

A crise sanitária e os problemas da excecionalidade normativa: reflexões juspublicísticas

Ana Raquel Gonçalves Moniz

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. O PRESSUPOSTO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ATORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS... EM TODOS OS CENÁRIOS; EM PARTICULAR, A SAÚDE COMO TAREFA PÚBLICA. III. AS CIRCUNSTÂNCIAS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS: OS ESTADOS DE EXCEÇÃO E AS MEDIDAS DE AFETAÇÃO DOS DIREITOS. 1. Os direitos fundamentais: da normalidade à exceção. 2. A centralidade do Executivo. 3. Os “remédios” dos direitos fundamentais. IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS (OU PRELIMINARES?): A PANDEMIA E O REGRESSO DAS REFLEXÕES SEMINAIS DO DIREITO PÚBLICO

I. INTRODUÇÃO

A tutela do bem jurídico-constitucional *saúde pública* e a sua epitomização num direito (objetivo) da saúde demonstrou a respetiva transversalidade (ou horizontalidade) e, no contexto do combate à pandemia, penetrou todas as dimensões normativo-sociais^[1] e todos os ramos jurídico-dogmáticos^[2]. Todavia, talvez nenhuma

[1] Cf., *in g.*, EDUARDO VERA-CRUZ, «O Direito Após a Pandemia COVID-19: Os Binómios Fundamentais», in: *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 1, ano LXVI, 2020, pp. 187 e ss.

[2] Aliás, as circunstâncias atuais demonstram, com clareza, uma certa

autonomia do direito da saúde, enquanto implica uma compreensão diferente ou renovada a institutos jurídicos já estabilizados (assim, MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 15), atingindo, sob a nossa perspectiva inte-

ressada (embora não exclusivamente, em virtude da interdisciplinaridade predicativa do direito da saúde), no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

matéria venha sentindo (pelo menos, com esta crescente intensidade) os influxos causados pela crise pandémica como o Direito Público. Tal resultou não só da circunstância de o cerne das preocupações dos poderes públicos se concentrar na realização do direito à proteção da saúde (e do impacto nos serviços de saúde, enquanto mecanismo privilegiado dessa proteção^[3]), mas também (e como uma importância absolutamente não despicienda) do facto de a garantia da saúde pública e as medidas de prevenção e combate à COVID-19 haverem implicado uma afetação de diversos direitos fundamentais.

Neste horizonte, a convocação do(s) instituto(s) do estado de exceção representou um problema transversal a vários ordenamentos jurídico-constitucionais de matriz ocidental. As dificuldades têm, aqui e além, emergido nos vários Estados, assistindo-se a um *crescendo* no que tange à reação jurisdicional^[4] dirigida pelos titulares dos direitos contra as diversas medidas adotadas ao abrigo do(s) estado(s) de exceção declarado(s). As questões agudizam-se, sobretudo, quando consideramos que a operacionalização normativa, mas também individual e concreta, das medidas de prevenção e combate à pandemia decorreu, em especial (ainda que não exclusivamente), de atuações jurídico-administrativas, que determinaram restrições jusfundamentais várias.

[3] Em Portugal, o direito à saúde pressupõe a existência de um serviço nacional de saúde, incumbindo constitucionalmente ao Estado a garantia de acesso de todos os cidadãos a cuidados de medicina (cf. artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa – CRP). Idêntica ideia decorre quer do n.º 1 da Base 6 da *Lei de Bases da Saúde* (LBS, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de

4 de setembro), onde expressamente se proclama que «a responsabilidade do Estado pela realização do direito à proteção da saúde *efetiva-se primeiramente através do SNS e de outros serviços públicos*», quer do n.º 1 da Base 20 do mesmo diploma, quando afirma que o SNS «*efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde*» (itálico nosso).

[4] Não se ignora a emergência de outras formas de reação (designadamente, através do direito de manifestação); todavia, estas extravasam o âmbito de análise do presente texto.

II. O PRESSUPOSTO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ATORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS... EM TODOS OS CENÁRIOS; EM PARTICULAR, A SAÚDE COMO TAREFA PÚBLICA

O entendimento segundo o qual Administração deve ter *acesso direto* à Constituição exige que esta se compreenda como adequado intérprete das normas constitucionais, bem como da respetiva realização no caso concreto.

A subordinação constitucional da atividade administrativa (o princípio da constitucionalidade da Administração) atinge a respetiva sublimação quando se considera que a perceção da Constituição como “lei maior” (*higher law*) leva, de alguma forma, ínsita a ideia de que cabe àquela definir os fundamentos axiológicos-jurídicos em que repousa, em termos mais próximos ou mais longínquos, a ação da Administração Pública. Eis-nos diante de uma ideia que se reveste de particular importância no contexto da promoção dos direitos fundamentais.

O “constitucionalismo administrativo”^[5] constitui uma particular expressão do princípio da constitucionalidade da Administração, que, no seio da doutrina anglo-saxónica (em especial, norte-americana), defende o “acesso direto” à Constituição pela Administração, cometendo a esta últimas responsabilidades ativas no que tange à interpretação e implementação dos princípios e imperativos constitucionais^[6]. Trata-se de uma conceção que, visando

[5] Sobre o constitucionalismo administrativo, v. também o nosso trabalho «O *Administrative Constitutionalism*: Resgatar a Constituição para a Administração Pública», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, *Studia Iuridica* 106, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 387 e ss., que recuperamos em parte.

[6] LEE («Race, Sex, and Rule-making: Administrative Constitutionalism and the Workplace, 1960 to the Present», in: *Virginia Law Review*, vol. 96, 2010, pp. 801, 806 e s.) sugere justamente que o *punctum saliens* do *administrative constitutionalism* não reside na afirmação da subordinação administrativa à Constituição, funcionando esta como limite (negativo) da

atuação da Administração, mas antes na autonomia da interpretação e da implementação administrativas da Constituição e no modo como estas duas tarefas se refletem na ideia do *government by Constitution*.