referido, segundo EVANGELISTA ROCHA, a definição de saúde estipulada pela OMS trouxe uma dualidade de pensamento, na medida em que uma das correntes defende que a referida definição é considerada irrealizável e inacessível, outros consideram-na como positiva, otimista e não restritiva ou seja, abrangente no que respeita a tudo o que compõem o ser humano, incluindo os principais determinantes da saúde

⁴¹ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 764.

⁴² Rocha, E. (2017). Saúde e objetivos de desenvolvimento sustentável. *Revista Factores de Risco*, (45), 12. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31353/1/Saude_e_objetivos.pdf

⁴³ CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Apud* Rocha, E. (2017). Saúde e objetivos de desenvolvimento sustentável. *Revista Factores de Risco*, (45), 12. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31353/1/Saude_e_objetivos.pdf

relacionados com os diferentes áreas como a biologia, o ambiente (físico, social e económico), os comportamentos (enquanto estilos de vida) e os cuidados de saúde⁴⁴.

Por outro lado, verificando o que se encontra previsto na Carta das Nações Unidas mais concretamente no artigo 55.º, a saúde tem como referência “A solução dos problemas internacionais económico, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter internacional, de carácter cultural e educacional”. Sendo que consequentemente, a OMS desenvolveu no Preâmbulo da sua Constituição, que entrou em vigor em 1948, que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” e que “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição económica ou social⁴⁵.”

Consequentemente, dois anos após a entrada em vigor da Constituição da OMS, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, doravante DUDH, promoveu a integração conjunta do direito à saúde com o direito a um nível de vida suficiente, mais concretamente no artigo 25.º, referindo: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” e “A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social⁴⁶.”

Perante o contexto, verificamos que no âmbito do Direito Internacional o Pacto Internacional de Direitos Económicos Sociais e Culturais, doravante PIDESC, consubstancia-se como um ferramenta de abrangência internacional que mais se associa ao direito à Saúde, estipulando por isso, uma forma distinta da verificada na DUDH, na medida em que estipula o

⁴⁴ THE DETERMINANTS OF HEALTH. <https://www.who.int/>, Apud Rocha, E. (2017). Saúde e objetivos de desenvolvimento sustentável. *Revista Factores de Risco*, (45), 12. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31353/1/Saude_e_objetivos.pdf

⁴⁵ ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. v, Apud Duarte, L.N. (2016). *A Justiciabilidade dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em particular do Direito à Saúde* [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa]. Repositório da Universidade Nova. <http://hdl.handle.net/10362/19526>, p. 18.

⁴⁶ Duarte, L.N. (2016). *A Justiciabilidade dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em particular do Direito à Saúde* [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa]. Repositório da Universidade Nova. <http://hdl.handle.net/10362/19526>, p. 18.

direito à Saúde de forma autónoma e não apenas como um elemento parte de um nível de vida satisfatório.

Neste sentido, constamos no artigo 12.º da Declaração Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais uma subdivisão na contextualização do referido direito. Estabelecendo no n.º1 uma ideia genérica de como os Estados Partes deverão reconhecer o direito à saúde em termos amplos e no n.º2 uma estipulação de objetivos com vista a “(...) alcançar a plena realização deste direito (...)”. Verificamos pelo exposto que, não foi preocupação do legislador no âmbito deste instrumento legal estipular de forma concreta determinadas medidas, deixando as mesmas aos critérios dos diferentes Estados Parte⁴⁷.

Consequentemente sublinha-se que em 1978, no âmbito da Declaração de Alma-Ata referente aos Cuidados Primários de Saúde, a primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reforçou a ideia de que o direito humano fundamental do direito à saúde prossegue “a consecução do mais elevado nível de saúde é mais importante meta social, cuja realização requer, além do sector da saúde, a ação de muitos sectores sociais e económicos.”⁴⁸ Dando origem à elaboração no ano de 2000, do Comentário Geral n.º 14 por parte do Comité dos DESC referente ao direito ao mais alto nível de saúde possível de alcançar, que estabeleceu os elementos primordiais que permitiram uma interpretação pormenorizada do conteúdo do direito à saúde que em termos constitucionais, no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, foi definida de forma genérica e abstracta, dando origem a um desconhecimento da sociedade portuguesa sobre a efetivação do referido direito. Neste sentido, de acordo com a OMS, o direito à Saúde traduz-se:

- Num “Estado de equilíbrio físico, psíquico e social sustentável” (o que não corresponde a uma ausência de doença) e que;

- Estabelece um conteúdo normativo com base em dois pilares (o Direito à Proteção dos Estados – *freedoms* e a Liberdade enquanto Direito – *entitlements*)⁴⁹.

⁴⁷ ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 40, *Apud* DUARTE, *Op. cit.*, p. 18-19.

⁴⁸ Declaração de Alma-Ata, parte I, *Apud* DUARTE, *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais. (2000). *Questões substantivas que se planeiam na aplicação do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (Comentário Geral nº 14). Conselho Económico e Social da ONU. <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/comentariogeral14.pdf> . p.3.

Refletido nas dimensões de Direito a Participar no Processo de decisão médica (sem consentimento); no Direito à Proteção de dados relativos à Saúde dos cidadãos e no Direito à não sujeição a experiências médicas.

Neste sentido fazendo um exercício de interpretação do artigo 12.º do PIDESC, de acordo com o Comentário Geral n.º 14 do Comité de DESC, verificamos que o direito à Saúde não deve ser entendido apenas como o direito à ausência de doença, mas sim num direito que abrange liberdades e direitos, refletidas no direito a controlar a sua saúde e o seu corpo enquanto pessoa dotada de liberdade sexual e genética, enquanto liberdades, e ao direito a não sofrer interferências, traduzido no direito a não ser submetido a torturas nem a tratamentos e experiências médicas não consentidas.

Adicionalmente a respeito do conceito do “mais alto nível de saúde”, previsto no primeiro parágrafo do artigo 12.º do PIDESC, verificamos que este no âmbito dos Direitos Humanos tem por missão proceder a uma valorização das condições obtidas pelas populações estipulando normas que prevêm o respetivo cumprimento e prestação por parte do Estados, tendo por isso em conta as condições biológicas e socioeconómicas da pessoa e os recursos do Estado. Não esquecendo que o direito à saúde deve ser entendido como um direito ao desfrute de um conjunto de infraestruturas, bens, serviços e condições necessárias para alcançar “o mais alto nível possível de saúde.” Neste âmbito é importante salientar que, o Comité para os DESC interpreta o direito à Saúde como um direito que para além da existência de um estado de saúde adequado e apropriado pressupõe também a presença de diferentes fatores considerados fundamentais para a saúde, como o acesso a água potável, condições sanitárias adequadas, uma habitação adequada, condições saudáveis no meio laboral e no meio ambiente, bem como o acesso à educação e à informação a respeito de questões de saúde.

Por conseguinte, para a prossecução do direito à saúde em todas as suas formas e níveis, existem elementos essenciais que se co-relacionam e que fez com que a OMS estabeleça-se, dois pilares (o Direito à Proteção dos Estados – *freedoms* e a liberdade enquanto direito – *entitlements*) e que são aplicados de acordo com as diferentes condições⁵⁰:

- a) Disponibilidade – Em que cada Estado Parte deve possuir um número significativo de instalações, bens e serviços públicos de saúde, incluindo programas e

⁵⁰ *Idem* – Questões substantivas que se planeiam na aplicação do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Comentário Geral nº 14). Conselho Económico e Social da ONU. p.4. <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/comentariogeral14.pdf>

políticas do setor implementadas pelo Estado. Para tal para a sua execução, são essenciais a existência de elementos basilares como a água potável, condições sanitárias apropriadas, bem como equipamentos de saúde suficientes dotados de recursos humanos qualificados e remunerados de forma adequada e ainda medicamentos considerados essenciais de acordo com o Programa de Ação sobre medicamentos essenciais da OMS a disponibilizar pelo Estado;

b) Acessibilidade – Refletido no dever do Estado em proporcionar à população as infraestruturas, bens e serviços de saúde acessíveis a todos, sem recurso a qualquer tipo de discriminação estabelecida em:

- Não discriminação: referente às instalações, bens e serviços de saúde acessíveis a qualquer setor da sociedade, nomeadamente os mais vulneráveis;

- Acessibilidade física: a respeito do alcance geográfico da população aos equipamentos de saúde, que devem estar ao alcance a toda a população, especialmente a mais vulnerável;

- Acessibilidade Económica: associada ao facto de o Estado estabelecer condições de equidade no pagamento para que a toda a população tenha acesso aos bens e equipamentos de saúde;

- Acesso à Informação: no qual é proporcionado o direito de solicitar, receber e difundir informação;

c) Aceitabilidade – associada ao respeito pela ética médica, bem como aos padrões culturais de cada serviço de saúde;

d) Qualidade – referente à adequação que deve caracterizar os bens e serviços de saúde de cada Estado, refletida nomeadamente, em recursos humanos com qualificação a qual inclui formação contínua no âmbito dos Direitos Humanos tendo como objetivo uma maior valorização da relação entre médico e doente⁵¹.

Por conseguinte, decorrente das obrigações dos Estados referente ao Direito à Saúde constata-se que o Comité para os DESC promoveu uma diferenciação de classificação no que diz respeito às obrigações estatais. Decorrente disso, as obrigações legais de carácter geral da

⁵¹ Oliveira, A. A. S. de (2010, janeiro-março). Direito à Saúde: conteúdo, essencialidade e monitoramento. *Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, (48)*, 94. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24876.pdf>

responsabilidade do Comité para os DESC refere que a concretização do direito de todas as pessoas como o objetivo de alcançar o mais alto nível de saúde física e mental derivado de uma eventual falta de recursos financeiros e de uma estrutura legal, os Estados podem não possuir os elementos necessários para a sua prossecução, necessitando contudo para tal entre outros elementos, de um período temporal para o cumprimento do direito fundamental através de uma adaptação normativa e administrativa constante do artigo 12.º do Pacto Internacional dos DESC. Sendo fundamental para tal, a não adoção de medidas regressivas de concretização do direito.

Por outro lado, as obrigações legais específicas, estipuladas pelo Comité para os DESC, traduzem-se na obrigação de respeitar, proteger e realizar o direito à saúde, refletida nas obrigações de facilitar, proporcionar e promover o seu cumprimento. Neste sentido no que diz respeito à obrigação de respeitar, esta corresponde a uma obrigação de natureza negativa, na medida em que os Estados se deverão privar de promover determinadas ações. Enquanto, que a obrigação de respeitar se reflete no dever de não limitar o acesso em termos igualitários aos serviços de saúde preventivos, curativos e paliativos, de não implementar tratamentos coercivos e de não promover uma ocultação de informação referentes a matérias de saúde⁵².

Ou seja, para que os Estados procedam a uma correta aplicação do referido direito, deverão proceder ao emprego de medidas de proteção dos indivíduos em relação a terceiros, adotando para tal medidas que impeçam a eventual violação do direito à Saúde, refletidas nomeadamente, na adoção de normas eficazes (leis, decretos-lei, regulamentos), no controlo do comércio de bens como medicamentos por terceiros e na adoção de medidas que tenham por missão a proteção dos grupos considerados vulneráveis da sociedade. Neste âmbito, referiu o Comité para os DESC da ONU no ano de 2000, que “os Estados devem zelar para que terceiros não limitem o acesso das pessoas a informações e serviços relacionados à saúde.” (Comité para os DESC da ONU, 2000), assegurando entre outros deveres, o dever de assegurar que perante a privatização dos serviços e instalações de saúde, a qualidade, disponibilidade, aceitabilidade e qualidade dos serviços não é colocada em causa.

Por outro lado, em termos de ação positiva, os Estados perante a obrigação de realizar o direito à saúde, deverão para tal adotar e criar legislação, políticas e programas que garantam à população o acesso a bens e serviços de saúde. Para tal é necessário, uma adequada formação dos recursos humanos em matéria de saúde, a existência de um número

⁵² OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 95-96.

suficiente de infraestruturas de saúde (hospitais, centros de saúde, entre outros) e a um incentivo à realização de investigações médicas e educativas em matéria de saúde, bem como da realização de campanhas de informação. Sobre o acesso da população a instalações, bens e serviços de saúde o Comité para os DESC da ONU refere que, “Como exemplos disso cabe mencionar a negação do acesso a instalações, bens e serviços de saúde a determinadas pessoas ou grupo de pessoas como resultado de discriminação de iure ou de facto” e no que no que diz respeito à obrigação de impedir através de normas que terceiros violem o direito de toda a pessoa de usufruir do mais elevado nível de saúde física e mental, o Comité refere que “figuram nesta categoria omissões tais como a não regulamentação de atividades particulares, grupos ou empresas com o objetivo de impedir que violem o direito á saúde dos demais; a não proteção dos consumidores e trabalhadores contra as práticas prejudiciais à saúde, como ocorre no caso de alguns empregadores e fabricantes de medicamentos ou alimentos”⁵³.

Cumpra por isso sublinhar que, perante a obrigação de realização do direito à saúde os Estados deverão proceder à adoção de diferentes medidas de âmbito legislativo, administrativo, orçamental e judicial que garantam um pleno cumprimento da realização dos direitos humanos, desenvolvendo condições efetivas e plenas para que a população usufrua dos seus direitos. Caso o referido seja considerado insuficiente, o mesmo poderá ser considerado numa situação de não cumprimento de uma política nacional de saúde ou num gasto insuficiente de verba para a disponibilização e acesso a bens e serviços de saúde, particularmente da população vulnerável.

No âmbito das obrigações internacionais, cumpre salientar que o Comité traz à colação o referido na Declaração de Alma-Ata de 1978, que refere que perante a desigualdade no acesso ao direito à saúde entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento e uma falta de cumprimento do dever de cooperação dos diferentes governos de garantir uma ação célere no âmbito de patologias como HIV/SIDA e a tuberculose, como refere a OMS em 2009, como decorre do estipulado nos artigos 55.º e 56.º da Carta das Nações Unidas referente à cooperação internacional, económica e social.

Ou seja, ao estar subjacente o Princípio de Cooperação Internacional em relação às matérias referentes à saúde, os diferentes Estados tem o dever de contribuir com o máximo das suas capacidades, no que diz respeito a nomeadamente, situações de emergência através de um fornecimento de materiais como medicamentos de forma a promover a proteção dos

⁵³ OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 96.

grupos sociais considerados vulneráveis, conforme estabeleceu no ano de 2000, o Comité para os DESC, que prevê ainda o dever de não imposição de medidas restritivas de acesso às populações a bens e serviços de saúde, como meio para o exercício de pressões políticas ou económicas⁵⁴.

Consequentemente em termos de obrigações essenciais, estas definem o cumprimento de um padrão mínimo de serviços, bens, instalações e condições de saúde por parte de todos os Estados, ou seja de um teor tangível do valor supremo da dignidade da pessoa humana que deve ser dignamente protegido por parte destes (Estados) que têm o dever de legislar, regulamentar e implementar políticas que garantem, segundo o Comité: a garantia do acesso a bens, instalações e serviços de saúde que primem por uma cultura de respeito a grupos considerados vulneráveis; um acesso a uma alimentação equilibrada; a garantia do acesso a uma habitação com condições sanitárias, incluindo água potável; o fornecimento de medicamentos considerados essenciais, segundo a OMS; uma distribuição equitativa de bens, instalações e serviços de saúde e; a adoção e aplicação de uma estratégia de saúde pública, de acordo com estudos epidemiológicos.

Neste sentido de acordo com o estipulado o Comité para os DESC da ONU, os planos e as estratégias nacionais de saúde deverão, em consonância com o identificado nos indicadores e nas bases de referência do direito à saúde, promover uma monitorização em termos nacionais e internacionais das obrigações previstas no artigo 12.º do Pacto Internacional para os DESC com vista a possibilitar progressivamente a toda a população o mais alto nível possível de saúde física e mental, refletindo-se na ideia de que os Estados deverão adaptar-se ao longo do tempo para que as suas estruturas legais e administrativas sejam as mais adequadas para a sua aplicação, adotando para tal uma recusa em aplicar medidas regressivas e que se traduzem num retrocesso na realização do referido direito⁵⁵.

Perante tal, o Comité para os DESC estabelece que os Estados, após promoverem os diferentes indicadores do direito à saúde, deverão estabelecer as bases nacionais para cada um dos referidos, com vista a possibilitar a verificação do desenvolvimento dos diferentes indicadores a montante e a jusante a estipulação de determinadas medidas. Adicionalmente, cabe ainda aos diferentes Estados promoverem a elaboração de relatórios referentes à aplicação dos indicadores de saúde, as ações desenvolvidas no âmbito do plano e da estratégia

⁵⁴ OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 96-97.

⁵⁵ OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 98.

nacional, bem como a promoção da realização de previsões futuras para o estabelecimento de metas a cumprir, no que diz respeito a nomeadamente às condições sanitárias que deverão ser cumpridas pelos diferentes Estados e avaliadas pelo Comité.

Neste sentido, segundo PEREIRA (2007, p. 435), o indicador de saúde “tem a conotação de revelar a situação de saúde de um indivíduo ou da população”, sendo que os referidos indicadores de saúde se traduzem: na mortalidade, indicadores nutricionais, indicadores sociais, indicadores ambientais e indicadores positivos de saúde. Ora, segundo ASHER (2004), estes indicadores são definidas enquanto metas ou alvos a serem realizados no futuro. Para tal, são estabelecidas diferentes metas a alcançar progressivamente para que tanto os indicadores como as metas, sejam aplicadas em simultâneo para que a Organização Mundial de Saúde e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos exponham as diferentes classificações para os indicadores de saúde que podem ser, estruturais referentes ao acolhimento dos modelos dos direitos humanos internacionais; de processo, que se referem aos empenhos realizados pelos Estados para a aplicação dos diferentes modelos; e os de resultado que traduzem uma perspetiva populacional após a implementação dos diferentes padrões.

No âmbito do processo de monitorização da implementação do direito à saúde, existem três etapas que devem ser tidas em conta: a identificação dos tipos de informação indispensáveis, a sua obtenção e o seu tratamento. Ou seja, o referido processo é realizado com base num apuramento e no respetivo tratamento dos diplomas normativos de âmbito nacional referentes à temática em causa, bem como nos documentos a este associado traduzidos em políticas e orçamentos públicos.

Sendo que, as obrigações de conduta ou de resultado necessitam de uma permanente monitorização através dos indicadores de saúde e das suas respetivas metas, que se consubstanciam em objetivos que os diferentes Estados deverão atingir para a existência de um determinado nível de saúde individual e populacional, bem como no âmbito dos indicadores de saúde que são fundamentais para a apreciação das práticas dos diferentes Estados associados às obrigações de proteger, respeitar e realizar o direito à saúde.

Consequentemente, em termos institucionais a OMS e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos reforçam através de documentos de elaboração

agregada ao direito à saúde, os diferentes indicadores que auxiliam o processo de avaliação dos diferentes Estados tendo em conta, as obrigações a cumprir por estes⁵⁶.

Por outro lado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, doravante CEDH, estipula no seu artigo 15.º um novo limite de derrogação para com as normas de Direito Internacional, prevendo a ausência de contradição com outras obrigações previstas nas normas internacionais. Esta limitação acontece devido ao facto de o referido artigo retirar justificação a obrigações que violem outras de âmbito internacional ao qual o Estado está adstrito.

Neste sentido, os diferentes Estados deverão respeitar, nomeadamente o estipulado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, doravante PIDCP, que estipula alguns dos limites, no artigo 4.º do PIDCP, a ser respeitados e que coincidem com o previsto no artigo 15.º CEDH, bem como algumas das exigências. Com mais pormenor, verificamos que o n.º 1 do artigo 4.º, do PIDCP prevê a obrigatoriedade da aplicação de uma declaração oficial referente, por exemplo, perante situações excecionais de perigo para um determinado Estado, isto apesar não se verificar no artigo 15.º da CEDH.

Consequentemente, outro dos aspectos apontados pelo artigo 4.º do PIDCP em detrimento do previsto no artigo 15.º da CEDH, corresponde à necessidade de previsão de medidas derogatórias que respeitem o princípio da não discriminação, ou seja que “não contenham discriminação fundamentada unicamente em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”. Refletindo-se na ideia que os Estados não deverão adotar medidas derogatórias que coloquem em causa o referido limite. Em termos factuais, constatamos que no âmbito da crise decorrente da Pandemia de COVID-19, alguns dos grupos sociais considerados vulneráveis, ficaram mais fragilizados nomeadamente no que diz respeito à discriminação e ao aumento das situações de pobreza.

Noutro sentido, prevê o n.º2 do artigo 15.º da CEDH a existência de diferentes direitos inderrogáveis, com um carácter mais limitado do que o estipulado no n.º 2 do artigo 4.º, do PIDCP. Ou seja, o PIDCP não possibilita a existência de qualquer derrogação ao direito à vida, o artigo 15.º da CEDH admite-a, no caso de a morte derivar de atos ilícitos de guerra. Sendo que o mesmo acontece, no caso do direito a todo o ser humano reconhecer a sua personalidade.

⁵⁶ OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 98-99.

No âmbito do n.º3, do artigo 15.º, da CEDH cumpre sublinhar que é imposto por este normativo a obrigatoriedade de os diferentes Estados cumprirem o dever de informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa das diferentes medidas de derrogação implementadas e dos motivos que as sustentam. Ou seja, o objetivo deste procedimento passa por dar a conhecer aos diferentes Estados e à sociedade em geral a existência de uma situação de carácter urgente num Estado em específico que influencia de forma direta a CEDH⁵⁷.

Ou seja, verificamos que o regime da Derrogação dos Direitos Humanos está previsto no artigo 4.º do PIDCP. Apesar disso, este regime é ainda definido através do comentário geral n.º29 do Comité dos Direitos Humanos que se debruça sobre as questões da limitação e através dos Princípios de Siracusa de 1984 que incide sobre esta temática. Tendo em conta estes documentos, ficamos a saber que para existir uma derrogação legítima de Direitos Humanos é necessário que cumulativamente se verifiquem oito critérios. Esses critérios são: a existência de uma emergência pública, que coloque em causa a sobrevivência da nação. Esta emergência tem de estar publicamente declarada, ou seja, assumida em lei anterior traduzindo-se na declaração do Estado de Emergência; o n.º3 do artigo 4º do PIDCP que determina que o Estado tem de notificar os Estados Parte através de notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Nesta notificação o Estado deve informar quais são os direitos que vão ser restringidos, durante quanto tempo vai vigorar a restrição e em que aspetos é que esta restrição se vai verificar, ou seja as restrições devem ter natureza provisória/transitória, ou seja, não devem ser permanentes; devem respeitar o Princípio da Proporcionalidade, ou seja, têm de ser o mínimo absolutamente necessário para responder à emergência pública. Não podem existir medidas excessivas, na medida em que; as restrições têm de respeitar o princípio da necessidade, isso quer dizer que não há mais nenhuma outra medida/solução que não a restrição de direitos; é necessário ter em conta o princípio da prognose positiva, ou seja, as medidas adotadas têm em conta o conhecimento científico existente e o nexo causal é o adequado para evitar a emergência pública; a aplicação das medidas restritivas não pode criar discriminação entre os cidadãos, devendo respeitar o princípio da não discriminação e; uma interpretação restritiva das limitações, isto quer dizer que mesmo quando se verificarem os pressupostos anteriores, é fundamental que as limitações sejam interpretadas de forma restritiva. Ou seja, o núcleo duro do Direito Humano não deve ser atingido/afetado.

⁵⁷ Martins, A. M. G.(2020, abril). O impacto da Covid-19 nos Direitos Humanos – A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. *Revista Eletrónica de Direito Público*, 7 (1), 163-164.

Devemos ainda referir que o nº2 do artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos consagra o regime dos Direitos Humanos não derogáveis. Ou seja, os Direitos Humanos consagrados neste preceito, não podem ser restringidos, mesmo que se verifiquem os oito critérios de natureza cumulativa para a derrogação de direitos humanos.

Conseguimos perceber com esta análise ao regime da Derrogação de Direitos Humanos, que nem todos estes oito critérios de natureza cumulativa foram cumpridos, e dessa forma a derrogação de Direitos Humanos não foi legítima.

Se pensarmos no primeiro critério para a existência de uma derrogação legítima de Direitos Humanos, conseguimos constatar que vigorando apenas a Situação de Calamidade no país, o Direito Humano à Saúde foi alvo de restrição.

Neste sentido e perante a restrição implementada verificamos que tendo em conta o segundo critério para que possa haver derrogação de Direitos Humanos, percebemos que o Estado Português nunca notificou os Estados Partes, através de notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Percebemos ainda que existiu uma grande discriminação entre os doentes COVID-19 e doentes não COVID-19, violando assim o sétimo critério para a possibilidade de derrogação de Direitos Humanos.

Ou seja tendo em conta o já referido, para a derrogação de Direitos Humanos é necessário existir a verificação de oito critérios de natureza cumulativa, o que no caso não existiu. Dessa forma podemos afirmar que houve uma restrição ilegítima de Direitos Humanos, que concretamente afetou o Direito Humano à Saúde. Em termos práticos constatamos que neste período existiu uma diminuição dos rastreios oncológicos, um decréscimo no acesso a cuidados de saúde primários, impedindo assim que novos diagnósticos e referenciações pelos médicos de família fossem realizados.

Neste sentido e decorrente da contextualização do direito à saúde no âmbito dos instrumentos jurídicos internacionais, cumpre referir no que diz respeito ao conceito de integridade física e moral enquanto direito humano, cumpre salientar que o legislador nos instrumentos legais estipulou um tratamento específico ao tipificar nos artigos 1º da CRP e da DUDH uma referência objetiva a todos os direitos fundamentais com direta ligação com o princípio da dignidade humana, no qual se inclui o direito à integridade pessoal e no qual é feito um reconhecimento do valor da dignidade enquanto valor absoluto, fazendo com que todos os atos que se dirigem contra a mesma sejam considerados ilícitos. Estando aqui

subjacente o facto de o primado do ser humano estar assente na consciência jurídica de cada ser humano e assumindo um estatuto especial no artigo 25.º da CRP e que se co-relaciona com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (previsto no nº1 do artigo 26.º da CRP)⁵⁸. De salientar decorrente da temática em apreço, salienta-se que a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina prevê no âmbito do direito à saúde, o carácter obrigatório do consentimento prévio e informado, o que na legislação interna é aplicável tendo em conta o previsto no artigo 8.º da CRP.

Por conseguinte, decorrente do previsto no artigo 1.º da CRP e conjugado com o artigo 1.º da DUDH verificamos que é feita uma menção inequívoca de todos os direitos fundamentais, tendo direta implicação, nomeadamente, no princípio da dignidade, no direito à vida ou na integridade pessoal. Neste sentido, perante a perceção de um reconhecimento inequívoco da ideia de um valor absoluto do conceito de dignidade humana considerado por JOÃO LOUREIRO como “o valor intrínseco, originalmente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos”, é diretamente claro que todos os atos que vão contra o valor de dignidade são considerados ilícitos, estando inerente a supremacia do ser humano enquanto elemento legítimo de gerações futuras.

Decorrente do tema respeitante a esta dissertação cumpre salientar que, o legislador efetuou um exercício de harmonização entre o conteúdo previsto no artigo 19.º da CRP e o estabelecido no artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Contudo, ao se prever no n.º6 do artigo 19.º da CRP a previsão legal da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias com a expressa proibição de afetação de diferentes direitos como: o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à identidade pessoal, o direito à capacidade civil e à cidadania, o direito à não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e o direito à liberdade de consciência e de religião. Sendo que importa também sublinhar o facto de, o n.º5 do artigo 19.º da CRP estabelecer que a declaração do estado de sítio ou de emergência não pode ter uma duração superior a quinze dias, ou à fixada por lei, sem prejuízo de renovação⁵⁹.

⁵⁸ António, I. (2022). A “Autodeterminação do Doente” enquanto novo paradigma da medicina e o consentimento informado como seu instrumento concretizador: alguns casos especiais de consentimento. *Universidade do Minho*, 448. <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.24>

⁵⁹ Leão, A. C.; Coutinho, J. F.; Neto, L. & Neves, I. (2019). *Declaração Universal dos Direitos Humanos: Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Anotações pelos estudantes da Faculdade de Direito da*

Importa por isso referir que, o direito à saúde em co-relação com a integridade física consubstancia-se neste sentido, num dos principais direitos humanos que apesar de reconhecer a existência de um esfera de autodeterminação, de não interferência estadual e de eficácia horizontal, a sua efetivação depende também da vontade política do legislador como também das condições financeiras dos Estados. Integrando desta forma, em termos constitucionais uma dimensão defensiva do direito á integridade física, consubstanciando-se assim numa dimensão negativa. Enquanto em termos de dimensão positiva está em causa em co-relação, o direito à assistência médica urgente no âmbito do seu efetivo acesso e fruição⁶⁰.

Ou seja, verificamos que o centro conceptual do direito à saúde é constituído por isso por uma dimensão individual na medida em que cada um de nós possui o direito de exigir a proteção da saúde que se reflete em ser garantido um estado de saúde de completo bem estar físico, psíquico e social, tendo em conta o valor primordial da dignidade humana.

1.3- O Direito à Saúde de acordo com a perspectiva da União Europeia

No âmbito da conceptualização do Direito à saúde aplicada no espaço europeu um dos instrumentos fundamentais a ter em conta neste plano, importa referir que decorrente da necessidade de criação de um “catálogo próprio” de Direitos Fundamentais, sublinha-se a criação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE) que tem por objetivo primordial responder à exigência de transformação da União Europeia num espaço de liberdade, segurança e justiça que legitime a referida carta, como elemento originário de legitimação da autoridade jurídica e política.

Nela conseguimos encontrar diversos artigos referentes aos Direitos Fundamentais, nos quais se incluem direitos civis, políticos, sociais e económicos e que se refletem num “instrumento declarativo e codificador de direitos, que reafirma direitos, liberdades e princípios já integrantes do bloco de fundamentalidade da União Europeia”⁶¹. Em termos

Universidade do Porto. Reitoria da Universidade do Porto. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/119754>. pp. 26-28 e 283.

⁶⁰ Candeias, M. M. A. (2015). O Direito à Saúde no Direito Internacional dos Direitos Humanos e a escassez de Recursos do Estado Social de Direito no séc. XXI: - Uma ponderação necessária? *Revista RJLB*, (3), 1121-1122 e 1137-1138. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_1119_1244.pdf

⁶¹ Duarte, M. L. (p. 112), *Apud* Santos, L. (2011). *Os Direitos Fundamentais na União Europeia – As alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa*. [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito – Universidade do Porto], Repositório Aberto da Universidade do Porto. <https://core.ac.uk/download/pdf/143397121.pdf>. p. 45.

concretos, salienta-se o referido nos nºs 3 e 4 do artigo 52º que prevê que: “ Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção (...)” e “Na medida em que a presente Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições”.

No âmbito dos direitos, económicos, sociais e culturais, a doutrina especializada em analisar os diferentes normativos que constituem o Direito da União Europeia, trouxeram à colação uma temática controversa que se centrou em perceber a natureza jurídica dos direitos de Segunda geração em que ao se verificarem fronteiras variáveis entre direitos de natureza negativa, ou de proteção em relação ao Estado e o direito a prestações estando por isso a CDFUE defende o paradigma de um compromisso normativo em que decorrente do processo de integração europeia está presente a ideia de formalização da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça (doravante TJ) constante no nº 2, do artigo 6º do Tratado da União Europeia (doravante TUE)⁶².

Neste sentido e com base nesta perspetiva, a ideia de uma carta de direitos fundamentais que tem por objetivo implementar o sentido obrigacionista de respeito pelos direitos fundamentais enquanto pilares da UE e que possuem um carácter supranacional e de integração em que prevalece uma atuação caracteristicamente intergovernamental de cooperação no sentido de garantir os direitos das pessoas perante o poder político estabelecendo perante tal, a ideia de “contrato social” no âmbito do ordenamento supranacional e tendo por intenção evidenciar que o território europeu é um espaço de direitos fundamentais em que a pessoa é colocada no epicentro do processo de integração europeia, com vista a garantir os seus direitos junto das Instituições Europeias.

Em termos concretos, ficou por isso tipificado no artigo 35.º da CDFUE no âmbito do direito à saúde um conteúdo normativo que tem por base o previsto no artigo 152º do Tratado da Comunidade Europeia e no artigo 11º da Carta Social Europeia correspondendo a um direito social que tem por princípio base, o princípio da indivisibilidade que tem como ideia primordial a convivência ambivalente com os direitos, liberdades e garantias que

⁶² Ventura, C. S. (2000, maio). Parecer sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. *Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, (1), 9-10.

deverão conviver de forma harmónica com as diferentes legislações tendo a proteção da saúde humana o factor em que deverão existir limites, prevendo a CDFUE um critério para densificar as situações em que no âmbito das competências e políticas comunitárias que vieram proteger anteriores lacunas de proteção dos valores comunitários⁶³.

Refletindo a ideia de que para além do defendido nos planos jus internacionais de âmbito universal e regional, geral e setorial (neste caso ONU, CE, OMS), o sistema jurídico da União Europeia promove o direito à saúde tendo em conta os valores sociais e os direitos fundamentais.

Ou seja, coloca-se neste âmbito a influência da amplitude da autonomia dos Estados em matéria de direitos sociais, na medida em que o Direito da União Europeia não coloca condições em caso de não cumprimento por parte dos Estados de políticas sociais, exeto no âmbito do grau de proteção alcançado⁶⁴. O que significa que apesar de na CDFUE não estar presente uma cláusula de não retrocesso, esta (CDFUE) tem como finalidade principal o estabelecimento de uma “barreira última inultrapassável” tendo em conta as restrições de direitos presentes no artigo 52º, que têm por missão o respeito pelo núcleo essencial dos direitos que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido salienta-se que, o nº1 do artigo 52º da CDFUE, sendo uma disposição normativa horizontal com vista a regular a admissibilidade da restrição de direitos fundamentais de forma generalizada, distancia-se do sistema que caracteriza a maior parte das Constituições nacionais e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) estabelecida em 1950. Ou seja, verificamos que o referido artigo retrata os critérios promovidos pelo Tribunal em que as restrições necessitam de ser proporcionais e necessárias à prossecução de interesses gerais confirmados pela União Europeia, decorrentes da proteção dos direitos e liberdades de terceiros, não podendo influenciar a essencialidade dos direitos em causa⁶⁵.

Decorrente do referido, importa salientar que a CDFUE possui uma inspiração normativa a partir da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e jurisprudencial por via

⁶³ Leão, A. C. (2006). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Protegendo os Direitos a um nível multidimensional. *Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa*. 57-58. <https://hdl.handle.net/10216/23815>.

⁶⁴ SCHUTTER, O. de, “La contribution...”, p. 33 a 41, *Apud* Leão, A.C., *Op. cit*, p.58.

⁶⁵ Maduro, M.P. (2005). Carta dos Direitos Fundamentais: limite ou instrumento do processo de integração europeia. *infoeuropa biblioteca*, 74. <https://infoeuropa.mne.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibimg.aspx?doc=20525&img=880>

do desenvolvido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, consagrando perante tal, uma diversidade de direitos de âmbito civil, político, económico e social que incluem nomeadamente, o direito à saúde e à inovação tecnológica nos tratamentos de saúde⁶⁶.

Importa por isso salientar que, a União Europeia no que diz respeito ao direito à saúde tem procurado promover uma objetivação normativa, bem como clarificar as suas fundações e princípios normativos que as desencadeiam nos diferentes níveis, formas e meios. Em termos mais específicos salienta-se o previsto nos artigos 2º, 3º, 5º e 6º do TUE, nos artigos 9º, 16º, 18º, 56º, 57º e 168º do TFUE e nos números 1, 2, 3, 8, 20 a 26 e 31 da CDFUE que possuem referências diretas e indiretas à saúde enquanto direito.

De referir que no que diz respeito ao direito secundário, existem diferentes diplomas que uniformizam e harmonizam, bem como atos jurídicos (normativos ou não) e para-jurídicos dos primordiais órgãos e instituições europeias, como são disso exemplo, as Resoluções do Parlamento, as Conclusões do Conselho, as Comunicações do Conselho ou as Opiniões e Pareceres do Comité Económico e Social Europeu.

Por outro lado, no âmbito da jurisprudência judicial da UE, verificamos que a doutrina desdobra-se em diferentes interpretações tendo em conta os critérios de jurisprudência dogmática nos diferentes âmbitos da saúde pública, da proteção da saúde e do respeito pela efetivação de um elevado nível de proteção da saúde, refletindo o previsto no artigo 35º da CDFUE. Contudo, salienta-se que a perspetiva jusfundamental da saúde pretende uma associação à ligação direta que existe entre a UE e a agenda dos direitos fundamentais utilizando uma linguagem que procede a uma associação da tutela da saúde pelo direito⁶⁷.

Perante o referido, sublinha-se que o artigo 35º da CDFUE promoveu a inclusão de todos os cidadãos pertencentes aos Estados-Membros bem como os pertencentes aos Estados Terceiros de um “direito de acesso à prevenção e um direito de beneficiar de cuidados médicos, bem como um princípio finalístico de garantia de um nível elevado de saúde”, estando por isso em causa um direito negativo de liberdade que tem por missão limitar ou suprimir a atuação da UE ou dos diferentes Estados-Membros no acesso à prevenção da

⁶⁶ Santos, L. (2011). *Os Direitos Fundamentais na União Europeia – As alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa*. [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito – Universidade do Porto], Repositório Aberto da Universidade do Porto. <https://core.ac.uk/download/pdf/143397121.pdf>. p.38.

⁶⁷ Vale, L. A. M. M. do (2012). O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35.º da CDFUE (cont.). *Revista do hospital de crianças Maria Pia*, 1, (1), 45.

saúde, bem como de um direito de proteção refletido numa garantia de acesso igualitário à prevenção da saúde, bem como da manutenção das condições de vida, ambiente e trabalho relacionadas com uma prevenção dos riscos associados à saúde. Sublinha-se ainda neste âmbito que, o direito a beneficiar de cuidados médicos origina um dever de realização por parte dos Estados que têm de eleger os meios adequados para a sua efetivação.

Salienta-se neste contexto que a CDFUE tem por hipótese não criar direitos, contudo reconhece-os, procedendo a uma delimitação e atribuindo um conteúdo que em determinadas situações, poderá ir para além do previsto nas designadas “tradições constitucionais comuns” ou das convenções internacionais. Exemplo do referido é a afirmação de um conjunto de direitos referentes à biomedicina, na medida em que a CDFUE antevê de forma detalhada e objetiva em detrimento de diferentes tratados referentes a esta matéria, como são disso exemplo as convenções emanadas no âmbito do estipulado pelo Conselho da Europa⁶⁸.

Neste sentido, a CDFUE possui três tipos de direitos, os Direitos e liberdades fundamentais (no qual se inclui o direito à proteção da saúde), os Direitos Fundamentais e os Direitos económicos e sociais, considerando-se desta forma um instrumento juridicamente vinculativo para as diferentes Instituições e para os Estados-Membros no âmbito da aplicação do Direito da UE, possuindo uma idêntica força jurídica que os Tratados, ou seja gozando do mecanismo previsto no artigo 48^a do TUE⁶⁹.

1.4- O Impacto do Pacto de São José da Costa Rica no Direito à Saúde

Decorrente do tema em estudo nesta dissertação, um dos instrumentos jurídicos internacionais que tipificam algumas das normas pertinentes a ter em conta é o Pacto de São José da Costa Rica, também designado como “Convenção Americana de Direitos Humanos”, doravante CADH, assinado em 1969 e em vigor desde 1978.

Neste sentido no que diz respeito à alusão aos direitos humanos verificamos que através de um processo de monitorização sob a responsabilidade dos dois órgãos de proteção da CADH (a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) este têm como principal objetivo promover a implementação de um

⁶⁸ *Idem* – O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35.º da CDFUE (cont.). Coimbra: Revista do hospital de crianças Maria Pia, vol. 1, n.1, 2012. pp. 50 e 46.

⁶⁹ DUARTE, M. L. (p. 96) *Apud Ibidem* - p.50.

sistema de proteção multinível dos direitos humanos refletindo-se em diferentes atribuições que visam assegurar as responsabilidades dos diferentes Estados-membros da CADH através de relatórios, petições, queixas entre outros⁷⁰.

Estabelece por isso a CADH, que os diferentes Estados signatários deverão garantir que todos os seres humanos que estejam juridicamente alicerçados a este Pacto, tenham como garantias a sua jurisdição, a independência da nacionalidade, os direitos consagrados no Pacto e as medidas que sejam aplicadas em caso de incumprimento de direitos humanos.

Decorrente do referido PIOVESAN (2018, p. 206) veio estabelecer determinadas indicações para a proteção dos direitos considerados essenciais para a pessoa humana e que se consideram não apenas dotados de proteção normativa em termos nacionais, como também possuem especial proteção por parte do direito internacional. Neste sentido, ao verificarmos no Pacto de São José da Costa Rica, o nº1 do artigo 4º evidencia-se a consideração efetuada ao direito à vida que de forma expressa está associado ao direito à integridade pessoal, no qual se compreende o respeito pelos aspectos físicos, psíquicos e morais do ser humano. Ou seja, os referidos direitos deverão refletir-se na promoção do direito à saúde na sua total abrangência e interpretação nos Estados de Direito Democráticos⁷¹.

Deste modo, ao constataremos no Pacto de São José da Costa Rica a existência de um capítulo referente aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais conseguimos verificar que os direitos sociais são tratados pela CADH de forma genérica no que diz respeito aos direitos humanos de segunda geração, promovendo apenas o compromisso por parte dos Estados em efetivarem os mesmos.

Para isso promovem a menção de diferentes direitos diretamente associados ao direito à saúde, como o direito à vida e o direito à integridade física estipulados respetivamente nos artigos 4.º e 5.º da CADH e que integram o direito à saúde enquanto corolário que constitui um direito suscetível de ser tutelado por parte do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Contudo, de acordo com FIORATI (1995, p. 3) o Pacto de São José da Costa Rica não coloca regras específicas no âmbito dos direitos, económicos, sociais e culturais, fazendo

⁷⁰ Piovesan, F. & Freitas, D.C. de (2018). O Pacto de San José da Costa Rica e a Jurisprudência Interamericana em matéria de Direito à Saúde. *Revista do Direito*, (54), 206. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v1i54.11843>

⁷¹ Martins, J. C. & Afonso, Igor V. de L. (2020). O Direito e Acesso à Justiça Efetiva e em Tempo Razoável e o Pacto de San José da Costa Rica na Proteção do Direito à Saúde. *Scientia Iuris, Londrina*, 24, (2), 91-92. <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/39174/27748>

porém uma ressalva no sentido dos Estados signatários promoverem uma progressiva aplicação de tais direitos presentes na Carta da Organização dos Estados Americanos. Apesar disso, constatamos que no artigo 26º da Convenção é indicada a necessidade do progresso para a promoção dos direitos económicos, sociais e culturais, fazendo desta forma com que os Estados signatários através do dever sinalagmático, adotem as devidas medidas para a implementação destes em termos internos e internacionais com vista a sua plena aplicação.

Para tal são aplicados instrumentos que se refletem em dois protocolos, um dos quais referente aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais – também designado por “Protocolo de San Salvador” – adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1988, que entrou em vigor a 16 de novembro de 1999 e que foi retificado a 21 de agosto de 1996.

Neste sentido no âmbito da tutela do direito à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos previsto no artigo 10.º do Protocolo de San Salvador verificamos que existe por parte do legislador um cuidado em evidenciar as diferentes atividades diretamente relacionadas com o direito à saúde, de forma a abarcar as necessidades basilares das quais são disso exemplos, as infraestruturas sanitárias, as medidas de saúde preventiva e que se vieram a refletir na vinculação destas com o direito à vida, previsto no artigo 4.º da CADH, e no direito à integridade física presente no artigo 5.º da CADH⁷².

Perante tal em termos doutrinários a análise efetuada no âmbito dos direitos sociais é estipulado no artigo 26.º da CADH em que segundo AZEVEDO NETO, a partir do referido artigo deve ser realizado um processo de interpretação integral que envolva a referente Convenção em conjunto com outros instrumentos normativos internacionais. Sendo que apesar disso, o artigo 29.º da Convenção veio estabelecer uma proibição na análise limitativa dos direitos sociais, defendendo que o artigo 26.º não pode ser alvo de uma interpretação restritiva, sendo necessário que seja adotada uma interpretação ampla para a efetivação dos direitos sociais, no qual se inclui o direito à saúde em que é primordial uma proteção idêntica à conferida aos direitos civis e políticos⁷³.

⁷² Stein, F. T. (2019). *O Direito social à saúde e sua proteção pelo Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos*. [Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Santa Cruz do Sul]. Repositório UNISC. <http://hdl.handle.net/11624/2603>. pp. 57-58.

⁷³ Daroit, A. P. & Maas, R. H. (2019). A Proteção Interamericana do Direito Humano e Social à Saúde. *R. Dir. sanit.*, 20, (1), 23-24. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v20i1p13-31>

Ou seja de acordo com PIOVESAN aferimos que existem três estratégias distintas no âmbito da proteção dos direitos sociais: uma dimensão positiva do direito à vida; uma aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, nomeadamente no que diz respeito a grupos sociais vulneráveis; e a proteção indireta dos direitos sociais, em co-relação com a proteção de direitos civis e políticos.

Dentro do referido sublinha-se ainda o facto de o Pacto de São José da Costa Rica vir a demonstrar a existência de uma necessidade de proteção a nível regional dos direitos humanos e consequentemente dos direitos económicos, sociais e culturais através do Protocolo Adicional à Convenção Americana – o Protocolo de São Salvador. Este que no âmbito do direito à saúde veio garantir o seu carácter universal, tipificando que o referido direito não é apenas respeitante a determinados cidadãos, mas sim a um carácter universal na medida em que a saúde é um bem público, concedido pelo Estado e sobre o qual recai a responsabilidade da sua aplicação através de meios de execução de políticas de saúde, como por exemplo o acesso a assistência médica a toda a população⁷⁴.

Desta forma ao analisarmos em detalhe os diferentes direitos com uma relação direta com o ~~tema~~ da dissertação, torna-se essencial fazer uma análise aos artigos correspondentes. No caso, o direito de reunião (presente no artigo 15.º da CADH), o direito de liberdade de associação (presente no artigo 16.º da CADH) e o direito à liberdade de circulação e residência (presente no artigo 22.º da CADH).

Neste sentido constatamos que o direito à reunião está co-relacionado com o previsto no artigo 21.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, doravante PIDCP em que é reconhecido o referido direito pormenorizando o seu alcance enquanto meio de limitação de reuniões de âmbito pacífico, prevendo ainda que a sua aplicação está sujeita somente às restrições previstas na lei e que sejam consideradas necessárias para a proteção de valores como a saúde e os direitos e liberdades dos cidadãos e consubstancia-se num direito a “uma manifestação coletiva da liberdade de expressão” executada com o recurso a uma associação de âmbito transitório que a doutrina técnico-científica especifica enquanto direito intimamente associado aos direitos à dignidade da pessoa humana⁷⁵.

⁷⁴ Souza, A. P. de J. & Dias, C. A. G. C. (2020). A Proteção Interamericana do Direito à Saúde e o novo movimento transnacional: um diálogo entre ordens jurídicas nacionais e internacionais. *Revista Videre*, 12, (25), 168. <https://doi.org/10.30612/videre.v12i25.11762>

⁷⁵ Petit, J. M. (2020). *Direitos Civis e Políticos*. Em F. Andreu-Guzmán... (et al.); C. Steiner & M. C. Fuchs (Eds.), *Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Comentário* (2ª ed., p. 441). Tirant lo Blanch.

Por outro lado no direito de associação, o legislador ao estabelecer o referido direito na CADH tem por base o instituído nomeadamente no PIDCP, mais concretamente no artigo 22.º que é referido que “toda a pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras (...)” e no qual o seu exercício está sujeito às “restrições previstas e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. O que se verifica ser similar ao previsto na CADH.

Perante tal, um dos critérios semelhantes ao previsto no artigo 22.º do PIDCP é o estabelecido na CADH mais concretamente no artigo 16.º que refere: “[o] exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.”

Por outro lado, no que tange ao direito de circulação e residência, o legislador estabelece uma associação ao exercício da liberdade e da autonomia das pessoas, tendo o poder de residir e deslocar-se sem qualquer restrição de um lugar para o outro, estando neste sentido associado de acordo com o Comité de Direitos Humanos da ONU como “uma condição indispensável para o livre desenvolvimento de toda a pessoa” e que se encontra associado à aplicabilidade de outros direitos humanos⁷⁶.

Assim ao analisarmos em termos concretos o artigo 15.º da CADH, verificamos que no que diz respeito ao direito de reunião, a jurisprudência brasileira, defende o exercício da liberdade de reunião tendo em conta a existência de “ (...) um ambiente democrático real que oportunize ao cidadão desempenhar adequadamente o seu papel (...)” e na qual a liberdade de reunião encontra o nível de visibilidade pretendido e que conseqüentemente transmite a sua mensagem perante a existência de atos que poderão ser considerados inadequados para os restantes cidadãos, contudo apesar de estes se considerarem racionais e pacíficos, devem ser tolerados pelo Estado e pela sociedade. Ou seja, as eventuais restrições ao referido direito deverão existir somente em *ultima ratio*. Para tal deverá imperar um necessário reconhecimento da proporcionalidade na proibição de diferentes atos por parte da população.

Neste sentido pertinente é de salientar que este direito não possui um carácter absoluto, na medida em que as restrições que se colocam no âmbito do seu exercício não são

⁷⁶ PETIT, *Op. cit*, p. 637-638.

um direito absoluto ou limitado, na medida em que as restrições que se colocam deverão estar em consonância com a lei, com as obrigações assumidas pelos Estados tendo em conta os instrumentos normativos internacionais de Direitos Humanos e alicerçados a eventuais controlos administrativos ou judiciais exercidos de forma independente, imparcial e diligente⁷⁷.

No âmbito das limitações que poderão ser aplicadas ao direito à liberdade de reunião, são aplicadas a reuniões “pacíficas e sem armas”, na medida em que não exista uma alteração da ordem pública por parte de quem exerce o referido direito.

Importa por isso salientar ainda que e de acordo com a segunda parte do artigo 15.º da CADH as restrições a aplicar são aquelas que estão previstas na lei e as consideradas “necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. Sendo por isso violado o direito à reunião perante uma aplicação arbitrária ou desproporcionada de aplicação de restrições. Estas que são contudo consideradas legítimas no caso de as autoridades poderem empregar perante questões referentes à segurança pública ou à ordem pública com vista a limitação do exercício da liberdade de reunião.

Sublinhasse perante o salientado que as referidas restrições poderão no entanto dar origem a uma desproporcionalidade e a uma arbitrariedade por parte dos Estados que deverão apenas ter por objetivo a proteção dos direitos dos indivíduos aliada a promoção do seu pleno exercício.

Ou seja no que diz respeito ao ponto anterior, poderão existir incertezas no caso do referido direito ser aplicado com restrições e dar origem a consequências negativas para os demais direitos. Perante tal, a doutrina defende que as referidas restrições deverão ter como suporte para a sua aplicação dados objetivos que possibilitem a ilação objetiva em que a aplicação do direito de reunião não se encontra de acordo com os parâmetros convencionais, nomeadamente no que diz respeito à proteção da saúde e da moral públicas, bem como dos restantes direitos e liberdades. O que se vem a traduzir nas evidentes e determinadas razões para a proibição ou restrição do direito de reunião e que fundamentam a implementação das restrições. Sobre o supramencionado, refere o Tribunal Constitucional Espanhol: “se existissem dúvidas sobre se tal exercício em um determinado caso pode produzir os efeitos

⁷⁷ PETIT, *Op. cit.*, p. 450.

negativos contra a ordem pública com perigo para as pessoas e bens ou outros direitos e valores dignos de proteção constitucional, essas teriam de ser resolvidas com a aplicação do princípio ou critério de favorecimento do direito de reunião (favor libertatis), sem que seja suficiente para justificar sua modulação ou proibição a mera suspeita ou a simples possibilidade de que se produzam ditos resultado”⁷⁸.

Por outro lado, no âmbito do direito à liberdade de associação presente no artigo 16.º da CADH constatamos o seguinte a respeito do direito à saúde e das limitações relacionadas com a sua aplicação. Sendo um direito distinto do direito de reunião, este direito implica a convergência de um conjunto de pessoas permanentemente no tempo, na medida em que implica que um determinado agrupamento de pessoas tem como objetivos promover e defender os seus interesses comuns e consequentemente cumprir com as normas e as obrigações a estas associadas. O que implica a existência de um direito e de uma liberdade, tendo duas dimensões, uma individual e outra coletiva. No que diz respeito, à primeira, o direito implica o reconhecimento da liberdade das pessoas em formar e fazer parte de uma entidade associativa (liberdade de associação positiva), não fazer parte de uma, ou deixar de fazer parte de uma da qual é membro (liberdade de associação negativa).

Por conseguinte, cabe referir neste contexto que a liberdade de associação pode estar sujeita a limitações ou restrições, na medida em que são necessárias tendo em conta a proteção de valores como a segurança nacional, a segurança pública, a ordem pública, a saúde e a moral pública, bem como os direitos e liberdades das pessoas⁷⁹.

Neste âmbito, a Corte de IDH refere que a CADH não exige apenas a tipificação das restrições ao gozo e ao exercício dos direitos e liberdades, mas também que as mesmas (leis) tenham por missão a proteção e salvaguarda do interesse geral e do propósito para o qual foram criadas;

Perante tal, as restrições ao direito de associação deverão ter sempre presente que as limitações respeitam o Princípio da legalidade, o que significa que a implementação das mesmas (restrições) apenas pode ser feita através de uma norma legal que tenha sido promulgada por um Parlamento e não de forma unilateral por um Governo. Para isso, é referido o seguinte por parte da CIDH: “As restrições à liberdade de associação só serão

⁷⁸ Tribunal Constitucional de Espanha, Sentença n.º 195/2003, 27 de outubro de 2003, fundamento 7 *Apud* PETIT, *Op. cit.*, p. 454.

⁷⁹ PETIT, *Op. cit.*, p. 461.

válidas se forem estabelecidas por lei (por decisão do Parlamento ou norma equivalente não escrita do common law) e não se permite que se estabeleçam por decreto governamental ou outra decisão administrativa. A C[IDH] reitera que o princípio da legalidade também inclui que a limitação esteja formulada de forma expressa, taxativa e prévia, requisitos exigidos para dar segurança jurídica ao cidadão, ademais, a lei que contém a restrição deve ter sido promulgada por razões de interesse geral e estabelecendo o propósito para a qual havia sido estabelecida. Os Estados devem abster-se de promover leis e políticas que utilizem definições vagas, imprecisas e amplas no que diz respeito aos motivos legítimos para restringir as possibilidades de formação e funcionamento das organizações de Direitos Humanos”⁸⁰;

Noutro sentido, no âmbito do direito de circulação e de residência no território de um Estado, importa referir que no que diz respeito ao direito à saúde, a CADH refere que: Tendo em conta o previsto no artigo 22.º da CADH que estabelece: “Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais”. O que significa que de acordo com o Comité de Direitos Humanos, são estabelecidos critérios que são na sua totalidade aceites pelas instituições judiciais como a Corte IDH. O que implica a existência de uma oportunidade para as pessoas se moverem de forma livre para outro lugar e no mesmo permanecer, não necessitando de apresentar motivo específico para o exercício do direito.

No que diz respeito às restrições a CADH estabelece no n.º3 do artigo 22.º da CADH as condições para a aplicação de restrições ao exercício do referido direito. A primeira das quais é que a restrição seja legítima e estabelecida por lei, na medida em que se traduz num requisito formal e que tem por missão proteger os cidadãos contra limitações dos direitos humanos por parte de autoridades administrativas que segundo a Corte IDH poderão: “atuar de maneira arbitrária e discricionária realizando interpretações extensivas da restrição, particularmente indesejável quando se trata de medidas que afetam severamente bens fundamentais, como a liberdade”.

São também colocados por parte do Comité de Direitos Humanos, no âmbito do comentário geral acerca da liberdade de circulação, três requisitos: 1) a restrição deve ser adequada para alcançar esse propósito; 2) também deve ser necessária ou indisponível, no sentido de que não deve haver uma medida que atinja o mesmo objetivo, com uma menor

⁸⁰ CIDH. (2011). *Segundo Relatório sobre a Situação das Defensoras e dos Defensores de Direitos Humanos nas Américas*, p. 165. *Apud* PETIT, *Op. cit.*, p. 168.

restrição ao direito de circulação e residência; e 3) deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, que o benefício obtido na satisfação do propósito justifica a restrição do direito de circulação e residência.

Ou seja, de acordo a Corte IDH e com a doutrina do Comité de Direitos Humanos, a legitimidade para a existência de uma limitação do exercício do direito à liberdade de circulação e residência necessita que sejam cumpridas quatro condições: 1) a legalidade da medida; 2) a legitimidade dos objetivos pretendidos; 3) a necessidade e proporcionalidade e 4) o respeito pelo conteúdo essencial do direito⁸¹;

Por fim, no que diz respeito ao direito de sair de qualquer país, a CADH estabelece que este direito apenas pode ser legitimamente restringido tendo em conta as condições estabelecidas no n.º 3 do artigo 22.º da CADH de forma expressa e que têm por missão a não efetividade de ofensas de âmbito criminal, bem como a proteger valores primordiais como a segurança nacional, a ordem ou a segurança pública, a moral, a saúde pública e os direitos e liberdades de terceiros, no que se considere imprescindível numa sociedade democrática.

2- O COMPORTAMENTO DE PORTUGAL PERANTE A PANDEMIA DE COVID-19 EM TERMOS LEGAIS – BREVE ENQUADRAMENTO

Decorrente do surgimento dos primeiros casos da doença de COVID-19 em Portugal, no início de março de 2020, verificou-se ser necessário proceder-se à adoção de um conjunto de medidas de âmbito excecional e urgente tendo por objetivo principal o controlo da propagação do vírus e da respetiva proteção do sistema nacional de saúde.

Neste sentido, em termos legais e perante uma situação factual e jurídica excecional os diferentes órgãos de soberania que exercem poderes públicos foi necessário promover a adoção de um conjunto normativo que fundamenta-se a situação de alerta. Para tal, de acordo com o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, foram implementadas medidas que promoveram entre outras medidas, o distanciamento social e as restrições à entrada em estabelecimentos públicos, o que se veio a refletir na adoção por parte do Governo de restrições em diferentes direitos fundamentais em sede de Decreto-Lei e decorrente do

⁸¹ PETIT, *Op. cit.*, p. 641.

estipulado na CRP, mais concretamente na al. a) do n.º1 do artigo 198.º e da Assembleia da República no âmbito de matérias de reserva relativa da Assembleia da República referentes a direitos, liberdades e garantias nas quais o Governo não possui autorização legislativa.

Por conseguinte, decorrente do agravamento da situação da pandemia de COVID-19 foi promovida a implementação do instituto jurídico do estado de emergência através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março tendo em conta a existência de uma situação de calamidade e tendo sido alvo de duas renovações legislativas tendo por base o disposto no artigo 19.º da CRP e do artigo 9.º do RESEE que promoveu a suspensão de determinados direitos fundamentais como, o direito à deslocação e respetiva fixação em qualquer parte do território nacional, o direito de reunião e manifestação, o direito à circulação entre outros.

Assim no que diz respeito ao posicionamento técnico-jurídico refletido no referido Decreto, verificamos que a declaração do estado de emergência em Portugal teve por base a anterior situação de calamidade pública, tendo nomeadamente em conta o defendido pela OMS em 11 de março de 2020 que referiu que a situação “de emergência de saúde pública ocasionada pela doença COVID-19 como uma pandemia internacional, constituindo uma calamidade pública”⁸².

Decorrente do referido, o legislador teve por base as instâncias constitucionais neste caso o artigo 19.º da CRP e a Lei n.º44/86, de 30 de setembro em que é referido que se deve restringir ao necessário para a consequente aplicação de normas referentes à suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias como é exemplo o direito à deslocação e fixação em determinada área territorial de Portugal; o direito de circulação dos trabalhadores em espaço internacional; o direito de reunião e de manifestação, entre outros. Acrescenta ainda o referido Decreto que “as limitações de direitos, liberdades e garantias” se refletem no “respaldo Constitucional que só o estado de emergência pode dar, reforçando a segurança e certeza jurídicas e a solidariedade institucional” tendo em conta o referido nos artigos 19.º, alínea d) do 134.º e 138.º da CRP, bem como o referido na Lei n.º44/86, de 30 de setembro, atualizada pela Lei Orgânica n.º1/2011, de 30 de novembro e pela Lei Orgânica n.º1/2012, de 11 de maio.

⁸² Rosário, P. T. do (2020). Os Direitos Fundamentais e a Pandemia Covid-19 – O Cidadão Deficiente e o Terceiro Sector. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais*, 1, (1), 63.

Neste âmbito salienta-se o referido pelo legislador constitucional no que diz respeito ao Estado de Direito Democrático, previsto nos artigos 2.º e 19.º da CRP em que se refere que “Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição”.

Torna-se por isso importante diferenciar em termos jurídicos os conceitos de “estado de calamidade”, de acordo com o disposto na Lei de Proteção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de julho) e do “estado de emergência” (que possui uma Lei ordinária e por isso com a forma de Lei orgânica de acordo com o disposto nos artigos 166.º, n.º2; 168.º, n.º5; 136.º, n.ºs 2 e 3 e 112.º, n.º2 todos da CRP, e que se traduz em lei de valor de valor reforçado com necessidade de aprovação por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. Assim, de acordo com o disposto n.º3, do artigo 9.º da CRP “A situação de calamidade pode ser declarada quando, face á ocorrência ou perigo de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos no artigo 3.º, e à sua previsível intensidade, é reconhecida a necessidade de adotar medidas de carácter excecional destinadas a prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas pelos seus efeitos”, sendo que no n.º3 encontram-se previsto o enquadramento conceptual dos conceitos de “acidente grave” e de “catástrofe”.

Neste sentido, no que diz respeito ao Governo e tendo em conta o previsto pelo legislador no artigo 17.º do RESEE e que decorrente dos Decretos n.º 2-A/2020, de 20 de março, n.º 2-B/2020, de 2 de abril e n.º3-C/2020, de 17 de abril, foram estipuladas algumas medidas que determinaram o estabelecimento de medidas como o confinamento obrigatório em estabelecimentos de saúde ou no domicílio dos cidadãos portadores da doença de COVID-19, bem como a cidadãos a quem as autoridades de saúde determinaram o dever de recolher obrigatório no respetivo domicílio e ainda o encerramento de estabelecimentos comerciais⁸³.

Após duas renovações do estado de emergência verificou-se um desagravamento da situação pandémica o que motivou a sua não renovação e a implementação de um desconfinamento gradual e que ficou refletido em termos legais no diploma do Governo RCM n.º33-A/2020, de 30 de abril traduzindo-se numa situação de calamidade que vigorou entre

⁸³ Viana, S. (2022, junho). *Reserva de Lei em Tempos de Pandemia - Atuação Administrativa do Governo na Gestão da Crise Pandémica*. [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola de Lisboa]. Repositório da UCP. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/39724/1/203138082.pdf>. pp. 17-18.

maio e novembro de 2020 e que ao longo da sua implementação variou em termos de grau de intensidade consoante a situação epidemiológica.

Apesar do referido e decorrente de um novo agravamento da situação epidemiológica e que deu origem à segunda vaga da pandemia de COVID-19, foi necessária novamente a implementação do estado de emergência e que determinou de forma parcial a limitação, restrição ou condicionamento o exercício de determinados direitos, liberdades e garantias, como o direito à liberdade e de deslocação, os direitos dos trabalhadores e a vertente negativa do direito à saúde.

Neste sentido, é de referir que derivado à segunda vaga da pandemia de COVID-19, Portugal manteve em vigor o estado de emergência constitucional tendo em conta a aplicação de onze renovações do referido instituto jurídico e que teve o seu término no final de abril de 2021. A partir do qual se implementou o estado de calamidade (também designado por estado de emergência administrativo), tendo variado em termos de grau de intensidade de aplicação de medidas restritivas e que se refletem nas situações de alerta, contingência e calamidade, tendo estas vigorado até ao final de junho de 2022.

Assim constata-se que em termos jurídico constitucionais, para além da intervenção da Assembleia da República e do Presidente da República no processo de declaração do estado de emergência, o Governo assumiu os seus poderes constitucionais de forma exclusiva durante o estado de calamidade, tendo em conta os poderes públicos legalmente previstos a executar pelo Executivo, nomeadamente de âmbito administrativo bem como decorrente da situação existente nos serviços de saúde durante a Pandemia de COVID-19⁸⁴.

2.1- Perspetiva Constitucional Portuguesa do Direito à Saúde – artigo 64.º da CRP

No âmbito do tema em análise na presente dissertação, cumpre neste capítulo proceder à análise do referido direito tendo em conta a perspetiva jurídico-constitucional.

Para tal é pertinente referir que de acordo com o artigo 1.º da CRP a República Portuguesa “se baseia na dignidade da pessoa humana”, o que se reflete no facto de que a

⁸⁴ *Idem – Reserva de Lei em Tempos de Pandemia - Atuação Administrativa do Governo na Gestão da Crise Pandémica*. [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola de Lisboa]. Repositório da UCP. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/39724/1/203138082.pdf>. pp. 19-20.

mesma “respeite e garanta a efetividade dos direitos e liberdades fundamentais e promover a efetivação dos direitos sociais como é referido nas alíneas b) e d) do artigo 9.º da CRP e que impõe que os “preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a DUDH”, conforme refere o n.º 2 do artigo 16.º da CRP.

Perante tal, o artigo 64.º da CRP formaliza mais concretamente no n.º 2 que “todos têm direito à saúde e o dever de a defender e promover”, o que se refflete na criação de um serviço nacional de saúde considerado universal e que tenha em conta as condições socioeconómicas dos cidadãos sendo ainda tendencialmente gratuito.

O que se vem a refletir numa obrigação prevista pela CRP no que diz respeito à proteção da saúde no qual o Estado deverá adotar dois comportamentos considerados opostos. O primeiro em que as pessoas têm o direito de exigir por parte do Estado que opte por um comportamento ou ato de abstenção com vista a que não se prejudique a saúde e o segundo em que o Estado ou outras pessoas jurídicas deverão criar as condições necessárias em termos legais ou de facto para a prevenção e tratamento de doenças.

Para tal o Serviço Nacional de Saúde, doravante SNS, deverá ser tido em conta como um serviço público obrigatório de ativação necessária e de existência irreversível.

Nesta senda, tendo em conta o facto de o legislador no alínea b), do n.º 2 do artigo 64.º da CRP colocar enquanto carácter obrigatório a criação de um SNS tendencialmente gratuito⁸⁵ cumpre referir que a CRP procede a uma contextualização “laborista da previdência social” no qual o sentido proposto é o da restrição tradicional da assistência social, promovendo uma diferenciação entre os preceitos de segurança social e o de saúde. Prevendo assim posteriormente na CRP que, o direito à proteção da saúde enquanto direito de carácter universal e tendencialmente gratuito constitui-se num direito que se configura como um direito a prestações positivas por parte do Estado, em termos jurídicos e materiais (traduzido em bens e serviços), estando por isso dependente de um processo interpretativo por parte do legislador através da Lei de Bases (Lei n.º95/2019, de 4 de setembro) definindo as faculdades

⁸⁵ Rodrigues, C. & Campina, A.(2022). O Direito à Saúde e o SNS em Portugal – Uma interpretação de acordo com a Convenção europeia dos Direitos Humanos e a Constituição da República Portuguesa. *RJLB.*, 8 (4), 778-779. https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/11241/1/2022_04_0765_0793.pdf

concretas que fazem parte do direito e os respetivos meios para a sua aplicação, viabilizando a concretização do direito em causa⁸⁶.

Para tal, existe segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, doravante TC, um “ampla liberdade de conformação”, prevendo no Acórdão n.º330/89 uma abertura acerca da questão de autorizar uma postura gradualista tendo em conta as condições socioeconómicas e as possibilidades do Estado nos diferentes momentos. Sendo que apesar do referido, o direito à proteção de saúde não está apenas protegido pela reserva do possível, mas também sob reserva de lei e do princípio democrático.

Por conseguinte estabelece o TC, mais concretamente no Acórdão n.º 39/84 que previu de forma expressa que “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida”⁸⁷.

Perante tal, no que diz respeito ao direito à proteção da saúde, como direito sob reserva, o mesmo não favorece do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, não sendo por isso aplicável de forma direta e imposta a obrigação de prestação de facto infungível.

Salienta-se neste âmbito, o facto do referido direito se desenvolver em paralelo com outros direitos e princípios fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana (previsto no artigo 1.º CRP), o direito à vida (previsto no artigo 24.º CRP) e o direito à integridade pessoal (artigo 25.º CRP).

Neste sentido mediante a possibilidade das pessoas se encontrarem em estabelecimento hospitalar, os utentes possuem como garantia o direito à vida, o direito à integridade pessoal, bem como os restantes direitos fundamentais. Sendo que os referidos direitos não se poderão desagregar no seu estatuto jusfundamental no âmbito de uma conexão de especial poder.

⁸⁶ Miranda, J. & Medeiros, R. (2007). *Constituição da República Portuguesa – Anotada: Vol. III*. Coimbra Editora. p. 652.

⁸⁷ MOREIRA, Vital; GODINHO, José Magalhães; CAMPINOS, Jorge; ALMEIDA, Luís Nunes de; MATEUS, Raul; BRITO, Mário de ; DINIZ, Antero Alves Monteiro; FONSECA, José Martins da; AROSO, Joaquim Costa; COSTA, José Manuel Cardoso da; BENTO, Messias; GUEDES, Armando Manuel Marques. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 39/1984 (Plen.), de 11 de abril. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. p.1.

De salientar que os direitos, liberdades e garantias não terminam apenas numa dimensão negativa, mas também num contexto de teorização dos deveres de proteção dos direitos, liberdades e garantias, enquanto dimensão positiva. O que neste caso, inclui o direito à proteção da saúde, diretamente relacionado com os referidos direitos fundamentais que se aplica garantidamente às entidades privadas mesmo que em termos mínimos que tanto para o referido setor como para o setor público poderão ser considerados uma ilicitude perante o seu incumprimento.

É por isso de sublinhar que o legislador não possui uma capacidade livre no âmbito da concretização do direito à proteção da saúde, no sentido em que no âmbito do cumprimento da Constituição, deverá garantir a universalidade e a generalidade do serviço nacional de saúde. Sobre o referido, sublinha-se o referido por parte do TC mais concretamente no Acórdão n.º 731/95 que “a universalidade confere a todos o direito de recorrer ao serviço nacional de saúde, não impedindo naturalmente a existência e o recurso aos serviços particulares de saúde. A generalidade traduz a necessidade de integração de todos os serviços e prestações de saúde”⁸⁸. Sendo que apesar do supramencionado, os referidos princípios não se traduzem no facto de no âmbito do cumprimento da norma constitucional, o legislador estar impedido de concretizar soluções específicas apesar de, ter de cumprir com o previsto no princípio do carácter universal e geral do serviço nacional de saúde no qual estão subjacentes a proteção da saúde no âmbito das necessidades básicas e a proibição da não discriminação.

Neste sentido, refere a doutrina que o artigo 64.º da CRP não efetua qualquer referência no que diz respeito à igualdade no acesso aos cuidados de saúde, o que apesar do referido não influencia o previsto nos artigos 12.º e 13.º da CRP no âmbito da igualdade no qual se considera um elemento fundamental para a compreensão do direito fundamental à proteção da saúde.

Neste âmbito sublinha-se que, o controlo da igualdade é um elemento importante para o controlo da fiscalização do modo como o direito à proteção da saúde é concretizado pelo legislador⁸⁹.

Refletindo-se no defendido pela doutrina que através do texto constitucional português promove de forma objetiva uma função pública e social da saúde e da medicina,

⁸⁸ MIRANDA, & MEDEIROS, *Op. cit.*, p. 654.

⁸⁹ MIRANDA & MEDEIROS, *Op. cit.*, p. 654 - 655.

salientando o dever de defender e promover a mesma. Nesta senda o TC salienta no Acórdão n.º 368/02 que o Estado atribui ao cidadão a obrigação de promover e preservar o bom estado sanitário geral, não colocando contudo a obrigação de por si próprio estar num bom estado de saúde. O que se traduz na situação em que “só na medida em que o mau estado de saúde de alguém possa reflectir-se no estado sanitário comunitário é que o Estado pode intervir, impondo determinados comportamentos (ou abstenção deles) ao cidadão doente”. Contudo apesar da perspetiva primordial para a defesa do dever individual de promover e defender a saúde previsto no n.º1 do artigo 64.º CRP, o Estado enquanto elemento assente no respeito pela dignidade da pessoa humana (cfr. artigo 1.º CRP) e que prevê a inviolabilidade da vida humana e da integridade pessoal moral e física das pessoas (cfr. artigos 24.º e 25.º CRP), bem como os limites à autolimitação voluntária de direitos fundamentais no âmbito da proteção da saúde e em última instância da vida e da integridade das pessoas.

Esta consagração feita por parte da constituição na promoção do dever fundamental de defender e promover a saúde reflete-se numa norma habilitadora para a inclusão de normas proibitivas ou de obrigações previstas na lei com vista a defesa da saúde pública⁹⁰.

Neste sentido torna-se pertinente referir que a jurisprudência mais concretamente no Acórdão n.º 490/2022, refere que: (...) *Com efeito, a CRP estatui, no n.º 1 do artigo 64.º, que “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”. Assim, além de consagrar um direito fundamental à proteção da saúde, a Constituição institui também o corresponsivo dever dos cidadãos, chamados a defendê-la e a promovê-la. De facto, sendo os sujeitos do direito (todos, na expressão constitucional) igualmente destinatários deste dever, não pode deixar de considerar-se que, além das evidentes obrigações estaduais de proteção e promoção da saúde – que, aliás, são detalhadamente desenvolvidas nos números 2 e 3 do artigo 64.º da CRP –, o texto constitucional impõe, de igual modo, obrigações aos cidadãos. Evidentemente, não são equivalentes, neste plano, as obrigações do Estado e de cada cidadão individual, sendo muitíssimo mais extensas as primeiras; por outro lado, pode discutir-se a forma como este dever será recortado e limitado por outros direitos fundamentais, como é o caso, por exemplo, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade; por fim, pode ainda questionar-se o alcance da eficácia horizontal de um dever genérico de proteção da saúde, isto é, indagar até que ponto um dever deste tipo legitima a imposição de comportamentos aos indivíduos, em nome da proteção da saúde pública (...)*⁹¹.

Em suma, em termos constitucionais sublinha-se que, de acordo com a alínea d), do artigo 9.º da CRP, o legislador constitucional português optou por promover como tarefa fundamental o bem estar e a qualidade de vida dos cidadãos, nomeadamente no que diz

⁹⁰ MIRANDA & MEDEIROS, *Op. cit.*, p. 661.

⁹¹ CANOTILHO, Mariana; RAMOS, António José de Ascensão; DIAS, José Eduardo Figueiredo; RAIMUNDO, Maria Assunção; MACHETE, Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 490/2022 (2.ª Secção), de 14 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220489.html>, p.1.

respeito aos direitos sociais. Ou seja de acordo com o n.º1, do artigo 64.º da CRP, o legislador tipifica a defesa da proteção da saúde bem como o dever e a defesa de a promover.

Por outro lado, no que diz respeito aos n.ºs 2 e 3 do referido artigo, o legislador optou por tipificar em termos objetivos uma dimensão ou um programa respeitante ao direito à saúde que se pretende universal e geral com respeito pelas condições económicas, sociais, ambientais e culturais que protejam a infância, a juventude e a velhice e que promovam uma progressiva melhoria das condições de vida através do papel assumido pelo Estado enquanto prioridades a cumprir, das se destacam o garante de acesso por parte de todos os cidadãos aos cuidados referentes à medicina preventiva, curativa e de reabilitação onde na qual se verifica a prevalência em defender à saúde pública por parte do Estado no que diz respeito ao interesse público.

Salienta-se ainda neste âmbito o promovido no n.º1, do artigo 71.º da CRP em que os cidadãos portadores de deficiência física e mental que gozam de plenos direitos e encontram-se vinculados aos deveres previstos na CRP, fazendo assim com que o Estado tenha a obrigação de promover uma realização plena das políticas referentes à prevenção, tratamento, reabilitação dos cidadãos portadores de deficiência, bem como de apoio às famílias.

Assim entende-se que o direito à saúde, tem de acordo com a norma constitucional, diferentes dimensões (subjativa, objetiva e comunitária) na medida em que cabe ao Estado acautelar em co-relação com os diferentes agentes e parceiros públicos e privados, não esquecendo o contributo indispensável dos cidadãos na defesa e na promoção da saúde⁹².

2.2- A atitude do Estado perante a crise sanitária – o estado de exceção

Pormenorizando com mais algum detalhe o tema da dissertação, cumpre nesta fase promover uma análise à crise sanitária ocorrida em Portugal derivado da Pandemia de COVID-19 e que culminou na instauração do estado de exceção.

Neste sentido de acordo com a CRP, verificamos que é da responsabilidade do Estado o cumprimento de diferentes funções de forma a cumprir as necessidades coletivas dos

⁹² Poiares, N. C. L. de B. (2018). Serviço Policial e Direito da Saúde. *Pensar Enfermagem*, 22, (1), 77. <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/34096/1/Servi%c3%a7o%20Policial%20e%20Direito%20da%20Sa%c3%bade.pdf>

cidadãos no que tange nomeadamente, ao bem estar e à qualidade de vida dos mesmos. Dentro do referido está diretamente associado o dever de proteção da vida e da saúde, que se consubstanciam em diferentes dimensões objetivas do direito à saúde e do direito à proteção da saúde, cfr. os artigos 24.º e 64.º da CRP, respetivamente. Refletindo-se em deveres como a proteção do bem jurídico – vida que se traduz num elemento essencial de todos os direitos fundamentais.

Ou seja, o direito à proteção da saúde possui no âmbito da sua vertente positiva, um direito subjetivo a prestações positivas em que um cidadão terá direito a que o Estado propicie os meios necessários para a efetivação desse direito, no que toca à sua vertente negativa, traduzindo-se num direito em que o Estado e terceiros deverão se abster tendo em conta a proteção do bem jurídico - saúde. Verifica-se que o Estado está diretamente associado ao facto de este possuir o dever de desenvolver a criação de um sistema nacional de saúde que seja considerado eficiente e que consequente garanta o cumprimento desta tarefa fundamental.

Ou seja, tendo em conta a existência de uma situação de risco que coloque em causa a execução das necessidades dos cidadãos nomeadamente, os poderes estatais deverão atuar tendo em conta o grau de proteção necessário que tenha em conta os perigos em causa, adotando para tal normas que garantam a efetivação das necessidades, bem como em última instância a garantia de proteção da vida dos indivíduos. Recorrendo para tal por normativos que protejam o serviço nacional de saúde e que garantam que este realiza a sua missão perante os referidos riscos⁹³.

Neste sentido, perante o contexto do passado recente referente à situação de Pandemia de COVID-19 salienta-se o facto de o Estado ser órgão responsável para o exercício do seu dever de proteção tendo em conta a adoção de medidas de âmbito urgente com o objetivo de mitigar os efeitos derivado do contexto jurídico de exceção. Sendo que esta figura jurídica encontra a sua fundamentação de aplicação através dos deveres do Estado na proteção de direitos fundamentais visto que “só esta tem a capacidade real de fornecer critérios válidos para decidir algumas das mais relevantes questões relativas ao se, ao como e à medida da atuação estadual constitucionalmente devida” conforme refere PEREIRA DA SILVA (2015, p. 19-20).

Ou seja, perante o referido contexto do passado presente de pandemia, no caso do perigo do conflito entre a norma constitucional e a total efetivação dos direitos dos

⁹³ VIANA, *Op. cit.*, p.11.

indivíduos, verificamos que o Estado deverá adotar um comportamento de reflexão entre a graduação de intensidade de afetação dos direitos e deveres fundamentais que possam entrar em conflito com os bens jurídicos – vida e saúde e que diferencie consoante o enquadramento jurídico que esteja em causa, como o estado de exceção constitucional ou o estado de emergência administrativo.

Neste sentido decorrente da situação de crise pandémica resultante da COVID-19 foram necessárias adotar medidas de organização e precauções que se refletiram na redução de direitos fundamentais que entrem em conflito com os bens jurídicos em causa. O que se refletiu num quadro normativo de exceção constitucional, tendo em conta a conjuntura de calamidade pública na qual se criou uma estrutura que fortaleceu os poderes públicos previstos na norma constitucional e os mecanismos de um estado de exceção que consta em legislação ordinária.

Assim no que diz respeito ao modelo de exceção constitucional, a legislação constitucional portuguesa prevê o seu emprego perante situações de risco para com os princípios axiológicos referentes a um Estado de Direito onde são chamados para a implementação de medidas urgentes com vista a normalidade.

Ou seja, o legislador constitucional verificou a necessidade de diferenciação entre os conceitos de estado de sítio e de estado de emergência, sendo que os mesmos têm os seus requisitos presentes no n.º2 do artigo 19.º da CRP como a agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, a grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou situações de calamidade pública. Neste sentido, para que em termos legais se opte uma destas figuras jurídicas é necessário ter por base a gravidade para a fundamentação para a sua declaração, sendo que no caso da decretação do estado de emergência, os pressupostos para a sua declaração somente se refletem na suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias bem como no Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, doravante RESEE que nos artigo 8.º e 9.º o legislador cria pressupostos em que sobre os quais se deverão basear a modalidade de uma das declarações de exceção, promovendo as situações em que estamos perante uma agressão efetiva ou iminente por parte de forças estrangeiras e de grave ameaça ou perturbação da situação jurídico constitucional para a declaração do estado de sítio. No que

diz respeito ao estado de emergência, o mesmo tem por pressuposto primordial a presença de uma situação de calamidade pública⁹⁴.

Neste âmbito, BACELAR GOUVEIA refere que existem dois elementos que constroem o conceito de “calamidade pública”, no caso a existência de um acontecimento grave não associado de forma objetiva à vontade humana nem mesmo a consequências negativas para o ordenamento jurídico de âmbito pessoal ou patrimonial, bem como à “extensão e gravidade da situação e aos respetivos efeitos”⁹⁵. Sobre o referido, GOMES CANOTILHO salienta que a situação de calamidade pública encontra-se dividida em três partes: “catástrofes naturais, catástrofes tecnológicas e acidentes graves”⁹⁶.

Para tal, o estado de exceção encontra-se de acordo com a jurisdição constitucional portuguesa sujeito a um controlo através da CRP estipulando enquanto medida principal a não suspensão do ordenamento jurídico com a possibilidade de por exemplo, promover a respetiva decretação, as respetivas modificações de âmbito temporário ou pontual de diferentes regimes jurídicos. O que por outro lado, não permite (a decretação do estado de exceção constitucional) a suspensão do sistema político basilar do país, a democracia, bem como os princípios diretamente associados ao ordenamento jurídico português, dos quais se destacam o Princípio do Estado de Direito e da Dignidade Humana⁹⁷.

Assim para a implementação da declaração do estado de exceção, o legislador constitucional optou pelo sistema *checks and balances* no qual são envolvidos os três dos órgãos de soberania em que no caso o Presidente da República somente tem o poder de proceder à declaração decorrente da autorização da Assembleia da República e respetiva audição do Governo, este último que tem por missão executar o decreto presidencial de acordo com o artigo 17.º do RESEE.

Ou seja, o legislador refere como pressuposto legal a excecional suspensão do exercício de determinados direitos, liberdades e garantias que obedecem a requisitos como o facto de não poder vigorar durante mais de quinze dias, com a possibilidade contudo, de poderem ser alvo de eventuais renovações. Sobre o referido o legislador colocou como outro

⁹⁴ VIANA, *Op.cit*, p. 13-14.

⁹⁵ Gouveia, J.B. (2020, pp. 145-146), *Apud* Abreu, C.M.V de M. B. de. *Estado de Crise Sanitária: Da Emergência Constitucional à Emergência Administrativa no Contexto da Pandemia da Covid-19*. [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]. Repositório científico da UC. <https://hdl.handle.net/10316/98827>. p.31.

⁹⁶ Canotilho, J.J.G. (pp. 145 e 146), *Apud* ABREU, *Op. cit*, p.31.

⁹⁷ ABREU, *Op. cit*, p. 30-31.

dos requisitos a cumprir a proibição da aplicação do referido instituto jurídico para com o direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e religião, tal como referido no n.º 6 do artigo 19.º da CRP. Incluindo ainda para com o princípio da proporcionalidade em que para a implementação do estado de exceção é necessário limitar-se “ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”, como prevê o legislador no n.º 4 do artigo 19.º da CRP⁹⁸.

Perante o referido, a doutrina procurou diferenciar os conceitos de restrições de direitos fundamentais de suspensão do exercício de direitos fundamentais defendendo que “[a] restrição atinge um direito a título permanente, em situação de normalidade constitucional; a suspensão, provocada por situações de necessidade constitucional absolutamente excepcionais, atinge um direito a título transitório, equivalendo a um eclipse”⁹⁹. Acrescentando ainda que “[a] restrição nunca é total, apagando apenas uma parcela potencial do direito; a suspensão paralisa ou impede, durante algum tempo, o seu exercício, no todo ou em parte”¹⁰⁰.

Por outro lado, a doutrina refere que a suspensão do exercício de direitos fundamentais traduz-se numa “compressão da eficácia dos mesmos” pormenorizando que a restrição dos referidos direitos “é ainda uma operação enquadrada na «normalidade constitucional», ou seja, na vigência (e não suspensão) plural de normas”, contrastando por isso com o facto de a restrição não ter impacto na vigência de normas referentes a direitos fundamentais, mas sim no que diz respeito à suspensão dos mesmos.

Apesar disso, a distinção entre suspensão e a restrição de um direito fundamental é considerada aparente na medida em que a restrição reflete-se numa intervenção por parte do Estado no direito o que se traduz numa norma de conteúdo permissivo, estruturada com base em regras ou princípios e que influenciam a sua proteção tendo em conta a necessidade de resolução do conflito normativo referente a um determinado direito e outros direitos fundamentais. Ou seja, neste âmbito considera-se que a suspensão do exercício de direitos fundamentais no âmbito do estado de exceção é material e conceptualmente uma restrição, tendo em conta que se trata de uma interferência nos direitos fundamentais visto que estes

⁹⁸ VIANA, *Op. cit.*, p.14-15.

⁹⁹ Miranda, J & SILVA, J.P. da (p.257), *Apud* Bargado, G. (2020). O Estado de Exceção Constitucional – Teoria e prática. *Revista O Direito* 152, (2), 279.

¹⁰⁰ Gouveia, J.B. (p.1362), *Apud* Bargado, *Op. cit.*, p.279.

estão em conflito bem como com um princípio de garantia da *salus publica* e dos diferentes direitos fundamentais¹⁰¹.

Neste sentido, a suspensão tem uma vigência temporalmente delimitada, ou seja um início e um fim previamente definido, sendo que a distinção entre a suspensão e a restrição de direitos efetuada num quadro jurídico-constitucional de normalidade esteja presente apenas perante o facto de a suspensão ter uma vigência temporal previamente definida na Constituição, enquanto que a restrição não.

Ou seja a suspensão não se reflete em termos doutrinários “numa compressão da eficácia” dos direitos fundamentais, sendo contudo, o contrário já acontece perante a restrição normativa que se reflete numa não aplicabilidade num determinado espaço de tempo de normas de âmbito restritivo¹⁰².

Por conseguinte em termos doutrinários, o estado de exceção constitucional é definido como a “alteração fundamental da ordem jurídico-constitucional, de vigência transitória, que reforça o poder público, fundada na ocorrência de situações de anormalidade, que reforça o poder público, fundada na ocorrência de situações de anormalidade que lhe são lesivas, visando pôr-lhes cobro”¹⁰³.

Sendo que de acordo com a norma constitucional, possui os seguintes pressupostos que se traduzem em “três situações possíveis para se levar a cabo a respetiva decretação”¹⁰⁴:

A “agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras”, aplicável no âmbito militar internacional no qual está em causa a existência de indícios de ofensa da integridade territorial do Estado; a “grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática”, na qual está em causa o normal funcionamento das instituições democráticas no que diz respeito ao seu cariz e princípios basilares e; a “calamidade pública”, e que está em causa a existência de elevados prejuízos de âmbito social para um elevado número de pessoas que advém de acidentes tecnológicos ou catástrofes naturais cfr. o n.º2 do artigo 19.º, da CRP e os artigos 1.º, 8.º e 9.º da LRESEE.

Para tal, o estado de exceção possui uma direta influência nas funções constitucionais exercidas pelo Estado e no qual o seu propósito subdivide-se em três dimensões conceptuais

¹⁰¹ BARGADO, *Op. cit.*, p.279-280.

¹⁰² BARGADO, *Op. cit.*, p. 283.

¹⁰³ Gouveia, J.B. (2023). *Direitos Fundamentais – Teoria Geral e Dogmática Constitucional*, p. 336. Almedina.

¹⁰⁴ GOUVEIA, *Op. cit.*, p. 344.

que são: a alteração em termos materiais da ordem constitucional, quando necessário; o propósito de reforçar o poder público, em prejuízo da comunidade política, tendo em conta um conjunto de razões para a existência de crises no contexto constitucional, com o objectivo de o proteger e; a sua aplicação temporária e não definitiva¹⁰⁵.

Neste sentido no que tange à sua decretação do estado de exceção (que abrange o estado de sítio e o estado de emergência) o legislador constitucional estipulou que de acordo com a Lei que regula o estado de sítio e o estado de emergência, doravante LRESEE, mais concretamente os artigos 10.º e ss. e 23.º e ss.) que: O poder de iniciativa ao Presidente da República: na medida em que cabe ao referido de perante o cumprimento dos requisitos dos pressupostos, promover o respetivo procedimento para a decretação do estado de sítio e do estado de emergência através de um projeto de declaração; a respetiva audição do Governo a título transitório: no qual o Presidente da República promove uma audição junto do Governo que procede a uma emissão de parecer não vinculativo; a necessária autorização por parte da Assembleia da República: que ocorre com base no projeto de declaração e no parecer do Governo, sem qualquer possibilidade de alterações e; a decisão final do Presidente da República: que ocorre após autorização do Parlamento, decretando ou não o estado de sítio e o estado de emergência sem qualquer alteração dos termos previamente propostos, contando ainda com a respetiva referenda ministerial¹⁰⁶.

Ou seja, o estado de exceção em termos constitucionais é alvo de declaração tendo em conta o propósito do regresso à normalidade constitucional, sendo que esta poderá não se refletir numa normalidade fáctica na medida em que as situações de risco que colocam em causa direitos e valores constitucionalmente protegidos e que são alvo de um apoio por parte do Estado, verificamos que as mesmas variam tendo em conta a intensidade e as respetivas consequências. O que quer dizer que perante situações de exceção que subsistam para além da designada “anormalidade constitucional” necessitam de uma atuação por parte de uma autoridade administrativa. Ou seja o recurso ao estado de emergência, decorrente do contexto de pandemia é considerado justificável de acordo com a doutrina tendo em conta o facto de estarmos perante uma situação de perigo que coloque em causa o direito à vida e que se reflete numa indispensável suspensão de determinados direitos, liberdades e garantias, sendo que no que diz respeito ao estado de emergência administrativo a sua decretação pressupõe a

¹⁰⁵ GOUVEIA, *Op. cit.*, p. 337.

¹⁰⁶ GOUVEIA, *Op. cit.*, p. 344.

existência de um contexto concreto para a consequente imposição de medidas restritivas a determinados direitos previstos na legislação ordinária¹⁰⁷.

Perante o referido, para a aplicação em termos legais do estado de emergência administrativo o regime legal a aplicar corresponde à Lei de Bases da Proteção Civil, doravante LBPC, que prevê as situações em que o mesmo seja aplicável, no caso a situação de alerta, a situação de contingência e a situação de calamidade.

Ou seja decorrente do referido, o artigo 9.º da LBPC estabelece em termos generalistas a indispensabilidade de aplicação de medidas a montante ou de medidas específicas tendo em conta a efetivação de um acontecimento ou a ameaça de realização de um acontecimento grave ou de catástrofe. O que contrasta com a situação de calamidade em que o legislador refere que a mesma é aplicável perante situações consideradas de ameaça de ocorrência de acidente grave ou catástrofe e perante a excisionalidade com vista a prevenção, a reação ou a reposição da normalidade constitucional que influenciam as condições de vida em determinadas áreas territoriais afetadas pelos danos¹⁰⁸.

Contudo e apesar das diferenças de enquadramentos factuais e jurídicos existentes entre as declarações dos estados de alerta, contingência e de calamidade verificadas, existem pontos de convergência entre os referidos estados. O primeiro dos quais diz respeito ao princípio da proporcionalidade na medida em que a aplicação das diferentes medidas deverá tem em conta a adequação e a proporcionalidade da necessidade de confrontar diferentes graus de risco, tal como referido no n.º2 do artigo 8.º da LBPC.

Assim de acordo com o grau de risco acima referido, verificamos que no primeiro grau encontra-se o estado de alerta. Este que se encontra legislado na LBPC, mais concretamente nos artigos 13.º e 14.º e que estipulam uma diferenciação no que diz respeito à abrangência territorial em que o responsável para a decretação da situação de alerta num município é o Presidente da Câmara tendo em conta a existência de uma situação a nível municipal e do Ministério da Administração Interna, doravante MAI, perante uma situação que abrange a totalidade ou parte do território nacional. Neste sentido o n.º1 do artigo 14.º da LBPC atribui os requisitos que têm de constar da referida declaração, sendo que os n.ºs 2 e 3 colocam em prática os procedimentos de “ativação do plano de emergência de proteção civil” e que se reflete no território para o qual o estado foi declarado. Ou seja, ao vigorar o estado de

¹⁰⁷ VIANA, *Op. cit.*, p.16.

¹⁰⁸ N.º3 do artigo 9.º da LBPC, *Apud* VIANA, *Op. cit.*, p. 16-17.

alerta, o anterior dever de colaboração com as autoridades passa neste caso a revestir um valor de obrigação para com a protecção civil, na medida em que prevê em caso de incumprimento a aplicação da respetiva sanção de acordo com n.º4 do artigo 6.º da LBPC¹⁰⁹.

Decorrente do estado acima referido e em caso de agravamento o legislador estipulou como segundo grau de risco o estado de contingência previsto no n.º1 do artigo 8.º da LBPC e que consiste na existência de uma situação em que para além dos requisitos para a decretação do estado de calamidade ou perante uma situação de justifique a decretação imediata (do estado de contingência, cfr. salientado no n.º3 do artigo 8.º da LBPC em que a competência para a mesma, reside no Governo, caso o risco abranje a totalidade do território ou em parte deste, nos Governos Regionais caso o risco em causa diga respeito às regiões autónomas ou ainda nos Presidentes da Câmara no caso da abrangência corresponder a municípios¹¹⁰. Sendo que se salienta o facto de no âmbito desta decretação, o accionamento dos planos de protecção civil ser automáticos no âmbito do território nacional abrangido.

Por conseguinte no patamar acima no que respeita ao grau de risco, encontramos o estado de calamidade previsto pelo legislador na secção IV da LBPC em que prevê que a respetiva declaração seja da competência do Governo na forma de Resolução do Conselho de Ministros, doravante RCM, na qual se encontram previstas as diferentes possibilidades advindas da decretação do estado de calamidade, como por exemplo a requisição civil de pessoas prevista na alínea a) do n.º1 do artigo 21.º da LBPC, as limitações no âmbito do direito à circulação previstas nas alíneas b) e c) do artigo 44.º da CRP, bem como a racionalização de bens de primeira necessidade, prevista na alínea d) do referido artigo. Contudo existem restrições estipuladas pelo legislador que limitam a aplicação do referido regime em diferentes direitos, liberdades e garantias, como são disso exemplo, o direito à inviolabilidade do domicílio previsto no artigo 34.º da CRP que prevê o livre acesso dos agentes de protecção civil à propriedade privada (artigo 62.º da CRP).

De referir que, no âmbito do estado de calamidade a LBPC prevê a aplicação de um regime especial de contratação pública no âmbito de contratos que visem a prevenção ou a ocorrência em casos de urgência, a eventualidade de acidentes graves ou catástrofes naturais.

Por outro lado, não existindo capacidade para a definição de um caminho comum relativamente aos efeitos de cada grau do estado de emergência administrativo e o estado de

¹⁰⁹ ABREU, *Op. cit.*, p. 33.

¹¹⁰ Caldeira, D. (2015; pp. 346 a 349), *Apud* ABREU, *Op. cit.*, p. 34.

emergência constitucional, é possível identificar elementos distintos entre os dois. Por isso, no que diz respeito ao estado de emergência administrativo, o órgão de soberania – Governo (órgão superior da Administração Pública) tem uma intervenção direta no processo de decisão no âmbito do preenchimento dos pressupostos e na sua consequente declaração. No que diz respeito ao prazo para a sua vigoração, verificamos que o estado de emergência administrativo não possui uma duração máxima para a sua vigência, sendo que o Governo e deverá respeitar apenas e só o princípio da proporcionalidade perante a sua decretação¹¹¹.

Ou seja do ponto de vista da execução do estado de exceção, verificamos que a sua concretização consiste na tomada das precauções fundamentais tendo por objetivo o regresso da normalidade constitucional é da responsabilidade do Governo. Sendo que em termos legais perante a ausência de referência na LRESEE e da CRP, o poder decisório cabe por isso, neste caso, ao Conselho de Ministros, que se traduz no órgão do governo com competência para a execução de atos como a aprovação de regulamentos de execução de leis gerais.

Para tal no que diz respeito à execução administrativa do estado de exceção, pode ser alvo de uma aplicação territorial parcelar através do recurso ao apoio administrativo por parte das autoridades locais que partilham o poder administrativo do Estado em diferentes graus no que diz respeito à Administração Direta, ou seja de entidades administrativas regionais e locais, sendo o referido não acontece perante o estado de sítio e o estado de emergência. Assim para a execução do estado de exceção no qual existe uma relação administrativa entre as entidades referidas, a execução possui três níveis, nacional, regional e local.

Consequentemente após a respetiva do estado de exceção, cumpre referir que o mesmo em termos legais é alvo de uma extinção tendo em conta o seu carácter temporário por via do princípio da vigência limitada na qual o legislador através da LRESEE, mais concretamente no artigo 13.º refere que existem três causas para o seu término, as quais são¹¹²: a revogação presidencial por extinção dos seus pressupostos; por decurso do prazo da sua aplicação; e a recusa de confirmação por parte do Parlamento do ato de autorização.

Por outro lado para além das referidas causas, BACELAR GOUVEIA estabelece ainda três outras causas para a extinção da vigência da referida lei que poderão advir de outras causas não salientadas por parte do legislador, que são: a revogação do estado de exceção,

¹¹¹ VIANA, *Op. cit.*, p.17.

¹¹² Gouveia, J.B. (2023). *Direitos Fundamentais – Teoria Geral e Dogmática Constitucional*. Almedina. pp. 349-350 e 353.

através de ato presidencial ou parlamentar, nos quais não está associada à cessação dos pressupostos; a sua substituição de um estado de exceção por um outro estado de exceção menos gravoso; e a revogação do estado de exceção através de uma revogação superveniente do ato parlamentar ou de confirmação¹¹³.

Neste sentido verificamos que no que diz respeito aos efeitos da decretação do estado de exceção (que inclui o estado de sítio ou o estado de emergência), a doutrina defende que a sua decretação tem um carácter discricionário apesar de ser restringido pelo princípio da proporcionalidade que obriga à implementação de uma postura de contenção tendo em conta os seguintes efeitos: os efeitos materiais referentes à suspensão de direitos fundamentais; os efeitos organizatórios no âmbito da implementação de medidas administrativas adequadas; os efeitos territoriais em que é realizada uma delimitação territorial por parte do Estado que por sua vez define onde é que o mesmo tem lugar; e os efeitos temporais que definem a duração.

Consequentemente de acordo com o n.º1, do artigo 19.º, da CRP o legislador estabelece os efeitos de carácter material onde se prevê a suspensão de direitos, liberdades e garantias tipificados na Constituição. Apesar disso e por outro lado, a LRESEE vem estabelecer restrições em determinados direitos fundamentais alvos de uma suspensão, nomeadamente o direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil, à não retroatividade da lei penal, entre outros¹¹⁴.

Salienta-se por isso neste ponto que, no que diz respeito às consequências relacionadas com o cariz organizatório verificamos que os mesmos são mais circunscritos em comparação com efeitos materiais, na medida em que o Governo enquanto órgão responsável pela declaração do estado de exceção deverá adotar uma atitude de perante a declaração de sítio ou do estado de emergência de agir de forma providente com vista a tomar as medidas apropriadas e fundamentais para o restabelecimento da normalidade constitucional, cfr. refere o n.º8 do artigo 19.º da CRP e o artigo 19.º da LRESEE. O que se vem a refletir num incremento de competências para determinadas autoridades nas quais em situações de normalidade constitucional não ocorrem.

Sendo que apesar do referido, a decretação do estado de exceção não estabelece uma centralização de poderes no órgão de soberania – Governo, ocorrendo apenas um reforço dos

¹¹³ Gouveia, J.B. (2020). *Estado de Emergência – Covid-19 Implicações na Justiça*. Centro de Estudos Judiciários. pp. 39-40.

¹¹⁴ *Idem - Direitos Fundamentais – Teoria Geral e Dogmática Constitucional*, pp. 353-355. Almedina.

seus poderes administrativos e não influenciando os restantes poderes dos diferentes órgãos de soberania.

Decorrente da execução do estado de exceção é necessário proceder ao respetivo controlo da sua aplicação. Para tal, o legislador estabeleceu dois tipos de controlo que deverão estar presentes nos atos a executar, são eles o controlo político e o controlo judicial.

No que diz respeito ao primeiro, o órgão competente para o exercer é a Assembleia da República, doravante AR, em que possui o poder de proceder a fiscalizações após a aplicação do estado de exceção. Sendo que a realização do mesmo tendo de ter em conta a responsabilidade política. Neste âmbito a CRP, estabelece que a AR deverá promover uma apreciação tendo em conta a responsabilidade política que detém e em que sobre o qual a LRESEE tem por função complementar referindo que a fiscalização parlamentar deverá ser exercida sempre *a posteriori* ou seja após a extinção do estado de exceção¹¹⁵.

Por outro lado no que diz respeito ao controlo judicial, este é efetuado por parte do Tribunal Constitucional que tem como competência averiguar a constitucionalidade dos atos de decretação e execução do estado de exceção com natureza normativa. Aos restantes tribunais cabe proceder à verificação da legalidade de atos normativos ou não, bem como da averiguação da responsabilidade penal e civil decorrente do seu exercício.

Sobre o referido a LRESEE refere que deverá ser respeitado o princípio geral de acesso à via judiciária tem por objetivo a defesa da legalidade de exceção bem como da preservação dos direitos, liberdades e garantias nos quais os cidadãos poderão ser lesados por atos de exceção que não cumpram com o ordenamento jurídico associado ao referido estado.

Neste sentido refere a jurisprudência sobre o referido: “ (...) o Governo, ao restringir o exercício do direito à liberdade, no âmbito da estrita execução do bloco normativo estabelecido pelo Presidente da República na sua declaração do estado de emergência, não exorbitou as suas competências constitucionais nem usurpou quaisquer competências legislativas que, no quadro do referido estado de exceção constitucional, estivessem contidas na esfera da reserva da Assembleia da República e, por consequência, não se revela a norma aqui escrutinada, a ínsita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de

¹¹⁵ *Ibidem* - p. 358.

Novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, por não lesar quaisquer princípios ou regras de competência, organicamente inconstitucional”¹¹⁶.

Ou seja em termos doutrinários verificamos que o estado de exceção previsto na CRP constitui-se “num estado de anormalidade constitucionalmente previsto” o que se reflete numa possibilidade de restrições mais rigorosas dos direitos fundamentais do que o constitucionalmente admitido em contexto de normalidade constitucional, provendo por isso uma autorização uma suspensão coletiva de direitos¹¹⁷.

Salienta-se por isso que, a declaração do estado de exceção materializa-se numa autorização para a “compressão anormal” de direitos fundamentais por via da suspensão temporária da sua aplicação, bem como em termos orgânicos enquanto instituto que permite uma ampliação de carácter excecional das competências do poder executivo, apoiado numa oposição entre a constituição de direitos e poderes, bem como a proteção proporcional que se deverá ter em conta no ordenamento constitucional com vista a diminuir os perigos de um poder de decretação de emergência que se subdivide entre a competência para o decretar e à estipulação de sanções em caso de incumprimento.

Neste âmbito, na distinção feita pela jurisprudência no que diz respeito à aplicação da LBPC, não deverão estar em causa situações de exceção constitucional, tendo em conta que o referido diploma apenas se aplica a situações de alerta, contingência ou calamidade, não sendo por isso aplicáveis em situações de estado de emergência¹¹⁸.

Decorrente do referido, GOMES CANOTILHO (2002, pp.1085-1091) refere que no âmbito da tipologia do estado de exceção e o estado de necessidade previstos na CRP, o estado de emergência e o estado de emergência traduzem-se num estado de anormalidade previsto na constituição no qual se subentende a possibilidade de maiores restrições de direitos fundamentais para além das previstas na constituição e aplicáveis perante uma normalidade constitucional e que autoriza a suspensão de direitos. Ou seja, constitui-se num

¹¹⁶ ABRANTES, João José; PEREIRA, José Teles; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 87/2022 (1.ª Secção), de 1 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220087.html> . p.1.

¹¹⁷ Canotilho, J.J.G. (2002), *Apud* ABRANTES, João José; PEREIRA, José Teles; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 87/2022 (1.ª Secção), de 1 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220087.html> . p.1.

¹¹⁸ ABRANTES, José João; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 477/2022 (1.ª Secção), de 5 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220477.html> . p.1.

regime jurídico de carácter excecional e extraordinário e que legitimam a sua aplicação, que não é neste sentido admitida perante uma situação de normalidade constitucional¹¹⁹.

Neste sentido, refere-se que o legislador constitucional optou por no âmbito do ordenamento constitucional português, promover uma criteriosa aplicação do estado de exceção na CRP e consequentemente no Estado de Direito Democrático de forma a promover um consenso doutrinário com vista a um “plena inserção no ambiente jusfundamental prescrito na Constituição¹²⁰”.

O que em termos doutrinários se reflete no facto de, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, pp.401-303) defenderem que a “a normalidade constitucional é um registo-chave do regime constitucional do estado de exceção constitucional”, na medida em que a existência do elemento – perturbação é um dos pressupostos para a respetiva declaração sendo que o respetivo restabelecimento da normalidade constitucional é o objetivo preponderante, tendo em conta os termos e os limites referidos na CRP, cfr. o n.º7 do artigo 19.º da CRP. Referindo ainda que “o limite derradeiro e último do estado de exceção constitucional”. Sendo que este não se pode traduzir numa “suspensão da Constituição” tendo em conta, que deverão estar salvaguardados os direitos fundamentais que no âmbito da sua aplicação poderão ser neste âmbito ser parcialmente suspensos, derivado da decretação do estado de exceção que veda de forma objetiva a hipotética suspensão dos órgãos de soberania ou das suas atribuições e competências constitucionais¹²¹.

Ou seja, verificamos que foi intenção do legislador proceder a um reforço legal e institucional do princípio da separação de poderes bem como das competências dos diferentes órgãos de soberania que se traduzem em limites inultrapassáveis no âmbito do regime dos estados de exceção constitucional, tendo ainda em consideração que os instrumentos se mantêm intactos durante a vigência do estado de exceção, considerando ainda que a sua alteração apenas se procede em sede de lei fundamental, mantendo por isso inalteráveis as competências adstritas à Assembleia da República e ao Governo no que diz respeito aos “domínios próprios e alheios às áreas de incidência do estado de exceção”, aos diferentes órgãos administrativos que mantém os mesmos poderes, apesar de estes estarem adstritos aos

¹¹⁹ Canotilho, J.J.G. (2002), *Apud* ABRANTES, José João; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 477/2022 (1.ª Secção), de 5 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220477.html>. p.1.

¹²⁰ Castro, R.B. (2020), *Apud idem*

¹²¹ Canotilho, J.J.G.; Moreira, V. (2007;401-303), *Apud* ABRANTES, José João; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 477/2022 (1.ª Secção), de 5 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220477.html>. p.1.

requisitos legais referentes ao estado de emergência e aos Tribunais que mantém o exercício exclusivo da função jurisdicional¹²².

Por conseguinte, o legislador estabeleceu no n.º7 do artigo 19.º da CRP promove um papel importante com vista a “assegurar que o sistema de competências da Constituição é mantido intacto em todos os âmbitos não afetados pela suspensão” promovida no âmbito da declaração do estado de emergência, tendo como objetivo impedir que “qualquer dos órgãos constituídos que participam na declaração ou na execução do estado de exceção assumam um perfil comissarial”¹²³.

Ou seja, é promovido um exercício a título extraordinário da referida norma na medida em que o estado de exceção é corporizado por um carácter temporário tendo por objetivo um fim específico – o regresso à normalidade constitucional. Tendo em conta que o Governo não possui competência para o agravamento das penas no âmbito do crime de desobediência, nem para a revogar ou alterar qualquer norma penal em geral no âmbito do poder de emergência, não tendo por isso o poder de aprovar normas referentes a matérias de valor reservado. Sendo-lhe contudo, permitido decretar normas que promovam a execução através do decreto do Presidente da República que declara o estado de emergência, no qual é estipulado um prazo de vigência estritamente necessário para garantir o regresso à normalidade constitucional¹²⁴.

Neste sentido, torna-se fundamental referir que a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias não se cinge apenas a uma afetação para a existência ou vigência dos referidos direitos, sendo que para a sua aplicação é imprescindível a existência de uma norma criada por uma autoridade normativa *prima facie* competente para a sua implementação tendo sempre em consideração o princípio da proporcionalidade a par da definição do *quomodo* e do *quantum* da suspensão dos direitos, liberdades e garantias¹²⁵.

Sobre o referido importa salientar uma nova questão que deve ser considerada, que se refere à possível existência de limites análogos aos presentes no artigo 18.º da CRP em que

¹²² ABRANTES, José João; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 477/2022 (1.ª Secção), de 5 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220477.html>. p.1.

¹²³ Sánchez, P.F. (2021, p.116), *Apud* ABRANTES, José João; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 477/2022 (1.ª Secção), de 5 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220477.html>. p.1.

¹²⁴ CANOTILHO, Mariana; RAMOS, António José da Ascensão; DIAS, José Eduardo Figueiredo; RAIMUNDO, Assunção. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 619/2022 (2.ª Secção), de 22 de setembro. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220619.html>. p.1.

¹²⁵ BULYGIN (p. 199) *Apud* BARGADO, *Op. cit.*, p. 284.

o legislador apenas permite que os mesmos sejam realizados por via legislativa. O que não se aplica no caso da suspensão do exercício de direitos fundamentais no âmbito do estado de exceção em que são alvos de uma autorização expressa, semelhante ao que se aplica no âmbito da imposição de restrições para salvaguarda de outros direitos fundamentais tendo sempre em consideração o princípio da proporcionalidade previsto no n.º4 do artigo 19.º da CRP.

Neste sentido e decorrente da diferença entre o estado de exceção constitucional e o estado de sítio e o estado de emergência, a doutrina desenvolvida por BACELAR GOUVEIA refere: O estado de calamidade é a mais forte situação de crise de proteção civil, prevista na Lei de Bases da Proteção Civil (LBPC) (...), mas não coenvolve a possibilidade de suspensão de direitos fundamentais, não sendo mencionado nas hipóteses em que a CRP prevê, literalmente, que tal efeito se apresenta viável: o estado de sítio e o estado de emergência, e apenas estes. (...) a LBPC parece reiterar o entendimento de que nenhuma das situações de crise de proteção civil, incluindo a situação de calamidade, configura qualquer tipo de exceção constitucional, porquanto a sua admissibilidade é remetida para a legislação própria, situando-se extramuros da LBPC.

Ainda assim, quanto à situação de calamidade, a LBPC não deixa de dizer que a mesma assume a natureza de um estado de necessidade administrativa (...).

É verdade que o estado de necessidade administrativa não coincide com o com o estado de exceção constitucional, sendo o “estado de emergência” precisamente adequado às crises sociais de calamidade pública.

Ora, é isso o que sucede porque a situação de calamidade, ao envolver a suspensão dos direitos fundamentais de circulação, de liberdade de trabalho e de propriedade privada, configura um estado de exceção constitucional decretado administrativamente pelo Governo, que será sempre inconstitucional – tanto material como organicamente – porque decidido fora do condicionalismo estabelecido pelo artigo 19.º da CRP¹²⁶.

Neste sentido, no âmbito do estado de necessidade administrativo previsto no artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo, doravante CPA, verificamos que o legislador estipulou o mesmo enquanto princípio geral de Direito Administrativo em que no âmbito de uma situação de exceção, como a referente à pandemia de COVID-19, o legislador permite a implementação de procedimentos excepcionais legítimos com vista a ultrapassagem de barreiras formais.

Perante o referido, é necessário estabelecer a diferença entre o estado de necessidade administrativo e o estado de exceção constitucional que se reflete nos seguintes factos. O primeiro é que o estado de exceção, traduzido no estado de sítio ou no estado de emergência, possui previsão constitucional, bem como na LRESEE, enquanto que o estado de necessidade

¹²⁶ Gouveia, J.B. (2020, p.102-103), *Apud* CANOTILHO, Mariana; RAMOS, António José da Ascensão; DIAS, José Eduardo Figueiredo; MACHETE, Pedro; RAIMUNDO, Assunção; RIBEIRO, Lino Rodrigues; RIBEIRO, Gonçalo Almeida; PATRÃO, Afonso; ABRANTES, José João; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 334/2022, de 3 de maio. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220334.html>. p.1.

possui previsão em lei ordinária, no caso no CPA. Por outro lado, o estado de necessidade possui regras procedimentais, enquanto o estado de exceção constitucional concede a base legal para a tomada de decisões por parte das entidades competentes, como é disso exemplo no que respeita aos DLG. Ou seja, encontra-se aqui subjacente a ideia de proteção do grau de urgência em atuar que está subjacente ao estado de necessidade administrativo e a de proteção da aplicação da CRP, no âmbito do estado de exceção constitucional em que se aplicam medidas durante períodos de emergência constitucional de caráter excecional contrastando com a normalidade constitucional¹²⁷.

Ora segundo VIEIRA DE ANDRADE (2019, p. 311) de acordo com o vertido pelo legislador no n.º2 do artigo 18.º da CRP verificamos que as limitações aos direitos devem respeitar os limites estabelecidos no âmbito do princípio da proporcionalidade em que as restrições deverão “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” refletindo-se no facto do n.º4 do artigo 19.º da CRP prever que a declaração e o consequente estabelecimento do estado de emergência devem ser “limitados ao estritamente necessário para o restabelecimento da normalidade” o que consequentemente origina um “enfraquecimento” e não suspensão dos direitos. O que significa que o regime previsto na CRP previsto pelo legislador referentes à restrição e à suspensão de direitos fundamentais, tem subjacente o rigor da consideração de bens e interesses que conflituam com o princípio da proporcionalidade, protegendo assim o núcleo essencial dos direitos. Ou seja, tendo em conta que o legislador ao promover uma extensão de uma limitação de direitos ao “estritamente necessário” enquanto primeiro objetivo, a mesma traduz-se num estabelecimento *ex ante* de um impedimento de influência no núcleo essencial do direito a ser alvo de restrição respeitando assim formalmente o princípio da proporcionalidade o que caso contrário, colocaria em causa os efeitos pretendidos em termos legais da aplicação do direito fundamental. Sendo que o objetivo desta restrição prende-se com o facto de mandar o legislador ordinário ou o Presidente da República a promover as devidas medidas para a proteção do núcleo essencial do direito¹²⁸.

Neste sentido, verificamos que a suspensão do exercício de direitos fundamentais no âmbito de um estado de exceção reflete-se “material e concetualmente uma restrição, uma vez

¹²⁷ ABREU, *Op. cit.*, p.34-35.

¹²⁸ VIANA, *Op. cit.*, p.23.

que se traduz numa intervenção em direitos fundamentais requerida pela circunstância de esses direitos conflituarem, em concreto, com distintos direitos fundamentais”¹²⁹.

Sendo que importa salientar que a referida restrição de direitos fundamentais é realizada de forma mais rigorosa durante o estado de exceção do que no âmbito de uma normalidade constitucional, tendo em conta que o seu objetivo consiste num distanciamento da situação de exceção de perturbação da ordem constitucional. Esta que se verifica ser mais intensa durante o estado de emergência constitucional e que fundamenta convergência dos diferentes órgãos de soberania na aplicação do respetivo procedimento legislativo e da sua consequente decretação por parte do Presidente da República.

Sobre o referido, a doutrina estabelece que a possibilidade de imposição de restrições aos direitos fundamentais pode ter lugar, nomeadamente no âmbito do estado de calamidade tendo em conta razões como a saúde pública e o carácter preventivo no âmbito de determinadas doenças¹³⁰.

Neste âmbito salienta-se a posição assumida pela LBPC que refere no âmbito de um estado de calamidade a mesma não se reflete em qualquer tipo de exceção constitucional na medida em que o seu enquadramento legal é remetido para legislação própria refletindo-se numa repartição de competências legislativas tendo em conta o previsto no n.º 7 do artigo 19.º da CRP que prevê que a declaração do estado de exceção constitucional protege a aplicabilidade das regras constitucionais de competências entre os diferentes órgãos de soberania, sendo que no n.º 5 do referido artigo são previstos os limites ablativos referentes à reserva relativa por parte do Parlamento para o cumprimento do poder legislativo e do Governo com a competência para promover as necessárias diligências para o regresso da normalidade constitucional nomeadamente em termos administrativos e conforme o previsto no decreto presidencial¹³¹.

Ou seja, significa que no âmbito da declaração do estado de emergência as regras constitucionais são inalteráveis na medida em que os diferentes órgãos constitucionais deverão manter as suas competências mesmo perante a suspensão de determinados direitos, tendo que os restantes (não alvo de suspensão) não estão abrangidos pela referida suspensão.

¹²⁹ Bargado, G. (2020, p. 280), *Apud VIANA, Op. cit.*, p. 24.

¹³⁰ Canotilho, J.J.G.; Moreira, V.; Miranda, J. e Medeiros, R. (2007), *Apud CANOTILHO, Mariana; RAMOS, António José da Ascensão; DIAS, José Eduardo; RAIMUNDO, Maria Assunção; MACHETE, Pedro.* – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 489/2022, de 14 de junho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220489.html>. p.1.

¹³¹ Novais (2020, p.112), *Apud VIANA, Op. cit.*, p. 31.

Mantendo os referidos direitos com carácter de reserva relativa da Assembleia da República¹³².

Refletindo-se assim no facto da Constituição salientar que cabe ao Presidente da República, sob reserva, promover a declaração do estado de exceção, bem como sob carácter exclusivo a suspensão do exercício de direitos fundamentais, estipulando desta forma que a suspensão dos referidos direitos traduz-se numa “*reserva de ato presidencial*”¹³³.

Ou seja, apesar de a Constituição não promover o poder de suspensão de direitos fundamentais para com a Assembleia da República no âmbito do estado de exceção, não se alheou de promover a um órgão de soberania investido democraticamente (excluindo o Governo) o que se reflete num cumprimento do princípio do Estado de Direito Democrático em que as decisões basilares de um Estado Democrático são tomadas por um órgão com legitimidade democrática, sendo no caso sob responsabilidade do Presidente da República que se traduz no órgão em que reside “especial aptidão para, nessa sede, se proceder à discussão de questões políticas de relevância superior”¹³⁴, o que se traduz numa valorização de princípios como o pluralismo, contraditório, transparência, publicidade e participação¹³⁵.

O que contudo, não prejudica a manutenção do direito de reserva por parte do Presidente da República no âmbito da suspensão de direitos fundamentais e no âmbito da reserva legislativa no que diz respeito às restrições de direitos fundamentais, tendo em conta o vertido pelo legislador na alínea b) do n.º1, do artigo 165.º da CRP.

Torna-se assim fundamental referir que de acordo com o sentido positivo do princípio da separação de poderes, presente de forma intensa nesta matéria, que “as funções estatais estejam de tal forma estruturadas e repetidas que as decisões venham a ser autorresponsavelmente tomadas pelos órgãos mais aptos em função da sua estrutura interna, da natureza dos seus serviços, da forma e procedimentos típicos da sua atuação”¹³⁶.

Sendo que dentro referido anteriormente salienta-se que, os diferentes órgãos de soberania deverão ter em conta os respetivos conhecimentos e experiência para além do

¹³² Sánchez, P. F.(2021, p. 112 e 113); Novais, J.R. (2020, p. 112 e ss.); Castro, R. B. (2020, p. 668 e 669), *Apud* VIANA, *Op. cit*, p.31.

¹³³ Canotilho, J.J.G. e MOREIRA, Vital (2007, p. 131), *Apud* BARGADO, *Op. cit*, p.288.

¹³⁴ Lopes, P.M. (2018, p. 131 e 132); Novais, J.R. (2020, p. 284), *Apud* BARGADO, *Op. cit*, p.289.

¹³⁵ Lopes, P.M.(2018, p. 131); Novais, J.R. (2020, p. 839), *Apud* BARGADO, *Op. cit*, p.289.

¹³⁶ Novais, J.R. (1997, p. 26 e ss. e 27 e ss.), *Apud* BARGADO, *Op. cit*, p.292.

estipulado pelo legislador tendo em conta a respetiva aplicação das medidas de suspensão de direitos fundamentais no âmbito do estado de exceção¹³⁷.

Importa por isso referir que, conforme refere a LRESEE existe a oportunidade legislativa para a implementação de uma alteração do estado de exceção através de uma diminuição das medidas que fazem parte integrante do regime do estado de exceção. Neste âmbito refere o art. 226.º da LRESEE que o procedimento de alteração da amplitude das restrições do estado de exceção deverá de acordo com as regras jurídico constitucionais ter reflexão no Decreto do PR, com referenda por parte do Governo, com possibilidade de existência de autorização por parte da AR. Sendo que o mesmo não ocorre perante a necessidade de aumento da amplitude da aplicação da LRESEE em que a doutrina defende que se traduz num procedimento para uma nova declaração do estado de exceção e que poderá origem a novas restrições do exercício de direitos, liberdades e garantias., exigindo desta forma a intervenção dos diferentes órgãos de soberania.

3- O ESTADO DE EMERGÊNCIA NO ÂMBITO DA SITUAÇÃO DE PANDEMIA DE COVID-19

Decorrente da situação de pandemia de COVID-19, foi necessário em Portugal promover uma resposta adequada através de instrumentos jurídicos referentes ao estado de exceção sobre o qual o país se encontrava.

Por conseguinte decorrente da Lei Constitucional n.º1/89, de 8 de julho verificamos que o instituto do estado de emergência encontra-se consagrado no artigo 19.º da CRP, no qual identificamos que o n.º4 do referido artigo estabelece o princípio da proporcionalidade que tem como principal função limitar a âmbito de intervenção da Administração Pública ao considerado estritamente necessário, sendo que em co-relação com o referido o n.º7 do referido artigo estabelece que durante a vigência do estado de emergência, os diferentes órgãos de soberania mantêm as regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento em vigor¹³⁸.

Neste sentido, em termos constitucionais o estado de sítio ou de emergência contextualiza-se como uma situação provisória no qual a sua aplicação deverá ser

¹³⁷ Lopes, P.M. (2018, p. 359), *Apud* BARGADO, *Op. cit*, p.292.

¹³⁸ Abreu, C. M. V. de M. B. de, *Op. cit*, p.23.

fundamentada, respeitando num primeiro lugar o princípio da proporcionalidade e tendo em conta a necessidade de ser aplicado em termos estritamente necessários, tendo por objetivo principal o regresso à normalidade constitucional. Refletindo-se assim, numa situação de estado de exceção em que as restrições a determinados direitos fundamentais estão enquadradas juridicamente no instituto da suspensão de direitos em que sobre o qual existiram consecutivos decretos presidenciais entre os quais os referentes às renovações do estado de emergência.

Importa por isso referir que, o princípio da proporcionalidade adquiriu no âmbito do estado de emergência, um papel decisivo de especial relevância refletindo-se num “instrumento de limitação de eventuais agressões ou compressões de direitos e também critério para relações jurídicas no âmbito do aparelho do Estado”¹³⁹ nomeadamente, nos preâmbulos dos Decretos do Presidente da República, doravante DPR, que decretaram os estados de emergência tendo em conta a situação de calamidade pública, bem como no DL que proporcionaram a execução do referido do estado, adotando para tal a regra de “limitar-se ao estritamente necessário, juízo de estrita proporcionalidade, medidas adequadas e necessárias” promovendo um função ao princípio da proporcionalidade de limitador do poder executivo e instrumento de controlo das restrições de âmbito administrativo de liberdade individual. Sendo por isso considerado como princípio orientador do estado de exceção em que sobre o qual se verifica uma maior influência do poder público na contextualização da aplicação de direitos fundamentais e que se traduz num poder genérico de exceção de declarar o estado de exceção.

Ou seja, o princípio da proporcionalidade assume neste contexto o papel de controlo no âmbito da declaração do estado de exceção efetuando um condicionamento em dois momentos, um em que se procede à declaração do referido estado e posteriormente na decisão de implementar o estado de sítio ou o estado de emergência, tendo factores fundamentais como o interesse público e a sua adequabilidade tendo em conta a necessidade de efetuar o exercício de reflexão entre o instrumento jurídico (declaração do estado de sítio ou de emergência) e a sua finalidade (a restituição da normalidade constitucional)¹⁴⁰.

Refletindo-se desta forma em consequências de âmbito material, organizatório e temporal, em que de acordo com o previsto nos números 4 e 8 do art. 19.º da CRP, o princípio

¹³⁹ Canas, V. (2016), *Apud* Abreu, C.M.V. de B. de, *Op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁰ GOUVEIA, J. B. (2020, p.167), *Apud* Abreu, C.M.V. de B. de, *Op. cit.*, p.26.

da proporcionalidade deverá respeitar subprincípios como a necessidade, a adequabilidade com vista ao célere restituição da normalidade constitucional e a racionalidade. Ou seja, verificamos que o legislador constitucional pretende com o previsto que o “ato do poder público seja apto para e conforme os fins justificativos da sua adoção (pp. da conformidade ou adequação de meios), necessárias, exigindo a menor desvantagem possível para o cidadão (pp. da exigibilidade ou da necessidade) ” provendo assim o célere restabelecimento em sentido estrito, tendo em conta a proporcionalidade do instrumento para o alcance e do objetivo pretendido¹⁴¹.

Assim no que diz respeito aos órgãos de soberania verificamos que o Presidente da República procedeu à declaração do estado de emergência, a 18 de março de 2020, pela primeira vez desde a CRP de 1976. Iniciando neste âmbito um processo formal através da audição do Conselho de Estado, que se traduz numa faculdade prevista constitucionalmente e que prossegue com a consulta do Governo e do respetivo pedido de autorização à Assembleia da República, culminando com a publicação do Decreto Presidencial n.º14-A/2020, de 18 de março que durou num primeiro período durante 15 dias e que se refletiu na suspensão parcial de determinados direitos fundamentais como, o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional e que se relaciona diretamente com o princípio da proporcionalidade que se caracteriza em termos basilares como um mecanismo legal a aplicar em situações que se consideram necessárias, neste caso tendo em vista a redução do risco de contágio e o respetivo combate à pandemia¹⁴².

Para tal torna-se importante distinguir no âmbito dos direitos fundamentais, as diferenças existentes entre a restrição e a suspensão do exercício dos referidos direitos que segundo REIS NOVAIS (2020, p. 89) poderia ser planeada de acordo com a ideia conceptual entre a restrição que corresponde a uma presunção de que a restrição dos referidos direitos teria um carácter permanente promovida por uma lei de âmbito restritivo ou, por outro lado em que a suspensão de direitos é promovida através de decreto presidencial referente à introdução da declaração do estado de sítio ou de emergência que consistiria num

¹⁴¹ Gouveia, J.B. (2020, 165), *Apud* Abreu, C.M.V. de B. de, *Op. cit.*, p.26.

¹⁴² Talanceiro, R.T. (2020). Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da Covid-19. Em P. Infante Mota; C. Monteiro Pires; R. Tavares Lanceiro & F. Rodrigues Rocha (Eds.), *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (1ª ed., pp. 717-727). Lisbon Law Review.

impedimento do exercício do direito fundamental tendo em conta o estrito período de tempo necessário¹⁴³.

Neste sentido, o Presidente da República promoveu a suspensão de determinados direitos fundamentais como o direito de deslocação, direito de reunião e manifestação, entre outros. Sendo de salientar que o grau de afetação de cada um dos direitos alvo de suspensão foi diferenciado, tendo por isso sido fixado o sentido e conteúdo das restrições, como foi disso exemplo o direito à greve e do direito de resistência em que o Presidente da República fixou em sede de decreto a proibição da prática do direito à greve em áreas consideradas fundamentais.

Por outro lado, no que diz respeito a outros direitos alvo de restrição, o Presidente das República promoveu uma aplicação do mecanismo legal de suspensão tendo em conta o papel exercido pelas diferentes “autoridades públicas competentes” na aplicação de medidas restritivas aos direitos suspensos, decorrente de critérios e limites estabelecidos em sede de decreto presidencial.

Ou seja, traduziu-se numa autorização para que as autoridades competentes estipulassem em termos normativos o que era permitido, proibido ou imposto durante o estado de emergência, promovendo neste âmbito a intervenção do órgão superior da Administração Pública – o Governo – para que este exerça a competência prevista pelo Presidente da República, refletindo-se em decretos de execução e de regulamentação definindo nesta sede o sentido e alcance da aplicação das medidas restritivas.

Neste sentido, importa referir que antes da decretação do primeiro estado de emergência em Portugal traduzida em termos legais no Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março de 2020, foi promovida pelo Governo a aplicação de medidas de âmbito excecional e temporário no âmbito da situação epidemiológica existente a respeito do vírus COVID-19, através do Decreto-lei n.º 10-A/2020, de 13 de março que estabeleceu os requisitos para a suspensão dos prazos referentes a atos e diligências processuais e procedimentais praticados junto dos Tribunais, de âmbito judicial e que foram alvo de um encerramento das instalações e numa suspensão do atendimento presencial tendo em conta a

¹⁴³ Novais, J. R. (2020). Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia Covid-19. *Revista Electrónica de Direito Público*, 1, (7), 89.

decisão de autoridade pública e a situação de considerado risco elevado de contágio do vírus da COVID-19¹⁴⁴.

Perante o referido, salienta-se que de entre as situações de autorização constitucional expressa em sede de decreto presidencial que declara o estado de emergência em que a responsabilidade de legislar reside no legislador ou nas autoridades públicas competentes, é necessário clarificar se a restrição implementada pela Assembleia da República ou pelo Governo respeitou ou não os princípios basilares ou a teoria dos limites dos limites no qual se incluem os limites de carácter material e os limites de competência¹⁴⁵.

Apesar disso existem, contudo algumas diferenças de carácter conceptual entre os dois procedimentos que se vêem a traduzirem em distinções práticas. Entre as quais destaca-se a distinção referente a uma autorização constitucional expressa de restrição e outra referente ao decreto presidencial de suspensão que promove uma autorização de posterior restrição. Neste sentido, a primeira reflete-se num controlo de constitucionalidade em que, não existindo normas constitucionais inconstitucionais verificamos que as normas presentes na CRP que autorizam as referidas restrições não são suscetíveis de ser alvo de um controlo. Enquanto que, no que diz respeito ao decreto presidencial que promove o estado de emergência e suspende a aplicação de direitos fundamentais, apresentando um evidente carácter normativo e tendo em conta que é considerado um acto de um poder constituído, existe em termos teóricos uma sujeição a um controlo de constitucionalidade que poderá detetar possíveis inconstitucionalidades no seu conteúdo.

Neste sentido, no que tange aos motivos que baseiam o cenário de suspensão, entre os quais a indispensável proteção da saúde, da integridade e da vida, verificamos que existe a possibilidade de um controlo de âmbito material do decreto presidencial é muito distante, na medida em que em termos práticos as restrições são autorizadas e a sua fundamentação reside nos poderes conferidos ao Presidente da República.

Por outro lado, no que tange às restrições expressamente autorizadas pela CRP e as restrições autorizadas pelo decreto presidencial, existe uma diferença entre o nível de controlo no âmbito dos planos material e conceptual.

¹⁴⁴ COSTA, Joana Fernandes; MESQUITA, Maria José Rangel de; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; CAUPERS, João. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 500/2021 (3.ª Secção), de 9 de junho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210500.html>. p.1.

¹⁴⁵ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 91.

Ou seja, a génese da disparidade reside no facto do instituto da suspensão determinar que durante a totalidade do período em que este vigore, o correspondente direito fundamental fica “anulado” traduzindo-se num desaparecimento temporário, permitindo neste sentido que a norma constitucional seja aplicada tendo em conta os seus efeitos jurídicos na medida da sua extensão e do alcance de suspensão, durante o período de tempo estritamente necessário.

O que no plano material se reflete numa tendencial reafecção no que diz respeito ao controlo judicial das restrições relativo ao acesso individual aos correspondentes bens *jusfundamentais* na medida em que o seu acesso, foi vedado de proteção específica no âmbito da sua extensão e alcance da suspensão.

Em termos mais pormenorizados, o mesmo materializa-se numa tendente reafecção do controlo judiciário no que diz respeito às restrições de acesso de âmbito individual referente aos bens *jusfundamentais*, tendo em conta que o seu acesso foi vedado de proteção específica e reforçada e que antes era facultada pelo direito fundamental alvo de suspensão, traduzindo-se num limitado período de suspensão e que na prática vêm reduzir as possibilidades de controlo judicial efetivo da constitucionalidade das restrições comparado com a existência de uma normalidade constitucional.

Por outro lado, no plano de competências a diferença principal reside no facto de perante a suspensão de direitos fundamentais existir uma lacuna no âmbito das competências de reserva legislativa da Assembleia da República, na medida em que no caso de um direito fundamental não produzir os efeitos jurídicos de forma temporária, o mesmo vem-se a refletir numa retirada de afectação à área da reserva parlamentar, tendo em conta que os direitos fundamentais não tem um carácter temporário¹⁴⁶.

Neste âmbito importa salientar a posição assumida por CANOTILHO (1998) em que no âmbito deste procedimento existe um reforço da competência e intervenção da Assembleia da República e uma progressiva desvalorização no que tange à capacidade legal do Governo, que se consubstancia num órgão com a competência de tomada de medidas de execução no âmbito do estado de emergência, entre outras. Sendo que não justifica a sua necessária intervenção em sede de audição prévia *cfr.* previsto no n.º1, do artigo 138.º da CRP e a sua não pronúncia *cfr.* previsto nas alíneas f) e g), do artigo 197.º da CRP.

¹⁴⁶ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 92.

Apesar disso, não corresponde a um impedimento legal por parte da Assembleia da República que se considera o órgão de soberania central no que tange ao estado de emergência em que num primeiro plano este possui a competência exclusiva para em sede de lei orgânica (lei de valor reforçado) promover o regime legal do estado de emergência *cfr.* a alínea e), do artigo 164.º da CRP, ou seja trata-se de uma matéria de reserva absoluta. Salientando que neste âmbito é lhe conferida a necessidade de confirmação quando tal medida seja tomada em sede de Comissão Permanente da Assembleia da República¹⁴⁷.

Neste sentido de acordo com o previsto na jurisprudência do Tribunal Constitucional, salienta-se o referido no Acórdão n.º 352/2021 e por parte de alguns doutrinários, que referem que a CRP no âmbito do estado de emergência são atribuídos poderes de âmbito extraordinário ao Governo, tendo em conta o modelo constitucional referente aos “poderes de emergência” em que ao se valorizar pelo método dualista inexistente entre o Presidente da República e o Governo no que diz respeito à separação de poderes no que diz respeito à declaração e à execução da declaração do estado de exceção, dão origem a uma anulação de uma das principais características do modelo constitucional português de emergência. Dando origem, a segundo a referida jurisprudência, a uma desvalorização da importância jurídica normativa dos requisitos originários da constituição portuguesa no âmbito do estado de emergência em que sobre o qual a responsabilidade é partilhada entre o Presidente da República e a Assembleia da República, com primazia para o segundo órgão no processo de legislação do referido tema. Sendo que também se constata um afastamento da importância legislativa no que diz respeito à declaração do estado de exceção, do qual fazem parte integrante o Decreto presidencial e a Resolução do Parlamento, isto apesar de se prever uma proteção legislativa das competências pertencentes à Assembleia da República o que na realidade implica o não cumprimento de um dos princípios fundamentais – a reserva de lei que está inserido no princípio da separação de poderes, contribuindo para o processo de interpretação do “Estado de Direito de emergência sanitária ou de crise” que se demonstra como objetivo alternativo ao Estado de Direito democrático.

Importa por isso referir que, a CRP no âmbito do estado de emergência pretende defender e garantir um equilíbrio institucional no exercício de poderes perante a existência de uma normalidade constitucional tendo em conta o apreço pelo papel desempenhado pelo

¹⁴⁷ Monteiro, S. S. & Cebola, C.M. (2021). A Pandemia Internacional ocasionada pela doença covid-19 e o Estado de Emergência em Portugal: incursão nos efeitos do confinamento. *Revista Práxis, Novo Hamburgo*, 18, (2), 13. <https://doi.org/10.25112/rpr.v2i0.2478>

Parlamento de acordo com determinados requisitos, como a concessão de eficácia normativa à Resolução Parlamentar aquando da declaração e da respetiva aceitação do seu auxílio para definição normativa da declaração do estado de exceção e ainda da proteção no âmbito da aplicação das diferentes competências políticas e legislativas do Parlamento, nomeadamente no que diz respeito à fiscalização política e ao princípio da reserva de lei, aquando da aplicação do estado de exceção¹⁴⁸.

Refletindo desta forma a ideia de que a CRP no âmbito da aplicação dos “*poderes de emergência*” deverá ter em conta os diferentes poderes normativos exercidos pelo Presidente da República, bem como por parte do Parlamento.

Neste sentido, salienta-se que o Decreto Presidencial possui um sentido normativo em que o seu objeto, extensão e densidade não são alvo de discricionariedade na medida em que a CRP e o RESEE estabelecem requisitos concretos para a sua regulação. Assim, no que diz respeito ao estabelecido no n.º5 do artigo 19.º da CRP é estabelecida de forma objetiva uma “adequada fundamentação” na medida em que a mesma é efetivada tendo em conta a “referência aos casos determinantes previstos no n.º2 do artigo 19.º da Constituição, bem como às suas competências já verificadas ou previsíveis no plano da alteração da normalidade”. Refletindo em termos constitucionais os requisitos referentes ao estado de exceção aplicados a “casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública” e que se traduz numa indeterminação no que respeita às normas presentes na CRP referentes ao estado de emergência.

Por outro lado verifica-se adicionalmente que a declaração do estado de exceção possui um conteúdo excecional em termos políticos e possui um grau de complexidade elevado na medida em que apesar de não possuir um âmbito de legislador (o Presidente da República), o Decreto Presidencial possui um teor político e normativo na medida em que se verifica a existência de uma “liberdade primária” referente ao ato e na existência de um “conteúdo necessário”, cfr. estabelece o n.º4 do artigo 19.º da CRP, bem como da “preferência das suas regras sobre as leis e outras normas da função política”. Constituindo-se ainda num “ato normativo complexo”, o que dá origem a uma “concorrência de atos de controlo de outros órgãos constitucionais” tendo por objetivo a produção de efeitos jurídicos.

¹⁴⁸ Castro, R. B. (2022). O Princípio da Garantia do Equilíbrio Institucional de Poderes como Limite Negativo Intangível da Constituição Portuguesa de Emergência. Em F. Pereira Coutinho; D. Lopes; C. Santos Botelho (Eds.), *O Direito Público e a Crise Pandémica* (1ª ed., pp.77- 114). Nova School of Law.

Ou seja, o Decreto Presidencial deverá em termos normativos promover um conteúdo normativo que reflita uma tese moderada para uma declaração do estado de exceção que cumpra o estabelecido em termos constitucionais e legais exigidos, para que não exista a possibilidade de recurso a uma possível delegação (objetiva ou subjetiva) de poderes como o facto de não ser permitida a existência apenas de uma declaração do estado de exceção ou apenas da respetiva suspensão ou restrição de determinados direitos, bem como a impossibilidade de o Governo promover regulamentação de permissão com carácter genérico; a possibilidade do Decreto Presidencial poder definir “critérios de decisão de conteúdo geral” que promovem ao pormenor quais os direitos, liberdades e garantias alvo de suspensão, os respetivos limites, bem como “as condições de intervenção de forças militares se for o caso disso, regras sobre a duração e o seu âmbito territorial”¹⁴⁹; a necessidade de constar de forma objetiva as opções normativas consideradas basilares referentes ao regime do estado de exceção, sem esquecer de definir o âmbito da sua aplicação em termos temporais antes da delegação ou subdelegação do referido diploma ao Governo e; a possibilidade do Governo poder definir em termos administrativos os meios a adotar perante a aplicação do referido Decreto nomeadamente a respeito de opções normativas basilares no âmbito do estado de emergência.

Perante o referido, importa salientar que em termos doutrinários BRÍZIDA DE CASTRO não possui a mesma posição defendida por BLANCO DE MORAIS no que diz respeito à densidade reguladora do Decreto Presidencial possuir um “*conteúdo variável*”, defendendo que o Presidente da República possui uma “*liberdade político-normativa*” no que diz respeito ao grau de inclusão de pormenorização normativa no referido Decreto, promovendo desta forma a limitação do Governo na sua aplicação de conteúdo inovador. Ou seja, BRÍZIDA DE CASTRO defende que a declaração do estado de exceção não consiste num instrumento jurídico normativo de carácter habilitante para o Governo a respeito de eventuais competências extraordinárias, mantendo imóveis as competências originalmente previstas para a Assembleia da República e que fazem parte integrante do princípio da reserva de lei.

Neste sentido, no âmbito do necessário e imprescindível equilíbrio institucional de poderes previsto pela CRP, constatamos que o Governo não possui a possibilidade de

¹⁴⁹ Morais, C. B. de (2022, p.100), *Apud* CASTRO, *Op, cit*, p. 80-81.

descartar a necessária autorização parlamentar de medidas consideradas transgressoras previstas na declaração estado de exceção.

O que reflete no facto de BLANCO DE MORAIS referir que o n.º8 do artigo 19.º da CRP em que é referido que o poder de autorização deverá ser interpretado “(...) numa conjugação sistemática com outros preceitos da Constituição e da lei”¹⁵⁰.

Por conseguinte, importa referir a existência da possibilidade de renovação do estado de emergência e que de acordo com o legislador constitucional poderá estender-se até 15 dias como refere o n.º5 do art. 19.º da CRP com possibilidade de renovações perante a permanência das condições previstas na primeira declaração, necessitando para tal que a decreto do PR seja precedido de autorização da AR que por sua vez é precedida da respetiva referenda do Governo e de publicação.

Ou seja, as diferentes renovações do estado de exceção deverão ter em conta diferentes pressupostos de âmbito externo, interno ou natural, refletindo-se no que diz respeito ao primeiro, estar em causa a existência de situações de “agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras”, ao segundo uma “grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática” e ao terceiro a existência de situações de calamidade pública.

3.1- Alguns dos comportamentos jurídicos dos diferentes órgãos de soberania portugueses perante o estado de emergência

Decorrente do pensamento doutrinário defendido por SCHMITT verificamos que “não existe norma aplicável no caos” na medida em que no que diz respeito a situações de emergência o equilíbrio de poderes do Estado é colocado em causa devido a uma amplitude de poderes concedidos ao Governo que ao executar as normas decorrentes do Estado de Exceção, possui as providências para o restabelecimento da normalidade constitucional influenciando direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido o Governo procedeu à aplicação do estado de emergência através dos Decretos do Governo n.º2-A/2020, de 20 de março, n.º2-B/2020, de 2 de abril e n.º2-C/2020, de 17 de abril.

¹⁵⁰ MORAIS, C. B. de (2022, p.106), *Apud* CASTRO, *Op, cit*, p. 82-83.

Decorrente do referido a doutrina de PEDRO GONÇALVES (2020) interroga-se perante a hipótese se seria “juridicamente correto e adequado declarar o estado de emergência para produzir um resultado (...) que, afinal, consistiu na estipulação de normas restritivas de direitos dos cidadãos, à margem da AR, o legislador constitucionalmente credenciado para impor ou para autorizar restrições de direitos por via nomrativa (cfr. artigo 18.º, n.º2, da CRP)¹⁵¹.”

Assim para JORGE REIS NOVAIS a posição assumida é, neste âmbito, contrária à anterior na medida em que o Governo possui o poder de legislar, tendo em conta o princípio da reserva relativa de competência da Assembleia da República e o facto de se enquadrar nos “direitos, liberdades e garantias que estejam em vigor. Ora, precisamente, na parte em que foram suspensos através do decreto presidencial, os referidos direitos não estão em vigor”. Ou seja, o Governo tem o poder de legislar nas referidas temáticas tendo em conta os limites previamente definidos no decreto presidencial que estipula que as referidas matérias não são de competência reservada à Assembleia da República¹⁵².

Por conseguinte ao estar em vigor o estado de exceção o poder de dissolução da Assembleia da República encontra-se vedado tendo em conta a existência de uma “impossibilidade de dissolução na vigência do estado de sítio ou de emergência” (cfr. refere o n.º1 do artigo 172.º da CRP).

Neste sentido, importa referir que no que diz respeito à estipulação de limites materiais ao poder de dissolução da Assembleia da República decorrente do estado de emergência, verificamos que este órgão de soberania é o responsável no que diz respeito à fiscalização da execução do estado de sítio ou do estado de emergência *cfr.* refere a alínea b) do artigo 162.º da CRP. De referir ainda que no caso de uma efetivação da dissolução da Assembleia da República, existe direta consequência que se reflete na suspensão de determinados direitos liberdades e garantias e num agendamento de eleições num prazo de sessenta dias. Sendo que neste âmbito, o poder de fiscalização cabe exclusivamente à AR em que de acordo com a alínea a) do artigo 162.º da CRP procede à aplicação do mesmo para com o Governo, bem como com a Administração Pública que tem por missão proceder à execução dos Decretos do Governo que estabelecem a regulamentação do estado de exceção.

¹⁵¹ Gonçalves, P. (p. 19-20), *Apud* Botelho, C. S. (2020). Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência. Em C. Amado Gomes & R. Pedro (Eds.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção* (pp. 47-95). AAFDL .

¹⁵² Novais, J.R. (2020), *Apud* BOTELHO, *Op. cit*, p. 32.

Por outro lado outro dos impedimentos consequentes da implementação do estado de emergência, é a possibilidade de realização de uma revisão constitucional durante a vigência do estado de exceção ou de emergência tendo em conta o legislador estabelece três requisitos para a sua não realização. São eles, para além do impedimento de ser iniciado; a suspensão da revisão perante a declaração do estado de exceção ou de emergência; e a sua consequente não promulgação e não publicação da lei referente à revisão constitucional.

Sobre este último requisito, a doutrina possui uma divergência mais concretamente entre JORGE MIRANDA e CARKIS BLANCO DE MORAIS que defendem que perante a possibilidade de um veto presidencial, nomeadamente por este discordar do conteúdo do diploma referente a uma revisão constitucional, os autores defendem que o ato de promulgação não diz respeito ao conteúdo legal alvo de interdição.

Sendo que por outro lado, BACELAR GOUVEIA e RUI MEDEIROS sustentam que perante a possibilidade de promulgação do diploma de revisão constitucional, o Presidente da República deverá proceder à respetiva promulgação, tal como referido no n.º3 do artigo 286.º da CRP¹⁵³.

Ora de acordo com o vertido pelo legislador no artigo 289.º da CRP verificamos que o objetivo imposto pelo legislador constitui-se no facto de a possível aplicação de uma revisão constitucional tem de ter em conta a “vontade livre e esclarecida dos agentes político-constitucionais envolvidos”¹⁵⁴.

Neste sentido, tendo em conta o contexto de um estado de emergência, verificamos que poderão ser colocadas em causa diferentes questões no âmbito da relevância, fundamentação da aplicação da revisão constitucional e que poderão colocar em questão o referido instrumento jurídico-constitucional. Disso é exemplo uma situação de aplicação da declaração do estado de emergência a uma determinada parte do território nacional em que o objetivo principal consiste no célere regresso à normalidade constitucional.

Evidencia-se assim que no que diz respeito ao estado de emergência previsto na CRP e em outros instrumentos legais que a sua vigoração não deverá “afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de

¹⁵³ Gouveia, J.B. (2020, p. 965); Medeiros, R. (2007, p. 952), *Apud* BOTELHO, *Op. cit*, p. 33-34.

¹⁵⁴ Gouveia, J.B. (2020, p. 965), *Apud* BOTELHO, *Op. cit*, p. 35.

governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares”, cfr. previsto no n.º7 do artigo 19.º da CRP.

Assim caso a declaração ou a aplicação do estado de emergência possuir normas consideradas inconstitucionais, não cumprindo os limites materiais, temporais, circunstanciais, de competência e ou de forma, eventualmente são consideradas alvo de uma análise judicial, o que se reflete nomeadamente no artigo 22.º da Lei do Estado de Emergência, doravante LEE que refere que “os tribunais comuns mantêm-se, na vigência daqueles estados, no pleno exercício das suas competências e funções” e em que “em especial durante a vigência, velar pela observância das normas constitucionais e legais que regem o estado de sítio e o estado de emergência”.

Traduzindo-se assim num ato normativo que se encontra sujeito ao controlo no âmbito da constitucionalidade e da legalidade previstos pelo legislador constitucional nos artigos 204.º e 277.º todos da CRP, refletindo-se na consideração dos limites constitucionais como: a verificação de se a declaração do estado de exceção ou de emergência cumpre os procedimentos e requisitos previstos na constituição; se a referida declaração possui base técnico jurídica para a sua aplicação; a verificação de um possível não cumprimento do princípio da proibição do excesso; a averiguação da existência de uma suspensão de um direito insusceptível de suspensão; e a averiguação da existência de uma ultrapassagem dos requisitos da declaração do estado de emergência¹⁵⁵.

Algo que de acordo com a doutrina de TOM GINSBURG e MILA VERSTEEG se traduz no facto dos tribunais possuírem um papel indispensável no âmbito do estado de exceção ou de emergência em que procederam nomeadamente, à averiguação dos procedimentos associados à declaração do estado de exceção e à averiguação do cumprimento dos requisitos associados ao princípio da proporcionalidade no âmbito das restrições aos direitos fundamentais.

Exemplo disso, diz respeito ao caso ocorrido no arquipélago dos Açores em que o Governo regional desta região autónoma, promoveu uma restrição, no caso a um cidadão português uma quarentena de carácter obrigatório de quatorze dias numa unidade hoteleira. Derivado da decisão tomada, o cidadão intentou junto do Tribunal de Ponta Delgada um pedido de *habeas corpus* argumentando tratar-se de uma “*detenção arbitrária*” sobre a qual

¹⁵⁵ BOTELHO, *Op. cit.*, p. 37.

estaria em causa a inconstitucionalidade da quarentena de carácter obrigatória e que não se enquadrava no âmbito de um estado de emergência constitucional.

Em termos práticos e jurisprudenciais, com base no Acórdão n.º90/2022, referente à apreciação jurídico-constitucional da aplicação das normas n.ºs 1 e 4 do art. 25.º do regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 45C/2021, de 30 de abril em que determinavam que os passageiros dos voos com origem em determinados países, deveriam cumprir após a entrada em Portugal continental, um período de isolamento profilático de 14 dias no domicílio ou em local indicado pelas autoridades de saúde. Decorrente desta norma, foi apresentado um pedido de *habeas corpus*, tendo o TC frisado que estávamos perante “medidas de privação de liberdade de sinal contrário ao direito à liberdade consagrado no art. 27.º, n.º1 da CRP, na sua vertente de liberdade pessoal, pelo que a respetiva regulação se encontrava abrangida pela reserva de competência legislativa da Assembleia da República prevista no art. 165.º, n.º1, alínea b), da CRP”. Ou seja, após a referida apreciação, o TC referiu que não existia suporte em nenhum dos diplomas legais em causa por não se traduzir em base legal suficiente para a aplicação das referidas restrições, ou seja por não se tratar na sua essência de norma referente à privação da liberdade, nem à privação de liberdade por via de um confinamento, julgamento a referida como inconstitucional¹⁵⁶.

Neste sentido e tendo em conta a decisão proferida pelo Tribunal de Ponta Delgada, verificamos que a posição assumida por este foi a de que estamos perante uma inconstitucionalidade, tendo em conta o facto de que a referida medida em causa ter sido tomada após o término do estado de emergência constitucional. O que se vem a refletir no facto de a restrição ao direito fundamental de liberdade de deslocação apenas ser alvo de restrições por parte dos órgãos de soberania autorizados pelo legislado, no caso a Assembleia da República ou o Governo, através de uma lei de autorização legislativa, de acordo com o previsto na alínea b), do n.º1, do artigo 165.º da CRP, estando também em causa o cumprimento do princípio da proporcionalidade.

Por outro lado importa salientar que durante o período de tempo em que o estado de emergência se encontra em vigor, os direitos de petição (previsto no artigo 52.º da CRP), o direito de queixa ao Provedor de Justiça (previsto no artigo 23.º da CRP), o direito de

¹⁵⁶ Tribunal Constitucional. (2022). *Acórdãos do Tribunal Constitucional relativos à pandemia de Covid-19. Repartição de competências entre a Assembleia da República e o Governo na tipificação durante a vigência do estado de emergência e do estado de calamidade*. https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/file/dossier_covid_outubro2022.pdf?src=1&mid=6909&bid=5516 . p.1.

resistência (previsto no artigo 21.º da CRP), bem como o direito à responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas (previsto no artigo 22.º da CRP), continuam também em vigor para eventual aplicação¹⁵⁷.

Importa por isso referir que perante a decretação do estado de emergência em Portugal, esta provocou um verdadeiro impacto nos cidadãos dotados de deficiência e que em termos práticos se refletiu num primeiro plano, nas medidas de prevenção traduzidas por exemplo no acesso à informação; na possibilidade de colocar em prática as diferentes recomendações, como são disso exemplo, o acesso aos meios de higiene; a mobilidade, na medida em que é necessário o contacto físico com o meio ambiente; o obstáculo em manter a distância social devido à necessidade de possuir o apoio de pessoas por diferentes razões; as barreiras referentes às medidas de minimização ou controlo dos riscos, refletidas por exemplo em quarentenas aplicadas a pessoas de suporte e assistência que assumem um papel primordial na defesa das condições vitais das pessoas com deficiência; e as barreiras referentes aos cuidados de saúde e medidas de atenção, em que no caso das pessoas com deficiência estas (barreiras) serão ainda maiores nomeadamente perante a procura e obtenção de cuidados médicos tendo em conta as limitações implementadas a respeito da mobilidade e das comunicações, o que dá origem a um maior risco de casos mais graves referentes a problemas de saúde relativos à situação de deficiência. Importa ainda referir que perante cenários de discriminação e negligência ocorridas em situações de estado de emergência ou calamidade, no que diz respeito ao acesso à saúde por parte de pessoas com deficiência, estas poderão ver a sua condição ser desvalorizada ou alvo de discriminação, que consequentemente vem influenciar de forma direta o gozo e exercício dos direitos fundamentais¹⁵⁸.

Na perspectiva da lei fundamental importa ter em conta que esta prevê de forma específica a declaração de estado de exceção para que este não seja alvo de uma aplicação abusiva e indevida, recorrendo aos pressupostos materiais da declaração¹⁵⁹ e à fixação de limites materiais do estado de exceção e à clarificação do processo especial da sua declaração¹⁶⁰.

¹⁵⁷ BOTELHO, *Op. cit.*, p. 38-39.

¹⁵⁸ ROSÁRIO, *Op. cit.*, p. 65 e 66.

¹⁵⁹ Art. 19º, nº2 da CRP & Canotilho, J.J.G. (2007, p. 400), *Apud* Estrela, M. B. (2022). *A restrição de Direitos, Liberdades e Garantias por via regulamentar em contexto de Pandemia*. [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Católica]. Repositório da UCP. <http://hdl.handle.net/10400.14/40165> . p.25.

¹⁶⁰ Canotilho, J.J.G. (2007, p.400), *Ibidem* – p. 25.

Ou seja, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “a normalidade constitucional é um registo-chave do regime constitucional do estado de exceção constitucional”, na medida em que este apenas deverá ser declarado perante a perturbação da normalidade constitucional. Neste sentido, verificamos que apesar dos conceitos serem diferentes e de não existirem as respetivas definições, o objetivo primordial do legislador foi estabelecer uma diferenciação no art. 19º da CRP em que verificamos que o estado de sítio é mais “severo” que o estado de emergência, na medida em que quanto ao primeiro existe a possibilidade de poder suspender os direitos fundamentais na sua plenitude, exeto os que se encontram referidos no nº6, traduzindo-se de acordo com JORGE MIRANDA num princípio da excecionalidade e limitação da suspensão¹⁶¹.

Neste sentido, cumpre referir que perante uma suspensão de direitos fundamentais por parte do PR através de decreto presidencial referente ao estado de emergência, este dá a possibilidade ao Governo de proceder a restrições de determinadas liberdades individuais dentro do quadro legal definido pelo referido decreto. Contudo, estando em causa matéria referente a DLG é necessária a adoção de um ato de legislativo e não apenas de um decreto do governo, visto estarmos perante matéria da responsabilidade do PR, que pode renunciar o processo de delimitação à AR e nunca ao Governo, pois estamos perante matéria legislativa ou político-legislativa e que pode revelar neste caso por parte do Governo uma postura de querer “escapar ao controlo de fiscalização da Assembleia da República”.

Efetuando uma maior pormenorização no âmbito da pandemia de COVID-19, conseguimos verificar diferentes ações adotadas pelos diferentes órgãos de soberania. Destas evidencio às ações adotadas pelo PR aquando da suspensão do “direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional” e da respetiva possibilidade de as autoridades competentes aplicarem enquanto obrigatoriedade o “confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimentos de saúde ou noutro local definido pelas autoridades competentes” em que o PR através do primeiro decreto de declaração do estado de emergência de 18 de março de 2020 estabelece que as autoridades públicas competentes procedam a restrições tendo em conta o elevado risco de contágio (existente à data) e a adoção de medidas de carácter preventivo e de combate à pandemia, as quais se traduzem num confinamento obrigatório em sede de domicílio ou numa unidade hospitalar e que segundo REIS NOVAIS (2020, pp.92-93), confronta diferentes direitos fundamentais, como é

¹⁶¹ ESTRELA, *Op. cit.*, p.25.

disso exemplo o “direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional colocando assim em plenitude de vigoração o referido direito e por não terem sido enumeradas as respetivas circunstâncias em que a restrição ao mesmo deveria ter ocorrido”, *cfr.* previsto pelo legislador nos números 2 e 3 do artigo 27.º Colocando, segundo a doutrina, em causa questões de constitucionalidade refletidas no facto de o Governo não ter tido a correspondente autorização legislativa

Por conseguinte e decorrente das consecutivas renovações do estado de emergência, o PR conservou de acordo com REIS NOVAIS (2020, p.94), as garantias previstas nos números 2 e 3 do artigo 27.º da CRP e em simultâneo promoveu uma autorização para que as autoridades públicas materialmente competentes, promovessem as respetivas medidas necessárias para o cumprimento do confinamento hospitalar, domiciliário ou em local a definir pelas autoridades no âmbito da suspensão do “direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional”¹⁶².

Perante o referido a referida doutrina defende que, tendo em conta existência de pessoas doentes ou infetadas para as quais imposta a medida de confinamento obrigatório em unidade hospitalar, domicílio ou outro local definido pelas autoridades de saúde, o PR e a doutrina que segundo REIS NOVAIS corrobora basearam a sua decisão e análise no direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional.

Decorrente da decisão do PR, o Governo através de decreto-lei estabelece que o confinamento compulsivo em unidade hospitalar ou em domicílio, para os doentes infetados, bem como a colocação de vigilância a efetuar por parte de autoridades e profissionais de saúde, bem como o confinamento compulsivo obrigatório à generalidade dos cidadãos, com exceção para com as pessoas com mais ou menos de 70 anos.

Neste sentido, perante a dúvida legal de qual dos direitos constitucionais estariam aqui em causa, no caso o direito à liberdade ou o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional. A doutrina de REIS NOVAIS (2020, p.95) refere que através do exercício de interpretação dos normativos constitucionais, no caso os artigos 27.º e 44.º da CRP, na medida em que em termos de facto e de direito a obrigação do cumprimento do internamento hospital permanente, não influencia o direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional, nem qualquer outro aspeto a este associado. Estando neste caso em causa, segundo REIS NOVAIS o direito de desenvolvimento de personalidade

¹⁶² NOVAIS, *Op. cit.*, p.93-94.

e o direito à liberdade, mais concretamente o direito a não ser completamente ou parcialmente privado da liberdade.

Ora ao ser estabelecido no n.º1 do artigo 44.º da CRP que “a todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional”, bem como o direito a emigrar ou sair do território nacional e o direito de regressar cfr. previsto no n.º2 do referido artigo, valorizando o legislador de acordo com o referido, do direito à liberdade de movimentação territorial¹⁶³.

Neste sentido e tendo em conta o referido com aplicação à temática em causa, ao constatarmos que os confinamentos territoriais estavam a ser aplicados com o intuito de proibir movimentos de deslocação territorial, e que enquanto direito constitucional não se traduz num problema normativo perante a sua aplicação em sede de decreto presidencial e estarmos perante a temática referente ao direito de deslocação e fixação em território nacional, previsto pelo legislador no artigo 44.º da CRP. Os problemas constitucionais, surgem contudo existem segundo REIS NOVAIS (2020, p.97), perante a aplicação de medidas referentes ao internamento compulsivo e ao confinamento domiciliário em que o direito fundamental que é colocado em questão é o direito à liberdade, previsto pelo legislador no artigo 27.º CRP, na medida em que, segundo REIS NOVAIS (2020, p.97) apesar de se colocar em questão a vertente de direito penal no normativo, decorrente do direito à liberdade pessoal, e do seus efeitos no âmbito de uma sentença judicial condenatória, *cfr.* previsto nos números 2 e 3 do artigo 27.º da CRP.

No entanto, no âmbito das questões referentes ao internamento de pessoas portadoras de doença infecciosa ou sujeitas ao confinamento obrigatório, o legislador constitucional segundo REIS NOVAIS (2020, p.98) não acautelou na CRP a respetiva previsão e que demonstra segundo o autor uma imprudência ao ser aplicado no contexto em análise.

Dentro do contexto em causa, importa salientar que o outro dos direitos aplicados diz respeito ao direito de desenvolvimento de personalidade associado ao direito à liberdade geral de ação, traduz-se de acordo com REIS NOVAIS como um direito subsidiário em que o mesmo é aplicado perante a falta de um direito fundamental que se reflita no contexto em causa. Ora perante o referido, importa salientar que decorrente por exemplo da realização de uma reunião a realizar-se num espaço exterior, verificamos que o mesmo está sim associado ao direito de reunião, presente de acordo com o legislador no artigo 45.º da CRP, ou seja não

¹⁶³ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 96-97.

se revela necessário recorrer ao direito ao desenvolvimento de personalidade para sustentar juridicamente a liberdade de reunião por possíveis agressões. Ou seja, o facto de não se ficar confinado a um espaço fechado, num domicílio, numa unidade hoteleira ou numa unidade hospitalar, revela-se sustentado na base legal através do direito à liberdade presente no artigo 27.º da CRP e não com base no direito ao desenvolvimento de personalidade previsto no artigo 26.º da CRP.

Neste âmbito encontramos em termos factuais, o sucedido no arquipélago dos Açores em que as autoridades regionais promoveram junto de um cidadão medidas com vista a limitar a sua liberdade de deslocação, o que se traduziu na sua condução para um quarto de hotel onde no qual tinha a obrigação de permanecer no mesmo durante 14 dias, estando durante o referido período de tempo sujeito a controlo policial e que em termos jurídicos se traduziu numa restrição parcial do seu direito à liberdade.

Decorrente do referido e do respetivo pedido de *habeas corpus*, constatamos que o Tribunal de Ponta Delgada aceitou o mesmo referindo que ao afectar, restringir e suprimir o direito fundamental a não ser total ou parcialmente privado da liberdade, estamos perante uma “lesão ostensivamente inconstitucional da sua liberdade pessoal”. E que em termos jurídico constitucionais se traduz segundo REIS NOVAIS, numa violação do direito à liberdade, previsto no artigo 27.º da CRP, mais concretamente dos números 2 e 3 em que as autoridades estão a promover um confinamento do cidadão contra a vontade deste, sendo-lhe apenas permitido sair para específicas atividades previamente previstas¹⁶⁴.

Importa referir que durante a vigoração do estado de emergência, o direito à liberdade pessoal previsto no artigo 27.º da CRP não foi alvo de uma suspensão por parte das entidades competentes. O que dá origem a uma necessidade de verificação de uma eventual hipótese do referido ser alvo de uma restrição e consequentemente de uma interpretação. A mesma que nos refere que o concreto direito expresso no n.º1 do artigo 27.º da CRP possui um carácter limitado, na medida em a liberdade física, pode ser alvo de restrições que se consideram típicas para o normal funcionamento do sistema democrático que possui por sua vez um sistema normativo que o regula. Contudo, no que diz respeito ao n.º2 do artigo 27.º da CRP o legislador promove uma maior proteção legal perante as situações consideradas de “privação total ou parcial da liberdade” e em que o legislador estabeleceu aqui uma ideia de objetividade e de um carácter fixo e definitivo em que ninguém pode ser alvo de uma

¹⁶⁴ NOVAIS, *Op. cit.*, p. 98-99.

privação total ou parcial da liberdade, exceto perante a aplicação de uma sentença condenatória tendo em conta a prática de um ato que legalmente se prevê pena de prisão ou medida de segurança, excluindo de forma clara as agressões consideradas “graves ou extremas” ao referido direito, ou seja apenas aplicável perante a situação acima referida. Acrescentando ainda no n.º3 do artigo 27.º da CRP que, as restantes situações excecionais deverão respeitar sempre o princípio da reserva da Constituição, ou seja a proibição apenas é aplicável nas situações nos números 2 e 3 do referido artigo.

CONCLUSÃO

Com o término da presente dissertação, é possível verificar que o Direito à Saúde em termos conceptuais integra diferentes dinâmicas no que diz respeito ao “*imperativo da saúde e da justiça sanitária*” originando uma direta influência no conceito em si previsto pela OMS que vem trazer uma dupla interpretação do mesmo que se traduz em interpretar o conceito enquanto bem estar geral que promove uma saúde focada na responsabilidade individual ou numa perspetiva de existência de doença e do respetivo tratamento que origina uma atuação das autoridades de saúde pública em que se deverá ter em conta a prioridade da pessoa individual e dos respetivos direitos e liberdades basilares a esta associados, tendo especial enfoque no valor da dignidade pessoa humana que no qual a CRP concede um valor supremo e um valor imperativo de proteção por parte do legislador perante a necessidade de restrição de direitos fundamentais aos cidadãos, sendo que a mesma (restrição) deverá respeitar os alicerces do Estado Social.

Neste âmbito a doutrina, defende que perante a proteção de valores de âmbito individual como a autonomia e a liberdade, deverão existir limites para sua defesa perante a necessidade de proteção do interesse coletivo traduzida numa ponderação equilibrada dos diferentes interesses para o qual o Estado assume um papel preponderante e que se vem a refletir na aplicação de normas que deverão imperar pelo respeito pelos princípios basilares da norma constitucional portuguesa, no caso a razoabilidade e a proporcionalidade, sempre que exequível¹⁶⁵.

Torna-se por isso fundamental a salvaguarda do elemento de ponderação de equilíbrio em que perante os diferentes interesses, os indivíduos não deverão ser considerados um instrumento do Estado nem este deverá se sobrepor aos direitos individuais.

Para o mesmo contribui nomeadamente, a CDFUE que enquanto instrumento normativo europeu trouxe uma fundamentalização material e formal dos direitos na UE contribuindo para constitucionalização em sentido formal na UE nomeadamente refletida numa garantia de separação de poderes e de uma proteção dos direitos e liberdades fundamentais, no qual se inclui o direito à saúde.

¹⁶⁵ Gomes, C. A. (1999). *Defesa da Saúde Pública VS. Liberdade Individual: Casos da Vida de um Médico de Saúde Pública*. Centro de Investigação de Direito Público – Instituto de Ciências Jurídico - Políticas. p.24.

Todavia ao analisarmos o sucedido em Portugal decorrente das consecutivas declarações e prorrogações do estado de emergência devido à situação de crise pandémica decorrente da COVID-19, constatamos que o Estado promoveu uma progressiva aplicação de medidas de carácter restritivo no âmbito do exercício dos direitos fundamentais e um consequente fortalecimento do papel das autoridades administrativas, no qual se inclui o Governo e que se veio traduzir numa supremacia jurídica problemática em termos legais e numa adoção por via regulamentar de um diploma que se centrou em matérias de natureza fundamental, criando um cenário normativo questionável e que alguma doutrina qualifica como constitucionalmente problemático tendo em conta a não ponderação dos limites constitucionais que são necessários cumprir no âmbito da restrição de direitos.

Nesse âmbito uma das questões mais sensíveis de acordo com a doutrina diz respeito ao PR que através do decreto presidencial que instituiu o estado de emergência constitucional não definiu quais os direitos e os respetivos limites para a aplicação de restrições o que deu origem a uma “transferência” para o Governo dessa competência e que trouxe à tona fragilidades no sistema normativo do Estado de Direito.

Exemplo disso diz respeito aos decretos do PR que ao instituir a suspensão do exercício de determinados direitos, é necessário proceder à respetiva análise e enquadramento sobre a qual a Constituição prevê a reserva da competência de suspensão de DLG ao Presidente da República enquanto único órgão de soberania com poderes para promover a exclusão de alternativas de aplicação de normas constitucionais e consequentemente cabendo ao Governo a respetiva execução das mesmas.

Contudo apesar do referido, verificamos através da doutrina que o PR em sede de decreto presidencial referente ao estado de exceção instituído em março de 2020 que o mesmo não promoveu apenas o poder de execução ao Governo da suspensão do exercício de direitos fundamentais. Permitindo também a este órgão de soberania a criação de normas referentes à suspensão do exercício de direitos fundamentais e que se verifica em sede de Decretos-lei sobre o referido tema promovidos em 2020. Perante o referido, vale sublinhar e evidenciar o estabelecido pelo legislador constitucional no n.º2 do artigo 111.º da CRP, que prevê que “nenhum órgão de soberania (...) pode delegar os seus poderes noutros órgão, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei.”

Sendo que para além do referido, verificamos através da norma constitucional que deverão ser respeitados diferentes princípios constitucionais, dos quais se destacam o princípios da separação de poderes, do interesse público e da eficiência.

Esta delegação de poderes causa de acordo com a doutrina, um elevado grau de discricionariedade no que diz respeito ao Governo tendo em conta estarem em causa direitos fundamentais bem como o contexto de estado de exceção que deverá cumprir o procedimento parlamentar, no qual está subjacente o princípio da reserva absoluta, no qual a Assembleia da República é o único órgão de soberania competente para legislar sobre a matéria em causa.

Estando em causa neste sentido, questões como as referentes à explicação necessária no âmbito da delegação de competências na matéria em causa ao Governo em detrimento da Assembleia da República, este último que promove um garante da representação de decisão das decisões e ainda pelo facto de ser este o órgão que detém o poder de legitimidade concedido pelo povo.

Dentro deste âmbito importa referir que no âmbito do estado de calamidade pública, ao estarmos perante a existência de uma propagação acelerada de uma doença considerada contagiosa, exige um tratamento técnico especializado com vista a uma célere adaptação da realidade existente, o que faz com que o referido ponto argumentativo promovido pela doutrina possa ser percecionado como favorável para a existência de delegação de competências para o Governo.

Contudo e apesar da hipótese anteriormente colocada, aferimos que a doutrina prevê que perante a existência de eventual delegação da referida competência para o Governo origina a um retirar do conteúdo e alcance dos princípios jurídicos que apoiam a conservação das competências junto do Presidente da República ou da sua concessão à Assembleia da República.

Ou seja perante a indispensabilidade de uma “proteção dinâmica dos direitos fundamentais” que deverá imperar por exemplo, no âmbito do direito à liberdade previsto no n.º1 do artigo 27.º da CRP em que apesar dos decretos do PR não preverem a suspensão expressa do referido direito, permitiram que as autoridades poderiam promover “o confinamento compulsivo no domicílio em estabelecimentos de saúde ou noutro local”¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Bargado, G. (2020). O Estado de Exceção Constitucional – Teoria e prática. *Revista O Direito* 152, (2), 299-300.

Neste âmbito verifica-se que a norma constitucional não prevê a aplicação de “quarentenas gerais e obrigatórias de não doentes ou o internamento compulsivo de doentes” permitindo apenas “a suspensão parcial das garantias individuais que decorrem do art. 27.º (...) através da declaração do estado de emergência”¹⁶⁷ referente ao “direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar”

Por conseguinte e por tudo o que foi referido verifica que a pandemia trouxe à sociedade diferentes impactos para o presente e para o futuro na medida em que, apesar de todas as medidas restritivas de DLG terem como propósito o combate da situação de pandemia trouxe aos cidadãos questões sobre a correta aplicação legal das referidas medidas restritivas, nomeadamente por doutrinários verificarem que as mesmas colocaram em causa a Lei Fundamental materializada na abertura de exceções juridicamente permeáveis à dúvida constitucional.

¹⁶⁷ NOVAIS (2020), *Apud*, Bargado, *Op. cit*, p.300.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

António, I. (2022). A “Autodeterminação do Doente” enquanto novo paradigma da medicina e o consentimento informado como seu instrumento concretizador: alguns casos especiais de consentimento. *Universidade do Minho*, 448. <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.24>

ABRANTES, José João; MACHETE, Pedro; MATA-MOUROS, Maria de Fátima; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 660/2021 (1.ª Secção), de 29 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210660.html>. p.1.

ABRANTES, João José; PEREIRA, José Teles; URBANO, Maria Benedita; MACHETE, Pedro; CAUPERS, João Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 87/2022 (1.ª Secção), de 1 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220087.html>. p.1.

Abreu, C.M.V de M. B. de. *Estado de Crise Sanitária: Da Emergência Constitucional à Emergência Administrativa no Contexto da Pandemia da Covid-19*. [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]. Repositório científico da UC. <https://hdl.handle.net/10316/98827> . pp. 23, 25-26, 31, 33-35..

Bargado, G. (2020). O Estado de Exceção Constitucional – Teoria e prática. *Revista O Direito* 152, (2), 279-284, 288-289, 292, 299-300.

Botelho, C. S. (2020). Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência. Em C. Amado Gomes & R. Pedro (Eds.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção* (pp. 32-35, 47-95). AAFDL.

Campos, R. C. B. (2021). Cultura de Paz e direito à saúde. *Galileu – Revista de Direito e Economia*, XXII, 36. <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1.3>

Candeias, M. M. A. (2015). O Direito à Saúde no Direito Internacional dos Direitos Humanos e a escassez de Recursos do Estado Social de Direito no séc. XXI: - Uma ponderação

necessária? *Revista RJLB*, (3), 1121-1122, 1125-1130 e 1137-1138.
https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_1119_1244.pdf

CANOTILHO, Mariana; RAMOS, António José da Ascensão; DIAS, José Eduardo; RAIMUNDO, Maria Assunção; MACHETE, Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 489/2022, de 14 de junho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220489.html>. p.1.

CANOTILHO, Mariana; RAMOS, António José de Ascensão; DIAS, José Eduardo Figueiredo; RAIMUNDO, Maria Assunção; MACHETE, Pedro. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 490/2022 (2.ª Secção), de 14 de julho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220489.html>. p.1.

Carvalho, A. & Carvalho, G. S. de (2006). *Educação para a Saúde: conceitos, práticas e necessidades de formação*. Lusociência. <https://hdl.handle.net/1822/5396>. pp. 5-7.

Castro, R. B. (2022). O Princípio da Garantia do Equilíbrio Institucional de Poderes como Limite Negativo Intangível da Constituição Portuguesa de Emergência. Em F. Pereira Coutinho; D. Lopes; C. Santos Botelho (Eds.), *O Direito Público e a Crise Pandémica* (1ª ed., pp.77- 114). Nova School of Law.

Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais. (2000). *Questões substantivas que se planeiam na aplicação do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (Comentário Geral nº 14). Conselho Económico e Social da ONU. <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/comentariogeral14.pdf> . pp. 3 e 4.

COSTA, Joana Fernandes; MESQUITA, Maria José Rangel de; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; CAUPERS, João. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 500/2021 (3.ª Secção), de 9 de junho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210500.html> . p.1.

Daroit, A. P. & Maas, R. H. (2019). A Proteção Interamericana do Direito Humano e Social à Saúde. *R. Dir. sanit.*, 20, (1), 23-24. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v20i1p13-31>

Duarte, L.N. (2016). *A Justiciabilidade dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em particular do Direito à Saúde* [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa]. Repositório da Universidade Nova. <http://hdl.handle.net/10362/19526>. pp.18-19.

Estrela, M. B. (2022). *A restrição de Direitos, Liberdades e Garantias por via regulamentar em contexto de Pandemia*. [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Católica]. Repositório da UCP. <http://hdl.handle.net/10400.14/40165> . pp.9 e 25.

Fachin, J. & Fachin Z. (2020). Direitos Humanos em Norberto Bobbio: A Trajetória de uma Utopia em Busca de Concretização. *Revista Jurídica Unicuritiba*, 3 (60), 122 e 124.

Furtado, C. & Pereira, J. (2010, julho). Equidade e Acesso aos Cuidados de Saúde. *Escola Nacional de Saúde Pública*, 4.

Gomes, C. A. (1999). *Defesa da Saúde Pública VS. Liberdade Individual: Casos da Vida de um Médico de Saúde Pública*. Centro de Investigação de Direito Público – Instituto de Ciências Jurídico - Políticas. pp. 10-12.

Gouveia, J.B. (2023). A Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias. *Direitos Fundamentais – Teoria Geral e Dogmática Constitucional*. Almedina. pp. 366-368.

Gouveia, J.B. (2023). *Direitos Fundamentais – Teoria Geral e Dogmática Constitucional*, pp. 336, 344, 337, 353-355, 358. Almedina.

Gouveia, J.B. (2020). *Estado de Emergência – Covid-19 Implicações na Justiça*. Centro de Estudos Judiciários. pp. 39-40

Lany, M.; Roldan, R.; Hanh, M. M. (2018). O Direito à Saúde como Direito Humano e Fundamental. *Revista UNIVEM*. (17), 44.

Leão, A. C.; Coutinho, J. F.; Neto, L. & Neves, I. (2019). *Declaração Universal dos Direitos Humanos: Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Anotações pelos estudantes da*

Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Reitoria da Universidade do Porto.
<https://hdl.handle.net/10216/119754> . pp. 26-28 e 283.

Leão, A. C. (2006). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Protegendo os Direitos a um nível multidimensional. *Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa*. 57-58. <https://hdl.handle.net/10216/23815>.

Maduro, M.P. (2005). Carta dos Direitos Fundamentais: limite ou instrumento do processo de integração europeia. *infoeuropa biblioteca*, 74.
<https://infoeuropa.mne.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibimg.aspx?doc=20525&img=880>

Martins, J. C. & Afonso, Igor V. de L. (2020). O Direito e Acesso à Justiça Efetiva e em Tempo Razoável e o Pacto de San José da Costa Rica na Proteção do Direito à Saúde. *Scientia Iuris, Londrina*, 24, (2), 91-92.
<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/39174/27748>

Martins, A. M. G.(2020, abril). O impacto da Covid-19 nos Direitos Humanos – A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. *Revista Eletrónica de Direito Público*, 7 (1), 163-164.

Miranda, J. & Medeiros, R. (2007). *Constituição da República Portuguesa – Anotada: Vol. I*. Coimbra Editora. pp. 159-163.

Miranda, J. & Medeiros, R. (2007). *Constituição da República Portuguesa – Anotada: Vol. III*. Coimbra Editora. p. 652, 654-655, 661.

MOREIRA, Vital; GODINHO, José Magalhães; CAMPINOS, Jorge; ALMEIDA, Luís Nunes de; MATEUS, Raul; BRITO, Mário de; DINIZ, Antero Alves Monteiro; FONSECA, José Martins da; AROSO, Joaquim Costa; COSTA, José Manuel Cardoso da; BENTO, Messias; GUEDES, Armando Manuel Marques. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 39/1984 (Plen.), de 11 de abril. Disponível em:
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. p.1.

Monteiro, S. S. & Cebola, C.M. (2021). A Pandemia Internacional ocasionada pela doença covid-19 e o Estado de Emergência em Portugal: incursão nos efeitos do confinamento. *Revista Práxis, Novo Hamburgo*, 18, (2), 13. <https://doi.org/10.25112/rpr.v2i0.2478>

Novais, J. R. (2021). *Limites dos Direitos Fundamentais – Fundamento, Justificação e Controlo*. Almedina. pp. 213- 217, 227, 235-236, 238-241.

Novais, J. R. (2003). *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra Editora. pp. 93-94, 96-99, 769-771, 774, 764.

Novais, J. R. (2020). Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia Covid-19. *Revista Electrónica de Direito Público*, 1, (7), 89-90 e 92.

Nunes, J. A. (2009). Saúde, direito à saúde e justiça sanitária. *Revista Crítica de Ciências Sociais (online)*, (87), 143.

Oliveira, A. A. S. de (2010, janeiro-março). Direito à Saúde: conteúdo, essencialidade e monitoramento. *Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, (48)*, 94-99. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24876.pdf>

Poiars, N. C. L. de B. (2018). Serviço Policial e Direito da Saúde. *Pensar Enfermagem*, 22, (1), 77. <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/34096/1/Servi%C3%A7o%20Policial%20e%20Direito%20da%20Sa%C3%Bade.pdf>

Petit, J. M. (2020). *Direitos Cíveis e Políticos*. Em F. Andreu-Guzmán... (et al.); C. Steiner & M. C. Fuchs (Eds.), *Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Comentário* (2ª ed., p. 441). Tirant lo Blanch.

Piovesan, F. & Freitas, D.C. de (2018). O Pacto de San José da Costa Rica e a Jurisprudência Interamericana em matéria de Direito à Saúde. *Revista do Direito*, (54), 206. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v1i54.11843>

Rocha, E. (2017). Saúde e objetivos de desenvolvimento sustentável. *Revista Factores de Risco*, (45), 12. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31353/1/Saude_e_objetivos.pdf

Rodrigues, C. & Campina, A. (2022). O Direito à Saúde e o SNS em Portugal – Uma interpretação de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Constituição da República Portuguesa. *RJLB*, (4), 768-769, 778-779. https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/11241/1/2022_04_0765_0793.pdf

Rosário, P. T. do (2020). Os Direitos Fundamentais e a Pandemia Covid-19 – O Cidadão Deficiente e o Terceiro Sector. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais*, 1, (1), 63-66.

Santos, L. (2011). *Os Direitos Fundamentais na União Europeia – As alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa*. [Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito – Universidade do Porto], Repositório Aberto da Universidade do Porto. <https://core.ac.uk/download/pdf/143397121.pdf>. p. 38 e 45.

Schramm, F. Roland ; Simas, L.; Ventura, M. & Pepe, V. Lúcia Edais (2010). Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Revista de Saúde Coletiva*, 20 (1), 83-84.

Stein, F. T. (2019). *O Direito social à saúde e sua proteção pelo Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos*. [Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Santa Cruz do Sul]. Repositório UNISC. <http://hdl.handle.net/11624/2603>. pp. 57-58.

Souza, A. P. de J. & Dias, C. A. G. C. (2020). A Proteção Interamericana do Direito à Saúde e o novo movimento transnacional: um diálogo entre ordens jurídicas nacionais e internacionais. *Revista Videre*, 12, (25), 168. <https://doi.org/10.30612/videre.v12i25.11762>.

Tribunal Constitucional. (2022). *Acórdãos do Tribunal Constitucional relativos à pandemia de Covid-19. Repartição de competências entre a Assembleia da República e o Governo na tipificação durante a vigência do estado de emergência e do estado de calamidade*. https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/file/dossier_covid_outubro2022.pdf?src=1&mid=6909&bid=5516. p.1.

Vale, L. A. M. M. do (2012). O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35.º da CDFUE (cont.). *Revista do hospital de crianças Maria Pia*, 1, (1), 45-46 e 50.

Ventura, C. S. (2000, maio). Parecer sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. *Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, (1), 9-10.

Viana, S. (2022, junho). *Reserva de Lei em Tempos de Pandemia - Atuação Administrativa do Governo na Gestão da Crise Pandémica*. [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica]. Repositório da UCP. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/39724/1/203138082.pdf> . pp. 13-17, 23-24 e 31.

Talanceiro, R.T. (2020). Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da Covid-19. Em P. Infante Mota; C. Monteiro Pires; R. Tavares Lanceiro & F. Rodrigues Rocha (Eds.), *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (1ª ed., pp. 717-727). Lisbon Law Review.