

A Pandemia e o Direito Internacional

FRANCISCO ANTÓNIO DE M. L. FERREIRA DE ALMEIDA *

1 – O primeiro registo de epidemias remonta ao ano de 413 A.C., na Grécia. Desde então, sucederam-se, entre outras, a Peste Negra, na Ásia e na Europa, a partir do séc. XIV; a epidemia de Cólera na América e na Europa, entre 1830 e 1847; a Peste em Hong Kong e na Índia, em finais do séc. XIX; a Pneumónica, que ficou conhecida por Gripe Espanhola, na segunda década do séc. XX; etc..

Em diversas ocasiões se sentiu a necessidade de adoptar medidas sanitárias que extravasassem as fronteiras de cada centro urbano – pense-se, por ex., na quarentena imposta a embarcações estrangeiras pelas Cidades-Estado italianas, aquando da Peste Negra. O Desconhecimento científico, a par de uma escassa institucionalização da comunidade internacional, não apropsitaram, todavia, senão soluções mínimas, desconexas e, as mais das vezes, tomadas a nível local.

A criação de um verdadeiro poder de Direito acima dos Estados, foi desembargada apenas pelo contexto propício que se gerou no período entre as duas Guerras Mundiais, e, especialmente, nas décadas subsequentes ao segundo conflito à escala planetária.

Tomando consciência das muitas áreas de interesse comum, que reclamavam a existência de mecanismos institucionais e de um quadro normativo capazes de favorecer uma sólida cooperação entre si, os Estados puseram fim à “vasta

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 15, pp. 149-154.

* Professor da Faculdade de Direito de Coimbra e da Faculdade de Direito da ULHT.

planície” (René-Jean Dupuy) que caracterizava a comunidade internacional pós-westefaliana.

A proliferação de organizações internacionais, nos mais variados domínios, já emancipadas dos seus criadores e dotadas de efectivos poderes de decisão, levou a que o poder no plano internacional, outrora disperso, fragmentado e incondicionado, se convertesse num poder concentrado, condicionado e reprimido.

É, portanto, nessa ambiência de recuo e relativização da soberania face a algumas «constelações pós-estaduais» que deve compreender-se a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se, como é sabido, de uma organização intergovernamental (*rectius*, interestadual), que possui o estatuto de Agência Especializada da ONU. Apesar de vinculada a esta, dispõe de personalidade jurídica própria, de orçamento privativo e de amplas atribuições (cfr. artigo 2º da sua carta constitutiva). Os seus órgãos são a Assembleia Mundial da Saúde, o Conselho Executivo e o Secretariado.

A actividade da OMS tem contribuído, ao longo dos anos, para a paulatina emergência daquilo a que, secundando alguma doutrina, se poderia chamar de “governança sanitária global”, isto é, uma regulação sem governo, fruto da interacção de diversos actores, estaduais e não estaduais, que, em conjunto, vão entretecendo uma rede de normas, provenientes de várias fontes, cada qual com diferentes graus de vinculação e eficácia, com vista à consecução de objectivos comuns e à solução de problemas que se não circunscrevem às fronteiras de cada Estado, antes as transcendem de modo particularmente impressionante, e que, por isso, requerem medidas coordenadas, verdadeiramente inter-nacionais.

2 – A crise sanitária que temos vivido e o papel de centralidade que, em face dela, a OMS tem assumido, justifica que sobre os respectivos poderes normativos nos detenhamos.

Ora, nos termos do disposto no artigo 2.º - k) do seu tratado constitutivo, a Assembleia Mundial da Saúde pode adoptar convenções internacionais, regulamentos e recomendações.

As primeiras encontram-se previstas no artigo 19.º. Devem ser aprovadas, no mínimo, por maioria de dois terços dos votos da AMS e, naturalmente, respeitar o princípio da especialidade. Entrarão em vigor no plano interno de harmonia com o previsto no direito constitucional de cada Estado membro.

No caso português, a recepção de convenções internacionais em cuja conclusão haja intervindo o nosso Estado é, *ex vi* do n.º 2 do artigo 8.º da CRP, uma *recepção automática*, mas *condicionada*. Quer dizer: tais convenções vigorarão em Portugal na qualidade de normas de direito internacional, não se exigindo a intervenção do legislador interno de modo a transformá-las ou convertê-las em normas de direito interno. Ainda assim, todavia, a sua vigência no plano interno estará dependente do cumprimento de algumas condições de eficácia, designadamente a aprovação pelo Governo ou pela Assembleia da República, a ratificação pelo Chefe de Estado (apenas no caso dos tratados solenes) e a publicação no Diário da República. Uma vez recebidas e entradas em vigor, gozam de uma superioridade hierárquica – *rectius*, preferência aplicativa – relativamente ao direito interno infraconstitucional.

Os regulamentos, por seu turno, acham-se contemplados no artigo 21.º da “Constituição” da OMS. De acordo com o artigo 22.º, são adoptados por maioria simples e entram, *automaticamente*, em vigor na ordem interna logo após a notificação da sua adopção pela AMS, possuindo força jurídica obrigatória. É, no entanto, conferida aos Estados uma faculdade de *opting out*, consubstanciada na rejeição do regulamento, bem como a possibilidade de formular reservas. Como exemplo destes regulamentos pode apontar-se o Regulamento Sanitário Internacional (IHR, na sigla inglesa), ao qual o Estado português se encontra vinculado desde 1971.

Finalmente, as recomendações (muito mais frequentes), previstas no artigo 23.º e igualmente adoptadas por maioria simples, constituem exemplo paradigmático de *soft law* em direito internacional: não vinculam os destinatários (Estados membros), limitando-se a incitar ou exortar à adopção de um certo comportamento, pelo que a sua coercibilidade é fraca. Possuem, apesar disso, um valor jurídico (conquanto, não normativo) que seria erro de monta depreciar. Nessa medida, devem ser analisadas de boa-fé pelos Estados, que, observando o respectivo conteúdo, têm a garantia de não praticarem qualquer acto ilícito e, portanto, de se não tornarem incursores em responsabilidade internacional (valor permissivo).

No artigo 62.º do tratado constitutivo da OMS consagra-se o dever, para os Estados membros, de entregarem um relatório anual, que deve indicar as medidas tomadas em relação a essas recomendações, mas também às convenções e regulamentos, de sorte a ser assegurado o seu cumprimento efectivo.

Adicionalmente, ainda à guisa de uma *soft law*, importa aludir às directrizes, relatórios, publicações de estatísticas, recomendações, etc., emanadas de comités adrede criados pelo Secretariado da OMS. A despeito da sua relevância técnica, não geram propriamente obrigações para os Estados.

De notar, porém, que as ditas *recomendações da OMS para o combate à pandemia*, não se enquadram nas espécies supracitadas, visto não radicar no tratado constitutivo da OMS, mas sim no já referido Regulamento Sanitário Internacional, o seu fundamento directo (*v.g.*, medidas temporárias, renováveis, como a higiene das mãos, o distanciamento físico, o uso de máscara, etc.).

Abstraindo da controvérsia acerca da natureza jurídica do IHR (resolução ou tratado – cremos que resolução), certo é que em Portugal, por força do artigo 8º da CRP, sempre tal Regulamento beneficiaria, igualmente, da sobredita prevalência sobre a legislação ordinária.

3 – Problema que se tem colocado é o de saber se a China poderá ser responsabilizada internacionalmente face à sua actuação aquando do surgimento da pandemia, em 2019.

Bordejemos a questão do ponto de vista da responsabilidade subjectiva (ou por actos ilícitos) e, seguidamente, no plano da responsabilidade objectiva (ou por actividades não proibidos pelo direito internacional).

No que toca àquela primeira modalidade de responsabilidade internacional, não faltou quem apontasse à China o incumprimento do dever de informar, consagrado nos artigos 6.º e 7.º do Regulamento Sanitário Internacional para as situações susceptíveis de configurar uma *Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional*. Com base nisso, alguns têm sustentado a viabilidade de demandar esse Estado no Tribunal Internacional de Justiça, à luz do artigo 75.º do Tratado Constitutivo da OMS. A verdade, porém, é que só forçando a nota se poderá considerar que a violação de uma norma do Regulamento Sanitário Internacional constitui, simultânea e directamente, uma ofensa ao tratado constitutivo da OMS (*cfr.* os artigos 21.º e 22.º respectivos).

Outra possibilidade seria a de um qualquer Estado decidir, unilateralmente, instaurar uma acção contenciosa no TIJ, assumindo os ónus correspondentes a essa atitude inamistosa ou hostil, nomeadamente o de se expor ao desencadeamento de medidas de represália, mais ou menos penalizadoras. Acresce que, dado o princípio da consensualidade (ou consentimento) em que se baseia o funcionamento do Tribunal, a sua jurisdição perante uma determinada situação concreta torna-se sempre particularmente aleatória.

Sobejaria, ainda, uma terceira alternativa, qual seja a de considerar a actuação do Estado chinês como violadora de uma *obrigação erga omnes*, o que permitiria o desencadeamento de um regime excepcional (mais gravoso) de responsabi-

lidade internacional subjectiva. Com efeito, perante a violação de uma obrigação desse tipo, cujo objecto de protecção se reconduz a um interesse geral da comunidade internacional, qualquer Estado, ainda que não directamente lesado, estaria habilitado (titulado) a exigir a reparação dos danos causados com um acto ilícito especialmente grave, bem como a respectiva cessação (se continuado) e a prestação das adequadas garantias de não repetição (universalização da relação de responsabilidade). Haverá, no entanto, de convir-se que uma tal construção dogmática, ainda que “sedutora”, desfigura o conceito de obrigação *erga omnes*, originariamente mais ligado à paz e segurança internacionais e, bem assim, a situações de violações graves e em larga escala dos direitos humanos, como, *v.g.*, o genocídio, a tortura, a escravidão, os crimes sexuais, etc..

Por outro lado, do ponto de mira da responsabilidade internacional objectiva – e não havendo sido ainda completamente descartada a hipótese (ou teoria da conspiração?) de o vírus SARS-COV-2 ter escapado do Instituto de Virologia de Wuhan, na China –, haveria margem para conjecturar a possibilidade de este Estado ser responsabilizado por uma actividade (a manipulação genética de vírus em laboratório) não proibida pelo direito internacional, mas intrinsecamente perigosa ou de risco excepcional (*ultra-hazard*). Também aqui, porém, alguns obstáculos se erigem, sustando esse desfecho. É que os (poucos) regimes convencionais existentes de responsabilidade internacional objectiva, a par de outras situações firmadas pela jurisprudência internacional, nada têm a ver com a actividade descrita, reportando-se antes à utilização pacífica e transporte marítimos de energia nuclear ou de hidrocarburos, aos danos causados por engenhos espaciais e aos danos ambientais transfronteiriços. O que, evidentemente, torna meramente residual esta outra modalidade de responsabilidade internacional.

Em suma: quer no plano normativo, quer no plano institucional, quer no plano da *realpolitik*, a propalada “responsabilidade internacional da China pela pandemia” parece não passar de uma arma de arremesso política de cuja exequibilidade prática ou operatividade, no plano estritamente jurídico, nos permitimos seriamente duvidar.

4 – Num último ponto da nossa intervenção, não queríamos deixar inadvertida a decisão tomada, em 31 de Maio de 2021, por 194 membros da OMS, reunidos em Assembleia Mundial da Saúde, de debater um novo tratado internacional sobre pandemias. Decisão esta prontamente apoiada pelo Conselho Europeu, com vista a assegurar a participação da União Europeia nas negociações.

O objectivo principal que irá presidir à conclusão desse tratado será o de reforçar a segurança sanitária mundial, visto que nenhum governo ou instituição poderá, sozinho ou isoladamente, afrontar a ameaça de futuras pandemias. So-

bressai, por conseguinte, um espírito de solidariedade colectiva, alicerçado nos princípios da equidade, da inclusão e da transparência.

Em concreto, vislumbra-se o propósito de reforçar a cooperação internacional e de estruturar uma acção colectiva capaz de combater as pandemias, designadamente em termos de prevenção, vigilância, detecção precoce, alertas e resposta adequada, através do acesso equitativo a soluções médicas (meios de diagnóstico, vacinas, medicamentos, etc.).

Numa palavra, pretende-se instituir um quadro sanitário internacional mais robusto, no qual a OMS se assume como autoridade coordenadora em domínios como a capacidade laboratorial, os centros de investigação científica, os mecanismos de financiamento, etc.. E tudo tendo como pano de fundo a abordagem “uma só saúde”, abrangendo seres humanos, animais e planeta (perspectiva holística).