

Pandemia e Direito Internacional

Há três anos e meio dificilmente se poderia antever a devastação causada pelo surto de Covid-19, que custou milhões de vidas em todo o mundo e ameaçou redundar no colapso dos sistemas de saúde e económicos um pouco por todo o mundo, com muitos sacrifícios sociais, e que também colocou em dúvida o rigor de sistemas jurídicos e a robustez do estado de Direito. Para apenas mencionar alguns exemplos de vítimas reais ou putativas da pandemia no quadro internacional, no tempo imediato do surto ou até com efeitos protraídos para lá da sua ocorrência, mencionem-se os exemplos de alguns dos bens públicos internacionais mais destacados do mundo que emergiu da II Guerra Mundial e do seu Direito, como o comércio, os direitos humanos, a circulação de pessoas, a aviação civil, até a integração regional na Europa. E, contudo, as epidemias, algumas bem mortíferas, são fenómeno recorrente, parte integrante da história da humanidade e certamente uma probabilidade acrescida com a globalização. Por muito que mal se sofra agora ter de passar de novo por experiência semelhante, a ocorrência de uma nova pandemia viral permanece uma possibilidade, um risco latente*- recordando-nos que, como alerta Ulrich Beck, efetivamente vivemos em tempos e sociedades de risco*. A pandemia do "coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2" (sars-CoV-2*) colocou problemas sem precedentes à maioria dos regimes políticos, institucionais e jurídicos, tanto no plano nacional como internacional, cuja caracterização, avaliação e resposta* permanece ainda inacabada ou por fazer. No quadro do Direito Internacional, parece-nos em especial oportuno proceder a uma caracterização e avaliação, essencialmente retrospectiva de quais são os instrumentos normativos aplicáveis a problemas do mesmo tipo daqueles que a experiência da pandemia permitiu identificar, quais as regras do direito internacional que abordam direta ou indiretamente a prevenção e a resposta* a uma epidemia, quais as obrigações internacionais que este sistema de regras impõe aos Estados, bem como se figura a articulação destas com os poderes desse outro ator crescentemente relevante nas relações internacionais contemporâneas que é a Organização Internacional, no caso a Organização Mundial de Saúde.*

Palavras-chave

cooperação – Covid-19 - diligência devida - direito internacional - direito internacional das catástrofes - direito internacional dos direitos humanos - emergência de saúde pública - epidemias – Estados – Organização Mundial de Saúde - mitigação -pandemia- prevenção – recomendações temporárias - Regulamento Sanitário Internacional

Introdução

A experiência da COVID-19 e da gestão da pandemia* tem constituído oportunidade para recolher lições valiosas sobre como a comunidade internacional e o Direito Internacional devem lidar com riscos ou problemas reais de saúde pública à escala planetária, *problemas de natureza pandémica.

Mas o que é, afinal, uma pandemia? Recorrendo a técnica comum de abordagem de problemas no plano internacional*, a que, desde logo, as suas instâncias adjudicativas, como o Tribunal Internacional de Justiça, se não furtam*, e que passa por recolher indicações fundamentadas* em dicionários de referência*, verificamos que a palavra transporta referências* a totalidade (*pan*) e a povo (*demos*). Estes mesmos instrumentos de

apoio à caracterização do problema* dizem-nos, pois, que epidemia é uma doença infecciosa que se transmite e espalha em larga escala, por vários continentes ou mesmo o mundo*. O termo “*pandemia*” diz, pois, respeito à distribuição geográfica de uma doença, que não à sua gravidade. A designação implica o reconhecimento de que, nesse momento, e durante o período prévio à sua erradicação, existem surtos de doença* em vários países e regiões do mundo. Associa-se-lhe ainda ideias de perturbação* dos sistemas de saúde, e que a essa doença se ligam alta morbilidade e alta mortalidade, o que causa séria perturbação das economias e das sociedades, ou ainda que situações desta natureza requerem uma colaboração eficaz, tanto num plano nacional como a nível global, para controlo da mesma. A este conceito outro se associa*, que reenvia ainda para o plano factual, mas agora também o plano normativo, e que é o conceito de “*emergência de saúde pública de âmbito internacional*”. De acordo com a definição do artigo 1* do Regulamento de Saúde Internacional de 2005 (doravante: RSI)*, é este um “*evento extraordinário que constitui risco de saúde pública para outros Estados através da transmissão internacional e requer resposta internacional e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata*”¹. A definição de emergência de saúde pública de âmbito internacional (doravante: ESPI) constante do artigo 1.º centra-se no carácter extraordinário do acontecimento, no risco de propagação internacional da doença, e na necessidade de uma resposta internacional coordenada. A definição é geral e flexível, embora também, de certa forma, vaga. Justifica-o o propósito de permitir a adaptação a uma gama imprevisível de acontecimentos e contextos factuais específicos²12. A base jurídica para a determinação

¹ Regulamento Sanitário Internacional (RSI), de 2005, no texto emendado pela terceira revisão de 2016, UNTS, vol. 2509, p. 79.

² O artigo 5, n. 2 do RSI prevê a possibilidade de diferenciação nas exigências normativas que estatui, nomeadamente através da prorrogação dos prazos para o cumprimento de obrigações no caso de Estados

de uma ESPI é o artigo 12 da Constituição da Organização Mundial de Saúde (doravante OMS*). O procedimento a seguir para a sua declaração, prevista no artigo 15 do RSI, é regulado pelo artigo 49 do RSI, sendo que o Estado em cujo território ocorreu o “evento” ou surto tem de ser envolvido* no mesmo e consultado, de acordo com o estatuído no artigo 12, parágrafo 2 do RSI.

História

Em 31 de dezembro de 2019, a OMS foi alertada sobre vários casos de pneumonia de etiologia desconhecida detetados na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China³.

Na origem estava um novo tipo de coronavírus*, um coronavírus que não havia sido identificado antes em seres humanos. Os coronavírus estão espalhados pelo planeta. Eles são a segunda principal causa de constipação* comum (após os rinovírus*) e, até às últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves* em humanos. Mais recentemente, contudo, sete coronavírus humanos (HcoVs) causaram apreensão de um ponto de vista de saúde global, tendo sido objeto de identificação pela Organização Mundial da Saúde (OMS): HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa a síndrome respiratória do Oriente Médio). O mais recente é justamente o novo coronavírus* que, no início, foi

mais frágeis. Sobre o assunto, Pedro Villareal, “Differential Treatment in the International Health Regulations: towards a more nuanced perspective”, in Florian Steger *et al.* (eds.), *Migration and Medicine*, Freiburg, 2020, Karl Alber, pp. 157-171.

³ Sob o título ‘*Disease outbreak news: Pneumonia of unknown cause – China, 5 January 2020*’, consta do sítio ‘web’ da OMS que (tradução nossa) “A 31 de Dezembro de 2019, o Gabinete da China da OMS foi informado de casos de pneumonia de etiologia desconhecida (causa desconhecida) detetados na Cidade de Wuhan, Província de Hubei, da China”.

temporariamente nomeado 2019-nCoV⁴, e que, em 11 de fevereiro de 2020, passou a ser denominado SARS-CoV-2*.

Foi uma semana depois de terem detetado o surto⁵, em 7 de janeiro de 2020, que as autoridades chinesas identificaram o novo tipo de coronavírus*. Este novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19.

Foi esta doença que o Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde⁶, após consulta de Comité de Emergências⁷, no dia 30 de janeiro de 2020, em Genebra, na Suíça⁸, fazendo uso da sua competência própria para tal, declarou como emergência de saúde pública de âmbito internacional (doravante: ESPI)*, o mais alto nível de alerta da Organização, de acordo com o que o Regulamento Sanitário Internacional (doravante: RSI*) prevê.

Essa decisão, nos termos também do previsto no RSI, buscou facilitar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global necessárias para interromper a propagação do vírus. Para o efeito, adotou* recomendações temporárias, incluindo medidas de saúde a serem implementadas pelo Estado parte onde ocorre a ESPI – ou por outros Estados Partes conforme a situação* – para prevenir ou reduzir a propagação mundial de doenças e evitar perturbações desnecessárias do comércio e do tráfego internacionais. Essas recomendações

⁴ Vide declaração do Diretor-geral da OMS no comité de emergência do RSI sobre o novo coronavírus (2019-nCoV) in <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/en/>.

⁵ Cf. *supra* nota *.

⁶ A responsabilidade de se determinar se um evento constitui uma ESPI cabe ao diretor-geral da OMS (a base jurídica é o artigo 15 do RSI e requer a convocação de um comité de especialistas, chamado “*Comité de Emergências do RSI*”. O procedimento a seguir está regulado no artigo 49 do RSI*.

⁷ De acordo com o procedimento definido pelo artigo 49 do RSI, esse comité dá um parecer ao diretor-geral* sobre as medidas que recomenda que sejam promulgadas em situação de emergência: são as “*recomendações temporárias*”.

⁸ Cfr: <https://www.paho.org/pt/news/31-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>

temporárias visam prevenir ou reduzir a propagação internacional da doença e evitar interferências desnecessárias no tráfego internacional ⁹ ¹⁰ ¹¹.

Mais amplamente, desde que foi informada do surto, a OMS trabalhou* com as autoridades chinesas e demais autoridades sanitárias nacionais e especialistas globais para aprender mais sobre o vírus, como ele afeta as pessoas que estão doentes, como estas podem ser tratadas e o que os Estados podem empreender para responder a esta emergência.

Já a identificação da Covid-19 como pandemia* ocorreu por declaração* de 11 de março de 2020*.

Também foi o Diretor Geral da OMS que deu a doença por terminada em maio de 2023*.

A epidemia Covid-19 não é a primeira com que a Humanidade se confrontou*, e, com certeza, não será a última. Sem preocupações de exaustividade, perduram na memória coletiva: a praga ou peste negra* do século XIV*, a gripe espanhola de 1918, a síndrome* de imunodeficiência adquirida HIV/AIDS de 2009, a gripe H1N1*.

De igual sorte, é a sexta vez na história da Humanidade que uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional* é declarada. As outras instâncias de ESPI precedentes foram: pandemia de H1N1, declarada a 25 de abril de 2009; poliovírus, declarado a 5 de maio de 2014; Ébola, na África Ocidental, declarado a 8 de agosto de

⁹ As recomendações temporárias feitas pelo Diretor-Geral da OMS aos Estados membros da OMS foram emitidas regularmente desde a declaração da ESPI, a 30 de janeiro de 2020. Anne Peters*, *idem ibidem*, p. 5, afirma que essa regularidade foi de “*intervalos de aproximadamente 3 meses*”. Versaram, *inter alia*, sobre estratégias estaduais de resposta, comunicações estaduais, movimento internacional de pessoas e de bens.

¹⁰ O Artigo 15 do RSI autoriza o Diretor-Geral a emitir recomendações temporárias aos Estados-Membros, com base nas recomendações do Comité de Emergências.

¹¹ *Vide*, por exemplo, [https://www.who.int/News/item/13-04-2022-statement-on-the-eleventh-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/News/item/13-04-2022-statement-on-the-eleventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic).

2014; zika, declarado a 1 de fevereiro de 2016; ébola, na República Democrática do Congo, declarado a 18 de maio de 2018*¹².

A epidemia Covid-19 deve, ademais, ser apreendida como expressão do nosso tempo de globalização¹³ (não só globalização económica¹⁴, como mais habitualmente se representa a globalização, mas também de vírus, por exemplo*, e dos muitos riscos que num tal contexto impendem sobre a Humanidade¹⁵. Juntando-se a esta compreensão a de que, em conformidade com o pensamento de Ulrich Beck, explanado no seu livro *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne* ou *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*, as sociedades contemporâneas, são sociedades de risco, ou seja, comunidades marcadas por imprevisibilidade e incertezas¹⁶, percebe-se a natureza complexa das questões associadas a doença, que vão muito para além de uma questão

¹² Cfr: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>

¹³ Sobre o conceito de globalização, polissémico conteúdo e relevância, em especial para o ordenamento jurídico internacional, permita-se-nos a remissão para: Paulo Canelas de Castro, “Globalisation and its Impact on International Law: Towards an International Rule of Law?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, vol. 20, 2006, pp. 223-282; “Globalização e Direito Internacional: Recurso ao Estado de Direito nas Relações Internacionais?”, in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Várias, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, pp. 759-824; “Direito Internacional na Era da Globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional”, in AaVv (eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Gomes Canotilho no seu 80. Aniversário*, Belo Horizonte, 2021, Forum, pp. 927-1004*; “The Dramatis Personae of International Law in the Era of Globalisation”, in Julien Chaisse e Oana Stefan (eds.) *Advancing the Method and Practice of Transnational Law*, Hart, 2023, pp.19-56

¹⁴ “Globalisation and its Impact on International Law: Towards an International Rule of Law?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, vol. 20, 2006, pp. 223-282; “Globalização e Direito Internacional: Recurso ao Estado de Direito nas Relações Internacionais?”, in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Várias, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, pp. 759-824;.

¹⁵ Sugestivamente, Anne Peters chama-lhe “o epitom*e dos lados negrso da globalização”. Cfr. A. Peters, “International Law between Covid-19 and the next Pandemic”, *Max-Planck Institute for Comparative Law & International Law (MPIL) Research Paper N. 2022-18*, pp. 1-2.

¹⁶ Na teoria de Beck, a sociedade do risco é aquela em que os constantes avanços tecnológicos, científicos e económicos proporcionam um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, mas também impactos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos sujeitos.

técnico-sanitária, ou, de outra forma, o potencial e impactos da Covid-19 que remetem de fato também para a compreensão* das comunidades humanas.

Todas estas notas* colocam a questão fundamental de como gerir o risco, a problemática da gestão do risco. Tal também significa que um fenómeno com tais características interpela o Direito Internacional¹⁷, se não mesmo o Direito da mais plural comunidade internacional global, o que alguns designam o “*Direito global*”¹⁸.*

Quadro jurídico existente

O atual quadro jurídico do Direito Internacional, composto por tratados, costumes e princípios gerais, não é alheio pois ao tratamento do tema da gestão de pandemias, antes fornece diretrizes e obrigações para os Estados lidarem com pandemias.

Tal tratamento jurídico é, porém, plural, um verdadeiro *bric-à-brac* normativo, para retomar a feliz fórmula de Prosper Weil¹⁹ⁱ*. Desde logo, porque o Direito Internacional sobre a matéria é falho de uma fonte única e uniforme, embora isso não implique

¹⁷ Direito Internacional cujas fundações históricas, lembra-o também Anne Peters, *idem*, p. 2, estão indissociavelmente ligadas à globalização e a outras doenças a escala global: “ (...) as fundações do direito internacional fizeram-se por via da infeção *dos outros*. A conquista e colonização, constitutivas do direito internacional como hoje o conhecemos, começaram com zoonoses. Após a chegada de Colombo ao “Mundo novo”, cerca de 90 a 95 por cento das populações indígenas das Américas foram mortas por measles, smallpox**, e influenza transportadas pelos Europeus, todas elas doenças que tinham tido origem em animais”. (tradução nossa). *Vide* também N.D. Cook, *Born to Die: Disease and New World Conquest, 1492-1650*, Cambridge, 1998, Cambridge University Press.

¹⁸ Não cabe no contexto deste trabalho apurar do fundamento ou oportunidade desta diferenciação entre Direito Internacional e Direito Global ou verificar se neste último termo não vai porventura uma hipostização*, quiçá excessiva, de evoluções, mutações do Direito Internacional, desde logo ao nível da subjetividade jurídica internacional. *Vide* o nosso, Paulo Canelas de Castro, *.Francis Snyder

¹⁹ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?” *American Journal of International Law*. 1983.

necessariamente que seja também falho de uno sentido normativo, de substantiva união normativa*.

De entre os diversos *tópoi* normativos que conformam o Direito Internacional das pandemias, destacamos os seguintes*²⁰:

1. **Direito Internacional geral** – com **Princípios gerais de direito internacional**, como o dever de prevenção e notificação de riscos, a obrigação de cooperação internacional e, muito em especial, o princípio do não dano, princípio também do, mais especial, Direito internacional do ambiente*;
2. **Direito Internacional dos Desastres ou das Catástrofes** - enfatiza o dever internacional de redução de riscos de desastres por meio de medidas preventivas, mitigação de impactos e preparação adequada. Isso é particularmente relevante para futuras pandemias, que exigem também cooperação global e fortalecimento de sistemas de vigilância e resposta;
3. **Direito Internacional dos Direitos Humanos** - **tanto os instrumentos convencionais como o direito consuetudinário obrigam o Estado a proteger os direitos humanos dos indivíduos e, por vezes, de alguns grupos sob sua jurisdição contra qualquer ameaça ou dano causado por entidades públicas ou privadas. Estes deveres aplicam-se também em situações de emergência sanitária. Uma pandemia afecta vários direitos humanos, podendo destacar-se os direitos à vida e à saúde;

²⁰ Outros domínios normativos se poderiam arrolar: como, por exemplo, o Direito Internacional Humanitário. *Vide*, por exemplo, Marco Longobardo, “The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law”, *Wisconsin International Law Journal*, 2019, vol. 37, pp. 44, ss; M. Kotlik e H. Kotlik, Covid-19 in Conflict-Affected Areas – Armed Groups as Part of a Global Solution”, *Opinio Iuris*, 4 April 2020; Antonio Coco e Talita de Souza Dias, “Prevent, Respond, Cooperate: States’ Due Diligence Duties vis-à-vis the Covid-19 Pandemic”, *Journal of Humanitarian Legal Studies*, 2020, vol. 11, p. 226.

4. **Direito Internacional da Saúde** - releva, muito em especial, o Regulamento Sanitário Internacional (2005) da OMS, que estabelece regras para prevenir, proteger, controlar e responder às emergências de saúde pública de importância internacional²¹.

Um complexo jurídico integrado para enfrentar Crises Globais**

O mero enunciado destes níveis normativos e ramos do Direito Internacional espelha e conota que, com fenómenos como as pandemias, a sociedade internacional se confronta com desafios caracterizados pela grande complexidade e também de que eles se apresentam interligados com outros problemas*, como catástrofes ambientais e violações de direitos humanos. Torna-se por isso evidente* a necessidade também de uma abordagem holística e integrada no seu tratamento no âmbito do direito internacional. Esta complexidade problemática de base que se reflecte na complexidade normativa que logo se apreende nos diversos ramos desse sistema normativo, nas suas origens distintas, e nas suas tónicas específicas, não prejudica, contudo, que se possam igualmente apreender* **características e princípios comuns** que, mais fundamente*, unem os Estados num programa normativo comum, disciplinador e orientador de esforços conjuntos para proteger a humanidade e o planeta.

²¹ A nível regional, de convenções e acordos regionais, por exemplo o Regulamento Sanitário Internacional (2008) da União Africana*.

Objetivos Convergentes*

O Direito Internacional geral, mas também o seu ramo especial do direito internacional do ambiente, com o seu princípio fundamental do não dano, o direito internacional das catástrofes, o direito internacional de direitos humanos e o Regulamento Sanitário Internacional (RSI) para a saúde global, todos têm como objetivo primordial a proteção contra riscos e impactos adversos, e, desde logo, alguns, a doença, sendo embora que os princípios ou regras dos demais ainda podem valer ou aplicar-se também a respeito de tal realidade. Seja em relação a danos ambientais, desastres naturais ou causados pelo homem, violações de direitos fundamentais ou emergências de saúde pública, todos estes ramos do direito têm, de comum*, a busca da salvaguarda da vida, da dignidade humana e do bem-estar das populações.

Além disso, esses campos jurídicos também compartilham a preocupação com a preparação e a resposta eficaz a crises e situações de emergência. Para além da prevenção, objectivo prioritário, e reconhecendo que a sua prossecução nem sempre garante soluções eficazes, muitos destes complexos normativos também estabelecem mecanismos e diretrizes para uma ação coordenada e oportuna diante de eventos adversos, nomeadamente uma pandemia.

Princípios

Também nestes quadros normativos há a previsão de alguns **princípios** comuns: assim é que, por exemplo, os princípios de prevenção, controle, mitigação de riscos e impactos e da cooperação permeiam estes diferentes ramos do direito internacional. A prevenção é fundamental para evitar ou minimizar danos e riscos, enquanto o controle e a mitigação

visam conter e reduzir os impactos negativos quando eles ocorrem e após a sua verificação. A cooperação, por sua vez, é essencial para uma resposta eficaz e coordenada, transcendendo fronteiras e interesses individuais.

Instrumentos jurídicos

Esses princípios refletem-se depois em **instrumentos jurídicos** como tratados, convenções e protocolos (embora especificamente, poucos*), bem como em *soft law*, projetos da Comissão de Direito Internacional (CDI)*, jurisprudência de tribunais internacionais* e resoluções de organizações internacionais como a ONU e as suas agências especializadas or os seus organismos especializados*, no que pode ser genericamente visto como uma crescente cascata normativa*.

Institucionalização

Dão /deram também lugar a **institucionalização** do regime de Direito. É, em especial, muito visível que, no conjunto deste Direito e nos diversos quadros normativos particulares, a paisagem normativa é habitada e sustentada por diversas Organizações Internacionais, que nela jogam papel importante e que assim acontece até em diversos níveis de organização. A rede de instituições com papel a desempenhar no quadro deste regime conforma uma rede ou infra-estrutura* plural, policêntrica e multinível*. Nela assume papel crucial a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o seu Director-Geral. Mas também nela têm lugar outros órgãos, como o Comité de Emergências do RSI, e, desde logo, órgãos de representação de comunidades epistémicas.*

Substância / Conteúdo

Quanto à **substância** ou **conteúdo**, o que impressiona é que, mau grado este regime comece por aparecer sob o signo da pluralidade, imediatamente representada nas origens diversas, já que se inscreve em ramos diversos de Direito Internacional, a mensagem normativa fundamental que destes emana, é, se não coerente, pelo menos convergente, em propósitos e em orientação.

Construtos jurídicos

Por fim, quanto aos **construtos** ou **estruturas jurídicas** a que este Direito recorre, igualmente impressiona* que as obrigações que são consagradas sejam, comumente, obrigações flexíveis, obrigações de conduta, de diligência devida, embora também *passando pela definição de standards e igualmente assentando na previsão de várias obrigações procedimentais.

Regime Geral* e particular do Direito Internacional do Ambiente*: O princípio do não dano

O princípio de "não causar dano" ou do não dano*, é um princípio consagrado no direito internacional em diversas fontes, inclusive de natureza consuetudinária*²².

²² Vide, em especial, Riccardo Pisillo-Mazzeschi, 'The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States', *German Yearbook of International Law*, 1992, vol. 35 9, 40, 42; Timo Koivurova, 'Due Diligence', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, in <opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034?prd=EPIL> paras 1, 36, 43; Study Group on Due Diligence in International Law, 'Second Report' (International Law Association, Johannesburg, July 2016) <www.ila-hq.org/index.php/study-groups?studygroupsID=63> 2 (doravante: 'estudo ADI').

É uma norma que exige que os Estados tomem medidas razoáveis para prevenir, impedir e reparar danos transfronteiriços significativos que emanem do seu território ou jurisdição e afetem outros Estados ou as suas populações²³.

O princípio resulta de ou foi arguido no quadro de casos célebres como os casos do *Alabama*²⁴, da *Fundição Trail*²⁵, e das *Fábricas de Papel* no Rio Uruguai*²⁶, litígios julgados por tribunais permanentes ou tribunais arbitrais. Também releva o Parecer Consultivo sobre as *Armas Nucleares*²⁷, bem como o trabalho da Comissão de Direito Internacional (doravante: CDI) sobre o Projeto de Artigos de 2001 sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Actividades Perigosas²⁸.

Embora o princípio de não dano tenha sido invocado com mais visibilidade no domínio do Direito e da litigiosidade ambiental*, constitui princípio do direito internacional geral²⁹.

O conceito central de "dano" a que se refere o princípio é suficientemente amplo para abranger as consequências de um surto de doença como o caso da Covid-19³⁰.

A obrigação que firma, exige aos Estados que atuem no sentido definido pelo princípio, independentemente quer da entidade responsável por causar o dano quer da legalidade da

²³ Cfr. 'Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries' *Yearbook International Law Commission*, 2001, vol ii, Part Two, pp. 148–149: art 2 and commentary*.

²⁴ *Alabama - Alabama Claims Arbitration (United States/Great Britain)* (1872), *RIAA*, vol. 29, 127, 129, 131–132.

²⁵ *Trail Smelter Arbitration (United States v Canada)* (laudos de 1938 e 1941 – este último sobre a questão da reparação), *RIAA*, vol. 3, pp. 1903 *et seq.*, *notius* p.1963. O caso foi um precedente fundamental, ao reconhecer a responsabilidade dos Estados por danos transfronteiriços, bem como a obrigação de adotar medidas para prevenir e cessar tais danos.

²⁶ *Pulp Mills - Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Merits) *ICJ Reports*, 2010, 14, 197.

²⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, *ICJ Reports*, 1996, 226 [29].

²⁸ Ver *supra* n 16*.

²⁹ Ver Projeto de Artigos sobre Prevenção, 148-149; *Estudo ADI*, 6.

³⁰ Projeto de Artigos sobre Prevenção, 152-153, art. 2(b), (8)-(9).

conduta ou atividade que o gera³¹. O que significa que vale tanto perante acidentes humanos causados por entidades privadas como perante catástrofes naturais.

De acordo com a CDI, a qualidade de "*significativo*" do dano que desencadeia a aplicabilidade do princípio significa "*algo mais do que "detetável", mas não necessariamente "grave" ou "substancial"*"³². O dever é desencadeado tanto por "*uma baixa probabilidade de se causar danos transfronteiriços desastrosos como por uma alta probabilidade de causar danos transfronteiriços significativos*"³³.

Não há dúvida de que o surto de Covid-19 causou suficientes danos "significativos", incluindo milhões de mortes e outras consequências danosas significativas e mesmo desastrosas; para a saúde, desde logo, mas também para as economias e as sociedades num contexto transfronteiriço³⁴.

³¹ Desta forma, difere do chamado princípio estabelecido pelo Caso do *Canal de Corfu*, que exige que os Estados '*não permitam conscientemente que o seu território seja utilizado para actos contrários aos direitos de outros Estados*', o que pressupõe um ato internacionalmente ilícito. Ver *Caso do Canal de Corfu* (Mérito) *ICJ Reports*, 1949, 4, 22. O caso do Estreito de Corfu ³¹(*Reino Unido vs Albânia*) de 1949 é considerado um marco importante no desenvolvimento e consolidação do princípio do não dano (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) no direito internacional. O caso do Estreito de Corfu definiu que há violação ao princípio da não intervenção quando o Estado territorial tolera ou é aquiescente em relação a ações que causem danos a outro Estado em seu território. Neste caso, o Tribunal Internacional de Justiça defendeu a existência de um dever geral dos Estados de evitar danos transfronteiriços, estabelecendo que "nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso do seu território de uma forma que possa causar danos por fumos no seu ou nomeadamente às propriedades ou pessoas que nele se encontrem, quando o caso acarreta consequências graves". O caso envolveu a explosão de minas no Estreito de Corfu, em águas territoriais albanesas, que danificaram navios britânicos e causaram mortes. O Tribunal mundial determinou que a Albânia era responsável por esses incidentes, por ter conhecimento da presença das minas e não ter advertido os navios britânicos.

³² Projeto de Artigos sobre Prevenção*, 152, art.º. 2º, 4).

³³ *Ibidem* 152, art. 2º, 3).

³⁴ Ver, por exemplo, "Coronavirus: the economic impact" da organização UNIDO, de 7 de abril de 2020 <www.unido.org/stories/coronavirus-economic-impact>; James Banks, Heidi Karjalainen e Carol Propper, 'Recessions and health: the long-term health consequences of responses to the coronavirus' (Institute for Fiscal Studies, 9 April 2020) <www.ifs.org.uk/publications/14799>.

Tal como acontece com outras obrigações de diligência devida³⁵, o princípio do não dano não impõe aos Estados o dever de prevenir ou impedir com êxito a ocorrência de danos. Em vez disso, antes lhes exige que envidem esforços, que tentem fazê-lo ou que minimizem o risco, e na medida das suas capacidades³⁶. A obrigação surge a partir do momento em que os Estados têm conhecimento ou deveriam ter tido conhecimento dos danos ou do risco dos mesmos³⁷.

Nada, pois, no conteúdo do princípio, obsta a que se aplique também às questões suscitadas pela pandemia. O princípio antes concorre no sentido de consolidar a aplicabilidade de um mandato normativo no sentido da prevenção e mitigação de danos e impactos negativos resultantes de vírus danosos³⁸.

Regime Particular: Direito Internacional dos Desastres ou das Catástrofes*

O direito internacional dos desastres ou das catástrofes³⁹ centra-se nas questões jurídicas decorrentes da preparação, resposta e recuperação* perante diferentes riscos naturais, como

³⁵ Vide, Timo Koivurova, 'Due Diligence', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, in <opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034?prd=EPIL> paras 1, 36, 43; Joanna Kulesza, *Due Diligence in International Law*, 2016, Brill; Sarah Cassella (ed), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, 2018, Pedone; N. McDonald*, 'The Role of Due Diligence in International Law', *ICLQ*, 2019, 68 1041.

³⁶ Projeto de Artigos sobre Prevenção 154*, art. 3(7)*.

³⁷ 25 *Ibidem* 155, art. 3(18)*.

³⁸ No mesmo sentido, Antonio Coco e Talita de Souza Dias, "Prevent, Respond, Cooperate: States' Due Diligence Duties vis-à-vis the Covid-19 Pandemic", *Journal of Humanitarian Legal Studies*, 2020, vol. 11, p. 222; Russell Miller e William Starshak, "China's Responsibility for the Global Pandemic", *JustSecurity*, 2020, vol. 31; Anne Peters, *, p. 3.

³⁹ Para uma primeira aproximação, vide a *Disaster Law Database*, da Federação Internacional da Cruz Vermelha: www.ifrc.org/en/publications-and-reports/idrl-database/.

terramotos ou tempestades, bem como de catástrofes provocadas pelo homem, como acidentes industriais em grande escala.

Uma vez mais as fontes deste Direito são diversas^{**}: avulta em particular o Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre Proteção de Pessoas em Caso de Desastres de 2016^{40**}. Os artigos aí formulados podem ser considerados como um reflexo do direito internacional consuetudinário ou, pelo menos, do seu desenvolvimento progressivo no domínio da redução do risco e da gestão da resposta a catástrofes. Mas também relevam diversos documentos* do Gabinete de Redução de Riscos de Desastres* da ONU⁴¹ e instrumentos da Federação Internacional da Cruz Vermelha^{42**}.

Primeiro passo relevante neste regime é a própria noção, nuclear, de desastres. Releva em especial a terminologia do Gabinete de Redução de Riscos de Desastres* da ONU, no quadro da qual pandemias, suscetíveis de serem classificadas como catástrofes naturais, quer estejam ligadas a outras catástrofes quer sejam independentes destas, são classificadas como riscos* biológicos⁴³. Em igual sentido abunda a Federação Internacional da Cruz Vermelha,^{44**} Por seu turno, nada no Projeto de Artigos sugere que uma epidemia esteja fora do seu âmbito de aplicação. De acordo com este instrumento normativo hoje fundamental, o que importa é que se satisfaçam os requisitos de definição previstos na

⁴⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 2016, vol. II, Part Two e https://disasterlaw.ifrc.org/sites/default/files/media/disaster_law/2024-01/IFRC%20Position%20Paper%20on%20Draft%20Articles.pdf.

⁴¹ Como o Marco Sendai para * 2030-2050 e as Diretrizes e manuais sobre boas práticas na redução de riscos de desastres, incluindo a gestão de riscos e desastres relacionados à pandemia de COVID-19. Cf. **

⁴² Cfr.

⁴³ "Terminologia" (Gabinete das Nações Unidas para a Redução do Risco de Catástrofes) www.undrr.org/terminology.

⁴⁴ 'Types of disasters: Definition of hazard' (ifrc) <www.ifrc.org/en/what-we-do/disastermanagement/about-disasters/definition-of-hazard/>;<www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/aboutdisasters/definition-of-hazard/biological-hazards-epidemics/>.

alínea a) do artigo 3º, ou seja: que se perturbe gravemente o funcionamento da sociedade, que se provoque uma perda generalizada de vidas, grande sofrimento e angústia humanos, deslocamentos em massa, ou danos em grande escala, independentemente da sua origem natural ou humana. Estão, portanto, compreendidos na noção não só os eventos naturais (um tsunami, um terramoto), causadores de sofrimento em larga escala, mas também os resultantes de ação humana. O critério definidor fundamental são os impactos**. Perante uma tal conceção de ‘desastre’, nada impede que a noção se aplique a uma pandemia.

Já o direito internacional em matéria de catástrofes estabelece, genericamente, um mandato normativo de prevenção, mitigação* e cooperação internacionais. Ele contém vários deveres de diligência devida de proteção das pessoas e de cooperação internacional, com um âmbito de aplicação relativamente amplo. E implica ou prevê a adoção de medidas e ações realizadas antes, durante e após as catástrofes. Por outro lado, as actividades multidisciplinares de gestão de catástrofes estendem-se a muitos outros regimes jurídicos especiais diferentes, como o direito ambiental ou o direito dos direitos humanos. Embora as transições entre as diferentes fases da gestão de catástrofes nem sempre sejam claras, é possível identificar três fases principais:

1. **Prevenção, preparação e resposta:** A preparação para as catástrofes refere-se às medidas adoptadas para preparar e reduzir os efeitos das catástrofes. O que o Direito emergente no domínio estabelece* é que ^{45*} prever e, sempre que possível, prevenir as catástrofes, atenuar o seu impacto nas populações vulneráveis e

⁴⁵ <https://www.cruzvermelha.pt/socorro-e-emerg%C3%Aancia/situa%C3%A7%C3%B5es-de-excep%C3%A7%C3%A3o/preven%C3%A7%C3%A3o-e-prepara%C3%A7%C3%A3o-para-cat%C3%A1strofes.html>.

responder e enfrentar eficazmente as suas consequências. e lidar eficazmente com as suas consequências.

2. **Redução do risco de catástrofes (DRR):** O Gabinete das Nações Unidas para a Redução do Risco de Catástrofes (UNISDR) define a redução do risco de catástrofes como: *“o conceito e a prática de reduzir os riscos de catástrofes através de esforços sistémicos para analisar e reduzir os factores causais das catástrofes. A redução da exposição aos perigos, a diminuição da vulnerabilidade das pessoas e dos bens, a gestão sensata da terra e do ambiente e a melhoria da preparação e do alerta precoce para acontecimentos adversos são exemplos de redução do risco de catástrofes”*⁴⁶
3. **Recuperação e reabilitação:** A recuperação e a reabilitação referem-se aos programas que vão além da prestação de socorro imediato para ajudar as pessoas afectadas por catástrofes a reconstruírem as suas casas, vidas e serviços e a reforçarem a sua capacidade de fazer face a futuras catástrofes.

Para prosseguir estas finalidades e cumprir as obrigações correspondentes, vários instrumentos são previstos, devem ser definidos ou prosseguidos: estratégias, planos, de emergência e de contingência, alertas, avaliação de riscos, facilitação de informação e notificações, particularmente em determinadas circunstâncias, máxime quando envolvem riscos acrescidos*.

⁴⁶ <https://www.undrr.org/>

Regime Particular: Direito Internacional dos Direitos Humanos

Após o **fim da Segunda Guerra Mundial**, cinquenta países reuniram-se em São Francisco, Califórnia, para estabelecer os novos rumos da nova ordem internacional. Para suceder à anterior Organização que havia sido concebida para garantir a ordem precedente, a Sociedade das Nações, estabeleceu-se a Organização das Nações Unidas (ONU). E na Carta constitutiva onde se define como objetivo primeiro dessa Organização e da novel ordem internacional a manutenção da paz. Tal significaria, desde logo, necessariamente, ausência de guerra entre as nações. Mas procurou-se dar também um sentido positivo à paz. Tal passou em especial por igualmente garantirⁱⁱ o respeito de Direitos Humanos.

É na prossecução deste objetivo que, pouco depois, em 1946, se constitui, na ONU, uma Comissão de Direitos Humanos que, na Assembleia Geral da ONU de 1948*, apresenta e aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desde então a matéria de Direitos Humanos tem dado lugar a um acervo de instrumentos consagradores de Direitos humanos, um acervo de grandeza tal que se pode mesmo qualificá-lo como vera avalanche normativa. Uma avalanche normativa que passou não só pela produção/adopcao de numerosos instrumentos e catálogos de direitos fundamentais, através de tratados, resoluções de órgãos de Organizações internacionais, constituição de costumes mesmo, mas que também se exprime no facto de tal adoção ocorrer a diversas escalas: desde a mundial até à regional, em vários quadros regionais. Acresce que tal febril movimento normativo igualmente se fez acompanhar de importante institucionalização, desde logo também assente em estruturas de vigilância e de sindicância de alegados incumprimentos, como tribunais internacionais de direitos humanos. Esta rede institucional revelou-se crucial para que este regime substantivo de direitos humanos possa ter sido cumprido e executado, Exemplos

importantes da tendência de adopção dos catálogos de direitos humanos, para além da DUDH* são os pactos internacionais adotados em 1966^{47*}. Este conjunto de instrumentos, para além de integrar catálogos gerais de direitos humanos, também se revela em instrumentos dedicados a uma determinada matéria ou grupo*. Para além deles, cumpre também relevar o desenvolvimento normativo que se reflete na adopção de Comentários Gerais do Comité de Direitos Humanos^{48*} ou do Comité dos Direitos Económicos Sociais e Culturais^{49*}.

Embora a pandemia afete uma série de direitos humanos, dois direitos humanos se afiguram mais diretamente implicados: o direito à vida e o direito à saúde.

O direito à vida está nomeadamente consagrado no artigo 6 do PIDCP; no artigo 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; e no artigo 4 da Convenção Americana dos Direitos Humanos^{50**}. Embora as violações do direito à vida estejam mais frequentemente associadas ao uso arbitrário da força letal por parte das autoridades estatais, os actos e omissões públicos e privados no sector dos cuidados de saúde também podem ser qualificados como violações desse direito⁵¹. Os Estados têm o dever positivo de adotar as medidas necessárias para salvaguardar a vida dos indivíduos sob a sua jurisdição e de fazer

⁴⁷ O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (doravante: PIDCP*; adotado em 16 de dezembro de 1966 e que entrou em vigor em 23 de março de 1976), *UNTS*, 999, p. 171 * e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (doravante: PIDESC; adotado em 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor a 3 de janeiro de 1976), *UNTS*, 993, p.3.

⁴⁸ Em especial, o Comentário Geral n. 36 do Comité dos Direitos Humanos (UN Doc/CCPR/C/CG/36), de 3 de setembro de 2019.

⁴⁹ Em especial, o Comentário Geral n. 14 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (UN Doc E/C.12/200/4), de 11 de agosto de 2000.

⁵⁰ *.

⁵¹ Assim, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Hristozov e Outros v Bulgária*, 2012-V 457 [106].

tudo o que estiver ao seu alcance para prevenir riscos evitáveis^{52 53}. Assim, podem ocorrer violações do *direito à vida* nos casos em que a vida de um doente é conscientemente posta em perigo pela recusa de acesso a tratamento de emergência que salve vidas, ou em situações de "*disfunção sistemática ou estrutural dos serviços hospitalares*"⁵⁴. Significativamente, o Comité dos Direitos Humanos sublinhou que o dever dos Estados de proteger a vida exige que os Estados adotem "*medidas apropriadas para lidar com as condições gerais da sociedade que podem dar origem a ameaças diretas à vida*", incluindo doenças potencialmente fatais⁵⁵.

Também assume especial relevância o direito à saúde. Está consagrado em muitos instrumentos de direitos humanos. Assim, desde logo, no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Consta igualmente do artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (doravante: PIDESC), de 1966. Esta norma estabelece que os Estados Partes, universalmente, reconhecem "*o direito de toda pessoa de desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental*". O artigo 12.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em particular,

⁵² Também da jurisprudência europeia do TEDH, *Icb v UK echr* 1998-iii 1 [36]; *Brincat e outros v Malta* Apps n.ºs 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11 (TEDH, 24 de julho de 2014) [79]-[80]. No quadro paralelo da América Latina, *Ximenes-Lopes/Brasil* (Mérito, Reparações e Custas) na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Série C No 149 (4 de julho de 2006) [89]-[90].

⁵³ O Comentário Geral n. 36 do Comité dos Direitos Humanos prevê, por exemplo, no seu parágrafo 26, onde o referido Comité das Nações Unidas, que do direito à vida, se retira a obrigação estadual de melhoria das condições gerais de vida, incluída a proteção contra doenças que ponham a vida em perigo, e a obrigação de definir planos de emergência.

⁵⁴ Cf. *Lopes de Sousa Fernandes v Portugal* App no. 56080/13 (TEDH, 19 de dezembro de 2017) [191]-[192]. Sobre esta questão, ver ainda Elizabeth Stubbins Bates, 'Article 2 echr's Positive Obligations', *Opinio Juris*, 1 de abril de 2020.

⁵⁵ *hrc*, "Comentário Geral n.º 36 (2018) sobre o artigo 6.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, sobre o direito à vida" (20 de outubro de 2018) UN Doc ccpr/C/GC/36, para 26 ('Comentário Geral n.º 36'); ver também *hrc***, 'ccpr General Comment No. 6: Article 6 (Right to life)' (30 de abril de 1982), parágrafo 5, referindo-se explicitamente à "*eliminação*" de "*epidemias*".

prevê que as medidas destinadas a assegurar a realização progressiva do direito à saúde no nível elevado incluem as necessárias para "c) a prevenção, o tratamento e o controlo de doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras", bem como "d) a criação de condições que assegurem a todos os serviços médicos e cuidados médicos em caso de doença". O Comentário do Comité das Nações Unidas para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais ("CDESC") respeitante ao artigo 12.º do PIDESC dá indicações normativas mais densas, nomeadamente quando esclarece que isto exige "a criação de um sistema de cuidados médicos urgentes em casos de... epidemias... e a prestação de socorro em caso de catástrofe e de assistência humanitária em situações de emergência"⁵⁶. Também prevê o dever correspondente de criação de um plano de saúde pública e de ação para controle epidémico baseado no conhecimento epidemiológico para proteção de toda a população⁵⁷. Acresce que os Estados que ratificaram o PIDESC, estão comprometidos a seguir o tríptico normativo geral dos direitos humanos de "respeito, proteção e cumprimento"*perante situações de saúde. Significa isto, como o denota expressamente o parágrafo 33 do Comentário do CDESC sobre o artigo 12.º do PIDESC que ao direito à saúde correspondem três categorias de obrigações: de (1) *respeito*, no sentido de que os Estados não podem interferir com o direito à saúde⁵⁸; (2) *proteção*, no sentido de que os

⁵⁶ Cf. Comentário Geral n. 14 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, parágrafo 14.

⁵⁷ Cf. Comentário Geral n. 14 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, parágrafo 43, alínea f).

⁵⁸ Neste sentido, a título de mero exemplo, *vide* o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (adotado em 16 de dezembro de 1966 e que entrou em vigor em 23 de março de 1976; *UNTS* 999, p. 171, no seu art. 2(1); a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (ou, mais comumente, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu art. 1.º; a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (adoptada em 27 de junho de 1981, entrou em vigor em 21 de outubro de 1986), *ILM*, 1982, vol. 21, p. 58, no Preâmbulo, parágrafos 1 e 10; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969, com entrada em vigor em 18 de julho de 1978), *Série de Tratados da OEA* N.º 36 (Pacto de San José), no seu art.º 1(1). Ver também o Comité dos Direitos Humanos ("CDH"), "Comentário Geral n.º 31 [80]: A natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto" (29 de março de 2004) UN Doc ccpr/C/21/Rev.1/Add. 1326, parágrafos 5 e 8.

Estados devem proteger este direito da interferência de terceiros; e (3) *cumprimento*, no sentido de que os Estados devem tomar todas as medidas (legislativas, orçamentais, judiciais, etc.) necessárias para facilitar o direito à saúde. O Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos* (“ACNUDH”*) mais esclarece que violar a obrigação de respeitar significa tomar medidas que “*são susceptíveis de resultar em danos corporais, morbidade desnecessária e mortalidade evitável*”. De novo, todas estas decorrências deste particular direito à saúde se aplicam a uma situação pandémica como a da Covid-19.

As consequências normativas ou os instrumentos e obrigações corresponsivos deste verdadeiro mandato normativo compreendem, pois, a de legislar no sentido desta prevenção e protecção perante a doença, a de conformar a administração pública para também prestar assistência e resposta adequada, a de aplicar recursos e instituir mecanismos de emergência e cuidado, especialmente para com as populações mais vulneráveis, bem como a de operar a monitorização e a comunicar e a escrutinar. Embora a ação do Estado esteja sujeita à capacidade ou viabilidade técnica e económica, isso não é desculpa para a inação. O artigo 2.º, n.º 1, do PIDESC também impõe aos Estados obrigações de efeito imediato, incluindo o dever de tomar medidas resolutas, concretas e direcionadas para a plena realização do direito à saúde⁵⁹.

Atualmente, algumas destas consequências do direito à saúde estão já determinadas no quadro interamericano. Assim, nomeadamente, porque a Comissão Interamericana de

⁵⁹ Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais ('cescr'), 'General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)' (11 de agosto de 2000) UN Doc E/C.12/2000/4, parágrafo 30 ("Comentário Geral N.º 14")

Direitos Humanos (CIDH) publica o relatório "Pandemia e Direitos Humanos", que versa sobre os impactos nos direitos humanos no contexto da pandemia de COVID-19.

Nesse relatório, a Comissão realiza uma análise dos impactos nos direitos humanos gerados pelas medidas adotadas pelos Estados e das lições que foram aprendidas, com base nas quais formula uma série de recomendações aos Estados da região para reparar as violações de direitos humanos e amenizar os riscos futuros. As medidas adotadas, lições aprendidas e as recomendações são desenvolvidas ao longo dos 5 capítulos deste Relatório e são relativas a: Estado de exceção, restrições às liberdades fundamentais e Estado de direito; bem como aos impactos nos direitos humanos e diferenciados sobre populações que historicamente se encontram em situação de vulnerabilidade. O ponto de partida deste relatório é a Resolução 1/20 *Pandemia e Direitos Humanos*⁶⁰, que a Comissão emitiu após a pandemia ter sido declarada pela Organização Mundial de Saúde; e também a instalação de uma Sala de Coordenação e Resposta Oportuna e Integrada à crise da pandemia de COVID-19, da própria Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos (CIDH), com a finalidade de fortalecer as suas capacidades institucionais para a proteção e a defesa das liberdades fundamentais e dos direitos humanos nesse contexto. Para enfrentar as consequências da pandemia, a CIDH destaca a importância de se desenvolver e implementar, nos diferentes níveis de governo, políticas públicas que permitam consolidar uma estratégia integral com enfoque de direitos humanos.

Regime particular/especial: Direito Internacional da Saúde

⁶⁰ Cfr. <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf> .

O regime especial da saúde funda-se na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), adotada em 1946, que entrou em vigor em 1948, após a ratificação por 26 países membros da ONU.

A Constituição da OMS estabelece princípios fundamentais para a felicidade, relações harmoniosas e segurança de todos os povos, *notius*, que:

- A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade.
- O gozo do grau máximo de saúde que se possa atingir é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo político, condição econômica ou social.
- A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

A Constituição da OMS é complementada pelo Regulamentos de saúde, nomeadamente, agora, o Regulamento Sanitário Internacional, e, em especial, na sua última versão de 2005⁶¹, um instrumento jurídico internacional que vincula atualmente 196 Estados⁶². O Regulamento Sanitário Internacional é um instrumento normativo internacional que, historicamente, substituiu as convenções sanitárias internacionais que vinculavam as partes contratantes antes da instituição da Organização Mundial de Saúde. Foi adotado pela primeira vez pela Assembleia Mundial de Saúde em 1951 e atualizado várias vezes. Inicialmente, seguiu um modelo, dito "regime clássico", assente na previsão de uma lista

⁶¹ Cf. *supra* nota*.

⁶² Cf. www.who.int/ihr/legal_issues.states_parties/en/: 'States Parties to the International Health Regulations 2005'.

exaustiva de doenças, medidas de controlo máximas rígidas e a atribuição de um papel relativamente passivo à Organização Mundial de Saúde⁶. Em consequência do pânico criado pelo surto de SARS em 2003* e do risco paralelo de um surto de gripe viária*, este modelo vai ser profundamente revisto em 2005, após negociação muito intensa*⁶³. O Regulamento Sanitário Internacional revisto foi adotado pela Assembleia Mundial da Saúde em maio de 2005 e entrou em vigor em 15 de junho de 2007*. Foi objeto de várias emendas*. Conta atualmente com 196 partes*: os 194 Estados membros da Organização Mundial da Saúde, assim como a Santa Sé e o Liechtenstein.

O RSI diz especialmente respeito a "*emergências de saúde pública de âmbito internacional*", uma definição que o surto de Covid-19 pareceu merecer desde os seus primórdios⁶⁴. Este âmbito de aplicação do Regulamento Sanitário Internacional contende com qualquer acontecimento suscetível de propagar doenças a nível internacional, mesmo para além da “tradicional” propagação natural de agentes patogénicos infecciosos*.

O RSI prossegue o objetivo de prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças. Trata-se de um objetivo relativamente restrito que se prossegue através de formas de ação como vigilância, alerta,

⁶³ Vide Gian Liuca Burci, “The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations Fit for Purpose?”, *EJIL: Talk*, 27 February 2020 www.ejiltalk.org ; Pedro A. Villareal, ““Can They Really Do that?” States’ Obligations Under the International Health Regulations in Light of Covid-19 – Parts I and II”, *EJIL: Talk*, 31 March 2020.

⁶⁴ ‘Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-NCov)’, WHO, 30 January 2020. Cf. [www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](http://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

orientação e coordenação, justamente para prevenir e controlar a propagação internacional de doenças. O RSI *não é*, em especial, um instrumento operacional para a mobilização de recursos financeiros e humanos, nem pretende regular a resposta nacional aos surtos, exceto no que diz respeito às “*capacidades essenciais*” nacionais, que, de qualquer modo, se justificam pela funcionalização ao impedir uma propagação internacional. É esta obrigação fundamental de todos os Estados, que está mesmo na base da razão de ser* do RSI de 2005: o desenvolvimento, o reforço e a manutenção de “*capacidades essenciais*” que permitam garantir uma vigilância e uma resposta tempestivas (artigos 5.º e 13.º e anexo 1). Essas capacidades incluem, mas também vão além dos pontos de entrada* internacionais* que constituíam o único foco do regime anterior. Daí que o RSI aborde também, diretamente, o funcionamento dos sistemas nacionais de saúde pública, em particular os laboratórios, defina procedimentos de referência,* e de notificação, verse sobre o papel dos hospitais, a logística e as aquisições, a coordenação entre agências, etc.

Para além da atribuição de “emergência” que atrai muita atenção em tempos de crise, o RSI contém uma disciplina de atuação que se poderia dizer de “rotina”, menos espetacular mas igualmente importante: o regime dos artigos 19.º a 41.º. Aí se definem as responsabilidades dos intervenientes públicos e privados, pormenorizando a documentação sanitária aplicável ao trânsito ou circulação internacional e ao comércio internacional e estabelecendo limites para as medidas de controlo que os Estados podem tomar - em particular sobre os viajantes - com base numa avaliação de risco cientificamente fundamentada, na proporcionalidade e no respeito pelos direitos humanos.

O RSI resulta de um processo de adoção especial que genericamente o torna num instrumento (quase-) vinculativo, cuja força jurídica repousa nos artigos 21 e 22 da

Constituição da OMS e poucas reservas se lhe podem formular. Diversamente dos tratados sanitários precedentes, os regulamentos sanitários entram em vigor para todos os Estados membros da OMS num prazo determinado após a sua adoção. Só assim não ocorre para os Estados da OMS que deliberadamente os rejeitem ou que formulem reservas, seguindo um processo **complexo**⁶⁵. Este modelo de solução normativa internacional corresponde a uma atribuição substancial de poderes a uma Organização Internacional, que, em 1946, foi justificada pela prioridade dada à existência de regras universais uniformes em matéria de luta contra as epidemias.

Esquema de articulação de obrigações. separação de poderes entre a OMS e os Estados

A disciplina instituída no RSI assenta na previsão de um conjunto de obrigações ‘articuladas’, tanto obrigações processuais como obrigações substantivas, para os Estados Partes, mas também respeitantes à Organização Mundial de Saúde, que detém uma atribuição geral de coordenação cometida.

O pressuposto central deste regime e pedra de toque * da divisão de trabalho e correspondente separação e articulação de atribuições, competências e poderes* é que os Estados atuarão de forma transparente, diligente, cooperativa e de boa fé, enquanto a OMS prossegue funções técnicas com transparência, baseadas em considerações de saúde pública e numa avaliação de riscos com base científica.

⁶⁵ *Vide supra* nota *.

Genericamente, para os Estados-membros da OMS, o RSI estatui uma série de deveres de diligência e de cuidado, mais comumente obrigações de *facere*, segundo padrões ou *standards* de boa governação que exigem que os Estados criem capacidade, monitorizem, e respondam a tais emergências, bem como previnam e contenham doenças infecciosas. Estas obrigações gerais redundam nuns quantos deveres ou ações particulares: por exemplo, o dever de cuidar de instituir capacidades nucleares, o dever de prever pontos de entrada, o dever de criar laboratórios; também a organização de serviços e procedimentos adequados, quer serviços administrativos gerais de saúde, quer serviços especiais de emergência. Há também o dever de vigiar os patógenos e ESPIs., bem como de monitorizar a sua evolução. Avultam ainda obrigações procedimentais de resultado, de partilha de informação e da notificação de eventos de saúde pública de interesse internacional à OMS. Genericamente ainda estão sujeitos a uma obrigação de cooperação internacional, para com outros Estados e para com Organizações Internacionais, *notius* a OMS, cuja atuação OMS é entendida como de auxílio e assistência ao cumprimento de obrigações por parte dos Estados. Embora o RSI não estabeleça punições formais para os Estados que não cumpram tais obrigações, há uma divisão de trabalho com a Organização Mundial em que esta surge dotada de poderes de controle que podem redundar em ‘sanções’ informais aos Estados. Desde logo porque habilita a OMS a investigar e monitorar alegados surtos de doença* e a pedir esclarecimentos oficiais, o que pode comprometer a credibilidade do Estado.

Há também a previsão de uma divisão de trabalho* entre os Estados e a Organização Mundial da Saúde (OMS). Desde logo, a **constituição da OMS estabelece que embora as recomendações emitidas pela Organização não sejam vinculativas, elas são tidas por baseadas na melhor evidência científica disponível, pelo que se espera que os Estados**

membros as cumpram. À OMS cabe a função normativa de fornecer orientação sobre como enfrentar surtos de doenças infecciosas. A.

A estes deveres dos Estados acrescem deveres da OMS que tem um papel central na coordenação, condução, comunicação e vigilância e investigação da resposta global às doenças e, portanto, também a pandemias, como a de COVID-19, com base nas suas competências previstas no seu tratado fundador (Constituição da OMS) e no RSI de 2005.

Aos poderes genéricos da OMS acrescem alguns particulares ou especiais, como, nomeadamente, os poderes especiais do Diretor-geral na declaração da ESPI, bem como os poderes, também especiais, do Comité de Emergência

De entre as competências da OMS, destacam-se ainda a competência ‘normativa’ para emitir recomendações e orientações técnicas aos Estados sobre medidas de mitigação e combate à pandemia, com base em evidências científicas. Embora não sejam obrigatórias, espera-se que os países as sigam. Genericamente, a OMS igualmente busca coordenar a resposta internacional à pandemia, promovendo a cooperação entre Estados, que é essencial, com base nas suas capacidades técnicas. Em especial, a OMS monitoriza a situação epidemiológica global e pode solicitar informações adicionais aos países, após tomar conhecimento de surtos.

A pandemia evidenciou a importância da boa governança, com processos decisórios transparentes, responsáveis e participativosⁱⁱⁱ. Governos que agiram com base em evidências científicas e em cooperação com a sociedade civil tiveram melhores resultados no enfrentamento da crise sanitária.

Cooperação Internacional

O dever de cooperação internacional exige que os Estados compartilhem informações, recursos e melhores práticas para uma resposta global coordenada à pandemia.

Obrigações especiais do Estado

Capacitação e prevenção

É fundamental capacitar cuidadores, tanto profissionais quanto familiares, para prestar melhores cuidados a pessoas dependentes e vulneráveis durante a pandemia. Isso inclui treinamento* sobre medidas de prevenção e controle da infecção. Os Estados têm o dever de prevenir e conter a propagação do vírus dentro das suas fronteiras através de medidas eficazes de saúde pública. Isto inclui a implementação de confinamentos, restrições de viagem e rastreamento de contactos, quando necessário.

Monitorização e notificação

Antes de 2005, os regulamentos de OMS abrangiam apenas três doenças: a cólera, a peste e a febre amarela. Os novos regulamentos abrangem todos os riscos potenciais para a saúde pública e incluem requisitos mais rigorosos para os Estados alertarem a OMS para os surtos. Deram também ao Diretor-Geral da OMS, agindo com base no parecer de um comité de emergência de peritos, o poder de declarar uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPI), o alerta internacional oficial. Os regulamentos definem uma emergência deste tipo como um acontecimento que “*constitui um risco para a saúde*

pública de outros Estados através da propagação internacional de doenças” e “exige potencialmente uma resposta internacional coordenada”. A OMS declarou seis emergências de saúde pública desde 2005, a última das quais em 30 de janeiro de 2020, em resposta ao surto de COVID-19⁶⁶.

Para além de dar à OMS a capacidade de declarar uma emergência, os regulamentos revistos impõem quatro requisitos principais aos membros da OMS.

Em primeiro lugar, devem notificar a OMS⁶⁷, no prazo de 24 horas, de todas as ocorrências de saúde pública no seu território que possam constituir uma emergência de saúde pública internacional. Depois de os Estados enviarem uma notificação à OMS, devem manter a OMS actualizada com informações *“oportunas, exactas e suficientemente pormenorizadas”*⁶⁸ sobre o evento sanitário. Em segundo lugar, os Estados devem melhorar as suas capacidades internas para prevenir, detetar e responder à propagação de doenças que ameaçam a comunidade internacional. Os Estados podem decidir como vão cumprir esta obrigação, mas devem “defender o objetivo” dos regulamentos através dos seus esforços internos. Em terceiro lugar, os Estados estão limitados na forma como podem responder aos surtos de doenças quando estes ocorrem. Os regulamentos instruem os países a impor apenas as medidas que são apoiadas por provas científicas, adequadas aos riscos envolvidos e que mantêm o respeito pelos direitos humanos. Em geral, as medidas sanitárias devem seguir as recomendações da OMS, embora os Estados possam impor medidas adicionais em determinadas circunstâncias. Por último, os governos devem

⁶⁶ Cf. *supra* p. *

⁶⁷ RSI Art 6(2).

⁶⁸ *Ibid* Anexo 1, parte A, paras 4(b), 5(b) e 6.

comunicar à OMS quaisquer medidas de saúde pública que tomem e que constituam uma “interferência significativa” no tráfego internacional - ou seja, que atrasem a entrada ou a saída de viajantes ou mercadorias por mais de 24 horas -, juntamente com a fundamentação da ação e as provas que a sustentam.

Resposta e mitigação

As estratégias de atenuação/mitigação visam principalmente minimizar os impactos negativos na sociedade, atenuando a intensidade do choque no sistema socioeconómico. Centram-se na diminuição da taxa de transmissão e na atenuação do pico, de modo a que este fique abaixo da capacidade do sistema de saúde. Os exemplos de estratégias de atenuação vão desde o nível individual ao social, incluindo o reforço da higiene pessoal e/ou ambiental, o uso de máscaras em locais públicos e o distanciamento físico, incluindo a limitação de ajuntamentos, o encerramento de locais públicos e o confinamento total à escala da sociedade.

Cooperação internacional

A obrigação geral de cooperação que se impõe aos Estados, decorre, genericamente, em primeiro lugar, do artigo 1 da Carta das Nações Unidas, que estatui como um dos objetivos das Nações Unidas “*conseguir a cooperação internacional na resolução de problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário [...]*” e ainda dos artigos 2, 55 e 56, deste instrumento normativo tido como uma espécie de “*Constituição mundial*”*, bem como de outros instrumentos gerais do Direito Internacional, como a Declaração de 1970 sobre os Princípios do Direito Internacional relativos às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados, que prevêem o dever de “*cooperação*” entre

as nações. A estes, acresce o artigo 44º do RSI que também estabelece uma obrigação geral de cooperação entre os Estados no âmbito normativo deste instrumento especial.

Durante uma pandemia, o dever geral de os Estados cooperarem entre si implica a partilha de informações, a prestação de assistência a outros países e a coordenação de uma resposta global. Já o artigo 15º do Projeto de Artigos* para a Proteção de Pessoas em Caso de Catástrofes exige que os Estados tomem as medidas necessárias ao abrigo da legislação nacional para facilitar a prestação rápida e eficaz de assistência externa. O artigo 11.º do mesmo instrumento estipula um dever correspondente de procurar assistência internacional no momento em que os Estados se apercebem de que a contenção da doença excede manifestamente a sua capacidade nacional.

A Organização Mundial de Saúde (“OMS”) é uma agência das Nações Unidas criada em 1948 com a Assembleia Mundial de Saúde que atualmente envolve cento e noventa e quatro países. A OMS pode criar leis vinculativas; no entanto, não tem utilizado este poder de forma eficaz. Até à data, a OMS criou apenas três instrumentos legislativos “rígidos”: a Convenção-Quadro para o Controlo do Tabaco, o Regulamento Sanitário Internacional (“RSI”) de 2005 e o Regulamento de Nomenclatura, que exige que os Estados-Membros utilizem versões actualizadas da Classificação Internacional de Doenças. A notificação é um método simples e eficaz de prevenir e conter uma pandemia. Infelizmente, os Estados não estão a aderir suficientemente a este método, especialmente de forma imediata. Alguns académicos consideram que o PIDESC cria uma obrigação fundamental, principalmente a

de notificar surtos epidémicos; no entanto, o PIDESC não dispõe de um mecanismo de aplicação fiável.

Observações finais

Os regulamentos, cuja primeira versão foi adoptada pela OMS em 1969, são vinculativos para todos os membros da OMS. O seu objetivo é “*prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública à propagação internacional de doenças*”, minimizando a interferência no “*tráfego e comércio internacionais*” e respeitando “*a dignidade, os direitos humanos e as liberdades fundamentais*” de todas as pessoas. Os regulamentos permitem que a OMS coordene uma rede mundial de vigilância de doenças, constituída por sistemas de controlo de cada Estado, a fim de detetar surtos que possam transformar-se em emergências sanitárias internacionais e de os comunicar à OMS.

No entanto, durante a pandemia de COVID-19, os regulamentos revelaram-se demasiadas vezes ineficazes para moldar a resposta dos Estados, e mesmo da própria OMS, à pandemia. As autoridades chinesas, num primeiro momento, não terão tempestivamente comunicado a propagação inicial da doença. A OMS também demorou um mês a declarar uma emergência de saúde pública depois de tomar conhecimento do surto. Muitos Estados desrespeitaram com as recomendações da OMS, impondo proibições rigorosas de viajar, ordens de permanência em casa e outras medidas repressivas; embora, em retrospectiva, estas acções fossem provavelmente justificadas. Outros ainda, negaram a realidade e primaram pela inação mesmo em face da evidencia, constituindo verdadeiras histórias de insucesso na resposta a pandemia, se não mesmo de graves incumprimentos do Direito

Internacional aplicável⁶⁹. E, especialmente no início da pandemia, a competição, mais do que a cooperação, foi a regra. Ora RSI é vinculativo para os membros da OMS, mas não contém qualquer mecanismo de controlo/execução. Como resultado, a OMS não tem sido capaz de obrigar os Estados a cumprir as suas obrigações - ou disciplinar aqueles que não as cumprem. Outros regimes impõem ntambem deveres gerais ou particulares para a acao*. Certo parece que a comunidade internacional perante a expeiericnai acumulada com a pandemia Covid-19 tem uma oportunidade de melhorar o Direito Internacional aplicável.

Numa altura em que a doença volta a surgir na Europa e nos Estados Unidos, é tempo de os governos encontrarem formas de reforçar os regulamentos sanitários mundiais e de regressarem ao princípio de cooperação que lhes está subjacente.

A COVID-19 expôs fragilidades de longa data nas instituições de saúde mundiais. Apesar de décadas de avisos, os governos de todos os níveis de capacidade têm-se esforçado por conter o vírus. Milhões de pessoas morreram e outros milhões foram infectados. A comunidade mundial não fez o suficiente para responder eficazmente à crise. Além disso, a COVID-19 exacerbou o ceticismo e a negligência em relação aos princípios fundamentais do direito internacional. Na resposta à pandemia, os Estados ignoraram ou rejeitaram os seus deveres no âmbito de uma série de órgãos de direito. Equilibrar os compromissos assumidos no âmbito do direito internacional com a saúde pública é difícil em tempos normais; durante uma pandemia devastadora, é ainda mais assustador, quando princípios

⁶⁹ Destacou-se, por exemplo, o Brasil de Bolsonaro.*

como o direito à saúde podem estar em tensão com outras obrigações, como a proteção dos refugiados ou dos direitos civis e políticos.

Em relação ao Acordo sobre Pandemias é uma nova iniciativa normativa em desenvolvimento no âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS) para estabelecer regras globais sobre como o mundo deve reagir a futuras pandemias. Os países-membros da OMS, concordaram em avançar com a negociação de um acordo global sobre prevenção, preparação e resposta a pandemias. O objetivo é ter um texto para aprovação pela Assembleia Mundial da Saúde, já em maio do próximo ano.

Por outro lado, há uma necessidade urgente de pensamento criativo para encorajar e fazer cumprir o direito internacional e a regulamentação sanitária mundial, não só durante mas também antes das emergências de saúde pública. As pandemias são um facto previsível da vida moderna. Embora a atual crise seja a mais grave do século, é a terceira pandemia mortal numa década e meia.

A comunidade global não se pode dar ao luxo de esperar simplesmente pela próxima pandemia, mas deve planear agora a realidade de que ela virá - embora não saibamos quando. Ao tomar medidas proactivas para enfrentar os desafios sanitários e não sanitários que surgiram na atual crise, a comunidade mundial pode reduzir a possibilidade de a próxima pandemia ser tão devastadora.

Acordo internacional sobre pandemias

A OMS lidera as negociações para um acordo internacional sobre prevenção, preparação e resposta a pandemias, que será juridicamente vinculativo e alicerçado em sua Constituição.[?]

ⁱ Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*. 1983;77(3):413-442. doi:10.2307/2201073

ⁱⁱ ., A., & de Souza Dias, T, p. 224