

2. DIREITOS HUMANOS E PANDEMIA

ANA MARGARIDA GAUDÊNCIO

1. *Pluralismos, pandemias e direitos*

A crise pandémica que surpreende e assola o mundo há agora já mais de um ano veio reexpor e agudizar, em múltiplos sentidos, a sinalização de fragilidades e limitações nas actuais sociedades, plurais-*pluralistas*, heterogéneas, complexas... O *pluralismo* – de demandas, convicções, ideologias, identidades, vulnerabilidades... – contemporaneamente afirmado – e, assim, anterior à e independente da actual pandemia – espelha a crescente pulverização dos fundamentos materiais da interacção social, alargando-se progressivamente a afirmação individualista de direitos e liberdades nas relações intersubjectivas, numa teia crescentemente complexa de opções e sentidos que poderão potencialmente coexistir pacificamente desde que procedimentalmente composibilitados num grau mínimo de delimitação. O que poderá implicar o empobrecimento, quando não mesmo a aniquilação, da dimensão especificamente normativa que ao direito se atribui como crucial dimensão histórico-cultural, selectivamente valoradora e reguladora da *praxis* intersubjectiva. Desvanecendo-se progressivamente as *dimensões de absoluto* nas culturas *pluralistas*, digladiam-se múltiplas opções culturais diversas em diferentes sociedades¹.

O vocábulo *pandemia*, metáfora agora de *realidade*, tem atravessado como intempérie o planeta e a humanidade: um minúsculo, invisível, *vírus*, desconhecido e inesperado, como um acontecimento-*Ereignis*,

¹ Neste sentido, vide Hans-Jörg SANDKÜHLER, “*Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights*”, in Hans-Jörg Sandkühler/Hong-Bin Lim (Ed.), *Transculturality: Epistemology, Ethics and Politics*, Peter Lang, Frankfurt, 2004, p. 79-100, p. 93.

para o dizer com Heidegger²... assim rapidamente instalado, juntamente com o espanto, a (in)compreensão, o medo, e as pluralidades de discursos... e obrigando ao afivelamento de múltiplas *máscaras*... estas, afinal, não sempre, e não necessariamente, fazendo do ser humano *persona*, mas afigurando-se cada vez mais, pelo menos, como *meio*, já de protecção, física, ou não, já de discrição, já de isolamento...

A urgência de regulação jurídico-política da situação excepcional provocada pela pandemia de COVID-19 tem gerado nos sistemas jurídicos múltiplas dúvidas, por um lado, e múltiplas críticas, por outro, manifestando-se aquelas e estas, afinal, como *outras pandemias*, capazes de dificultar, se não mesmo bloquear, a compreensão da gravidade da situação e a adequada mobilização de meios para o respectivo enfrentamento. Refira-se, desde logo, e apenas exemplarmente, a *pandemia da desinformação*. A constitucionalmente consagrada liberdade de expressão e de informação, princípio e direito humano e fundamental, quer enquanto direito de informar quer enquanto direito a ser informado, pulverizou a circulação de conteúdos (des)informativos a uma escala sem precedentes, tanto oficial como oficiosamente, pondo directamente em causa a também constitucionalmente consagrada segurança, também princípio e direito fundamental, directamente enquanto tal, e ainda enquanto trabalhadores, consumidores, utentes de serviços públicos, também dos de saúde... Além disso, haverá que considerar, também apenas exemplarmente, a *pandemia da excepcionalidade*. Na encruzilhada entre pandemia e direito, ameaçando tornarem-se ténues, se não difusas, as *limitações às limitações*, cumprirá reforçar que, no âmbito de um Estado de Direito democrático, a discussão sobre a delimitação de direitos e de deveres se sustenta no e através do pressuposto de que as restrições aos direitos e liberdades dos cidadãos, ainda que pondo o(s) direito(s) em situação de excepção, não constituirão situação de excepção ao(s) direito(s).

² Vide Martin HEIDEGGER, *Beiträge zur Philosophie. Vom Ereignis* (1936-1938), in Friedrich-Wilhelm von Herrmann (Hrsg.) *Gesamtausgabe, III. Abteilung: Unveröffentlichte Abhandlungen*, Band 65, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, 1994, 2003, p. 7, 23-35, 73-78, 80-83, 84-87.

2. *Direitos humanos em pandemia*

No centro de tais vicissitudes, a pandemia de COVID-19 introduziu, nas múltiplas vertentes em que se desenvolveu, o questionamento dos próprios pressupostos culturais da intersubjectividade. Em consequência, a plasticidade reflexiva assumida pela regulação jurídica face à exigência de rapidez e eficiência perante a progressão da pandemia projecta-se no questionamento dos próprios fundamentos, significados e limites da referenciação jurídica da ideia de *direito* e de *direitos humanos*, e, assim, subjectivamente, de *pessoa jurídica* – enquanto *titular de direitos e deveres* –, e, objectivamente, de *normatividade jurídica* – enquanto racionalização prática e substancialmente autónoma de um específico domínio e sentido de intersubjectividade. Neste contexto, à luz de uma reperspectivação das determinações substancialmente densificantes dos chamados *direitos humanos* no actual circunstancialismo, estão efectivamente em causa as tradicionalmente convocadas perspetivações da *natureza* dos assim ditos *direitos humanos* – partindo da distinção entre perspetivas *naturalistas* e perspetivas *políticas*, e, essencialmente imbricada naquela, a distinção entre direitos humanos como direitos morais, políticos e jurídicos – e do respectivo *âmbito de relevância* – partindo da distinção entre *universalismo(s)* e *relativismo(s)*, expondo associadamente o problema da *culturalidade* ou *aculturalidade* dos direitos humanos³. Entre um *relativismo extremo* e um *universalismo irreductível*, as tentativas de discernir um núcleo comum e uma ramificação diferenciada de *direitos humanos*, face às dificuldades de apresentação de densificações universalizáveis, visam hoje a assimilação da concretização material do sentido de *humanidade*, nas inúmeras perspetivações sincrónica e diacronicamente em presença. O que será dizer que, em torno de um *núcleo de humanidade comum* – não obstante de evolução e conteúdo necessária e absolutamente variável, e sem redução a um *comum* definido por um qualquer *cosmopolitismo* –, se desenvolverão múltiplas *periferias* de densificação particularizada de afirmações *positivas* de direitos – mas também, no seu verso, e ainda

³ Rowan CRUFT, S. Matthew LIAO, Massimo RENZO, The Philosophical Foundations of Human Rights: An Overview, in Rowan Cruft, S. Matthew Liao, Massimo Renzo (Ed.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 1-41.

positivamente, de *deveres* – dificilmente descontextualizáveis⁴. E, não obstante, afirmados como *direitos*, e *humanos*, enquanto representação da mais alta referência à humanidade e à sua dignidade, que a institucionalização da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948⁵ – depois complementada pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*⁶ e pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*⁷, ambos de 1966 –, veio, em substituição da moderna *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, reposicionar e enfatizar na questão dos *direitos humanos*, à luz dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, abrindo *novas gerações* dos mesmos⁸, estabelecendo como pilar fundamental essas noções de humanidade e de dignidade – logo no artigo 1.º/1: «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade».

Na actual situação de pandemia, concentrando-se a *problemática* e os *discursos* de direitos humanos na saúde pública, nacional e internacional, é a própria noção de saúde como *direito humano* que é posta em causa, enfatizando decisivamente a relevância, no seu conteúdo e na sua estrutura, do direito internacional da saúde pública⁹. As bases de sustentação da relevância da saúde como *direito humano* encontram-se, desde logo,

⁴ Vide José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, 6.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 31-37; Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1987 (Ed. révisée 1993), especialmente p. 41-45 e 119-124; Patrícia Jerónimo, *Os Direitos do Homem à escala das Civilizações*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 259-260.

⁵ *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948 (<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>).

⁶ *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, 1966 (<https://dre.pt/application/contendo/426144>).

⁷ *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, 1966 (<https://dre.pt/application/file/a/297973>).

⁸ Vide Mário Reis MARQUES, *Introdução ao Direito I* (Figueira da Foz, 1992), 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 217-224; Mário Reis Marques, “*Direitos fundamentais e afirmação de identidades*”, in *Economia e Sociologia*, n.º 80, Évora, 2005, p. 157-169, p. 163-166. Vide ainda Ghislain Waterlot, “*Human Rights and the Fate of Tolerance*”, in Paul Ricoeur (Ed.), *Tolerance Between Intolerance and the Intolerable*, Providence, Oxford, Berghahn Books, 1996, p. 53-70, p. 60-65.

⁹ Brigit TOEBES, “*International Health Law: An Emerging Field of Public International Law*”, in *Indian Journal of International Law*, 55(3), 2015, p. 299-328 [DOI 10.1007/s40901-016-0020-9].

na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 25.º/1: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”. Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos afirma, no artigo 6.º/1: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei: ninguém poderá ser arbitrariamente privado da vida”. E, adicionalmente, o artigo 12.º/1 e 2 c) e d) do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais estabelece: “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: [...] c) A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras; d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença”.

Pressupondo o direito à saúde como um *direito humano* a compreensão do(s) sentido(s) de “direito humano” que lhe subjaz, acentua-se aqui especificamente quanto a esta noção a proposta de Brigit Toebes – na pressuposição da noção de *direitos humanos* apresentada por Charles C. Beitz –, considerando os direitos humanos como *normas* que reflectem “interesses individuais urgentes”, isto é, interesses cuja protecção seja suficientemente relevante ao ponto de a ausência dessa protecção ser uma questão de relevo internacional¹⁰. Neste sentido, é a própria noção de “saúde”, ou de “boa saúde”, que é discutida, assumida como *interesse individual urgente*, e cuja protecção se reveste de relevância decisiva quer para os indivíduos quer para a comunidade internacional¹¹. O que é certificado pelo papel fundamental desempenhado pela Organização

¹⁰ Brigit TOEBES, “International Health Law: An Emerging Field of Public International Law”, p. 302-303, referring to Charles C. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford, OUP, p. 137.

¹¹ Brigit TOEBES, “International Health Law: An Emerging Field of Public International Law”, p. 303, referring Brigit Toebes, “Introduction”, in Brigit Toebes et al., *Health and Human Rights in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2012, 13, 15-16.

Mundial de Saúde na gestão da saúde em termos globais, e tem sido particularmente destacado desde a declaração da COVID-19 como uma *pandemia*, em 11 de março de 2020¹².

Acentuando progressiva e indiscutivelmente a relevância da saúde pública como problema global – quanto ao acesso a unidades de saúde, a tratamento e a vacinação –, a pandemia de COVID-19 acarreta múltiplas outras consequências ao nível da protecção dos direitos humanos, em muitas outras dimensões e com repercussões muito distintas em diferentes locais do globo. Naturalmente, a polissemia do vocábulo *saúde*, e, assim, a abrangência da noção de *saúde*, como ponto(s) de referência, exigirão, do ponto de vista dos direitos humanos, uma inevitável consideração estrutural multinível e um tratamento específico de cada questão, na sua relevância social e cultural, o que é compreendido e concretizado diferentemente consoante as matrizes culturais¹³.

Mais do que uma discussão sobre o valor e a relevância dos direitos humanos, o que estará agora em jogo será a reflexão sobre a existência de condições formais e materiais para lograr a manutenção dos objetivos civilizacionalmente assumidos como concretização dos direitos humanos em ambientes culturais e políticos muito diversos. Tece-se presentemente uma profunda revisão dos hábitos humanos, tanto individuais como nas relações sociais, em projecção dos discursos políticos, também sobre direitos humanos, e da efectivação de políticas públicas relativas à pandemia, muito para lá das directas implicações do contágio, do tratamento e da vacinação. Num sistemático (re)posicionamento crítico-reflexivo dos problemas relativos aos direitos humanos, estarão imbricados, principalmente, e sob escrutínio, crucialmente, os seguintes núcleos problemáticos: por um lado, o direito à saúde¹⁴ – física e mental –, e, em consequência, o direito à educação¹⁵ – do acesso à educação à (im)possibilidade do ensino a distância – e à protecção social¹⁶ – face ao trabalho, ao abandono, ao isolamento, à criminalida-

¹² Vide <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Vide ainda, exemplarmente, os relatórios de 2021 da organização Human Rights Watch sobre a situação pandémica: <https://www.hrw.org/world-report/2021>.

¹³ James R. MAY/Erin DALY, “Dignity Rights for a pandemic”, in *Law, Culture and the Humanities*, 2020, 1-20 (DOI: 10.1177/1743872120944515).

¹⁴ Artigo 25.º/1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁵ Artigo 26.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁶ Artigos 23.º e 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

de... –; e, por outro lado, e decisivamente, os direitos à liberdade¹⁷ – política, de informação, de expressão, de circulação... – e à segurança¹⁸ – *do* direito e *perante* o direito.

2.1 Saúde

Efectivamente, é de um problema de saúde, primeiramente, que se tratará, enquanto ponto de referência essencial e condicionador dos restantes na actual circunstância. Para lá dos múltiplos efeitos directos causados pelo contágio com o vírus SarsCov-2, é a saúde, física e mental, individual e global, dos seres humanos que está em causa. Embora a Organização Mundial de Saúde defina “saúde” como “completo bem-estar físico, mental e social”¹⁹, o conceito de “saúde” apresenta-se multifacetado e complexo – “ter saúde” e “ser saudável” constituem referências com múltiplos significados contextualmente muito diferentes.

Exemplarmente, partindo da afirmação de uma “capacidade de ser saudável”, dentro da abordagem das “capacidades”-*capabilities* proposta por Martha Nussbaum e Amartya Sen, e por influência ainda da especificação introduzida por Sridhar Venkatapuram, Brigit Toebes acentua a significação da saúde como uma necessidade vital, exigindo decisivamente protecção por parte do direito internacional. Afastando-se, então, da definição de “saúde” proposta pela Organização Mundial de Saúde, visando um sentido mais abrangente, acentua que garantir o acesso aos serviços de saúde não basta, será necessário o estabelecimento de condições básicas propiciadoras de saúde – tais como acesso a água potável e saneamento, a informação e educação relacionadas à saúde, a condições de trabalho seguras e saudáveis, e a ambientes de vida saudáveis²⁰. Efectivar tal “capacidade” como um “direito” implicará, assim,

¹⁷ Artigos 2.º, 3.º, 18.º a 21.º, 26.º, 28.º a 30.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁸ Artigos 3.º, 22.º, 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁹ Preamble to the Constitution of the World Health Organization, 22 July 1946 (entry into force 7 April 1948).

²⁰ «All in all, health is a vital need that requires strong protection under international law. For international health law, it would be important to focus on the individual’s capacity to function adequately in society and to pursue one’s life plans. Moving away from the absolute WHO definition prevents persons with chronic diseases or disabilities from being labeled as ‘unhealthy’. It also implies that emphasis needs to be placed not only on ensuring access to healthcare services, but also on creating condi-

envolver as instituições internacionais na sua estruturação e consubstanciação: se o “direito a ser saudável” é um *direito humano* enquanto interesse individual urgente – o direito “ao mais alto padrão de saúde possível”, ou o “direito à saúde” –, não é menos uma necessidade coletiva urgente, e simultaneamente indissociável do circunstancial desenvolvimento social e económico. É assim também o sentido amplo de *saúde* que está fundamentalmente em questão também na crise pandémica de COVID-19²¹, a acentuar as fragilidades de promoção e de protecção de direitos humanos em todos os continentes.

2.2 Liberdade e segurança

Reflectindo criticamente do ponto de vista jurídico sobre a liberdade e a segurança neste circunstancialismo, cumpre desde logo precisar os sentidos axiológico-normativos dos princípios da liberdade e da segurança enquanto fundamentos da juridicidade vigente, e a constitutivamente pertinente tensão dialéctica, primeiramente enquanto fundamentos da juridicidade vigente, e, assim, enquanto efectivos *princípios normativos*²².

tions for being healthy, including access to safe drinking water and sanitation, health-related information and education, safe and healthy working conditions, and healthy living environments». – Brigit TOEBES, “International Health Law: An Emerging Field of Public International Law”, p. 304 (*vide* p. 303-304), referindo-se a Amartya SEN, *Development as Freedom*, Oxford, OUP, 1999; Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Cambridge, Harvard University Press, 2011; Sridhar VENKATAPURAM, *Health Justice: An Argument for the Capabilities Approach* Cambridge/Malden, Polity Press, 2011.

²¹ Brigit TOEBES, “International Health Law: An Emerging Field of Public International Law”, p. 304.

²² *Vide*, especialmente, António CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 95-180, 172-175; Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 3.ª Ed., 2019, Coimbra, Gestlegal, p. 627-650; José Manuel Aroso LINHARES, “Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?”, in Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, STVDIA IVRIDICA*, 106, *Ad Honorem – 6, Volume III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 395-421, 413-421; José Manuel Aroso LINHARES, “Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista

A delimitação recíproca de princípios e de direitos fundamentais, nomeadamente da liberdade e da responsabilidade, aqui em questão, põe, assim, um problema de adequação prático-normativa, especificamente de concordância prática²³. Entre *virtudes éticas*, de um lado, e *direitos e deveres jurídicos*, do outro, longe de qualquer unanimidade, a dialéctica entre liberdade e responsabilidade implica que a fronteira entre o *eu* e o *outro*, e, assim, entre a liberdade e a responsabilidade, que do direito são específicas qualidades – a exigibilidade recíproca, ao *outro* e ao *eu*... –, assumam contornos contraditórios, consoante os contextos, dos mais individualmente reponsabilizantes aos mais colectivamente repressivos.

A liberdade, enquanto manifestação de autonomia, categoria socialmente cunhada, constitui uma referenciação racional da acção, a que corresponde, na acepção da bilateralidade do direito, uma dimensão correspectivamente intrínseca de responsabilidade²⁴... Ao lado desta, a segurança constitui igualmente um valor fundamental, conjugando-se numa compreensão materialmente densificante do direito compatibilizada com um sentido material, contextualizado, de justiça. Assumindo-se, então, a montante, como integrantes do conjunto dos princípios fundantes do direito, a liberdade e a segurança não serão menos, a jusante, efeitos da juridicidade vigente, enquanto consequências práticas da índole e efectivação do direito. E a produzir efeitos sustentados naquelas pressuposições fundamentais – construindo e manifestando-se enquanto liberdade positiva e enquanto liberdade negativa, por um lado, e segurança, do direito, através do direito e perante o direito, por outro²⁵.

do sistema”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, 1/1, 2012, 30-35 (<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>).

²³ Vide José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1161-1162, 1225.

²⁴ Vide a reflexão apresentada em Ana Margarida GAUDÊNCIO, “Responsabilidade como princípio e limite(s) da(s) intersubjectividade(s) jurídica(s): reflexões em torno da proposta de Castanheira Neves”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 2, 2020, p. 771-790 (<https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/responsabilidade-como-principio-e-limites-das-intersubjectividades-juridicas-reflexoes-em-torno-da-proposta-de-castanheira-neves-ana-gaudencio/>).

²⁵ António CASTANHEIRA NEVES, “Justiça e Direito”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 241-286.

Na actual conjuntura de pandemia, as divergências em torno da tensão entre necessidade de confinamento e liberdade de circulação têm conduzido a discussões sobre os (des)equilíbrios da(s) intersubjectividade(s), nomeadamente ao nível da relação entre liberdade e responsabilidade, e, mais do que isso, do sentido de *corresponsabilidade*. Trata-se, exemplarmente, de compreender a índole, os fundamentos e os critérios da determinação de confinamento face à liberdade de circulação, por um lado, e do confronto entre a procura de informação e as necessidades de fornecimento de bens e serviços face às exigências de tutela de direitos de privacidade e de protecção de dados pessoais, por outro²⁶. Como se entre *modelos* de auto-responsabilização e *modelos* de hetero-responsabilização se escavasse um fosso intransponível, entre consideração e desconsideração da capacidade de autodisciplina e autonomia, e, assim, autodiscrição e autocontrolo... e, no que ao direito importa, entre (in)capacidade de autodefinição e auto-imposição de limites.

3. Consubstanciação dos direitos humanos *no/como* direito, para lá da *crise pandémica*

A mobilização do “*discurso*” dos *direitos humanos* como definição de uma *condição humana ideal*, determinada como *universal*, no enquadramento da actual crise pandémica, assume um papel crucial para a tomada de consciência das diferentes abordagens culturais e jurídicas das relações entre as condições de vida humana e as estratégias de expansão política e económica²⁷. O que, sendo cada vez mais evidente perante a esta crise sanitária e humanitária global, se associa a múltiplas outras crises, que, entretanto, não se dissiparam, e vêm mesmo a agudizar-se – expondo, de um ou de outro modo, vulnerabilidades, mais ou menos graves, em todos os continentes, associadas a crises sociais, políticas e económicas, e conseqüentemente, a crises humanitárias, muito além do enfrentamento da pandemia de COVID-19²⁸.

²⁶ Mart Susi (Ed.), *Human Rights, Digital Society and the Law. A Research Companion*, Routledge 2019; Council of Europe (Ed.), *Human Rights Challenges in the Digital Age: Judicial Perspectives*, 2020.

²⁷ James R. MAY/Erin DALY, “Dignity Rights for a pandemic”, p. 6-7.

²⁸ São neste ponto igualmente fundamentais as contínuas actualizações proporcionadas pelos relatórios da Human Rights Watch (<https://www.hrw.org/>).

Projectar, neste e para além deste enquadramento, a realização dos *direitos humanos* como *direitos*, efectivamente *jurídicos*, vertendo em efectividade normativa as pressuposições axiológico-normativas que encerram, implicará mais do que ver neles exigências de tutela dos cidadãos perante os Estados, e mesmo níveis diferenciados de protecção e/ou intervenção por parte dos Estados, em movimento potencialmente universalizável. Implicará determiná-los histórico-culturalmente e perspectivá-los a partir da contextualização específica da intersubjectividade jurídica. O que aqui se propõe essencialmente a partir da proposta de Castanheira Neves, ao afirmar a juridicidade dos *direitos humanos* para lá das construções que os projectam em pretensões justificadas essencialmente por reivindicações políticas, exactamente através da acentuação daquilo que tal nota de *juridicidade* lhes introduz de decisivamente diferenciador: o facto de, assumindo índole jurídica, implicarem, na consideração do *outro*, o contrapólo do *dever*, e, assim, afirmação de *direitos* e titularidade de (*correspectivos*) *deveres*, numa *comunitariamente* assimilada dialéctica entre *autonomia* e *responsabilidade*²⁹ – com o que a mencionada contextualização cultural da intersubjectividade jurídica conduzirá a diferentes equilíbrios, pressupondo a base dialógica da construção da juridicidade. Numa abertura do sentido do direito, na conjugação dialéctica entre o *suum* de cada um e um *commune* integrativo, como condição simultaneamente de delimitação recíproca de actuação e de convergência de realização do *humano*³⁰.

²⁹ Vide António CASTANHEIRA NEVES, “Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 1, n.º 1, 2012 (<http://revistas.ulsofona.pt/index.php/rfdulp/issue/current/showToc>, p. 20-21); António CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, in António Avelãs Nunes/Jacinto de Miranda Coutinho (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 9-82, p. 42-51.

³⁰ António CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito: lições proferidas a um curso do 1.º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, Coimbra, 1971-1972, p. 125-130; António CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 349-473, p. 416. Vide a reflexão já proposta em Ana Margarida GAUDÊNCIO, “Responsabilidade como princípio e limite(s) da(s) intersubjectividade(s) jurídica(s): reflexões em torno da proposta de Castanheira Neves”, p. 4 ss.

Propondo uma reflexão sobre o *sentido do direito* que admita uma fundamentação material da juridicidade dos *direitos humanos* e o reconhecimento de um núcleo, ou patamar, *mínimo* de valores comuns – neste ponto em aproximação à proposta de Mário Reis Marques³¹ –, aponta-se a possibilidade, para lá de um primeiro patamar, mínimo, enquanto *mínimo comum de subjectividade universalizável*, de uma multiplicidade periférica de substancializações, não coincidentes, antes de densidade variável, consoante os contextos e bens-direitos-*pretensões* em causa, e assim potenciando uma protecção em níveis diferenciados. Confronta-se, pois, essencialmente, uma intersubjectividade específica culturalmente subjacente à percepção de *direitos humanos*, aqui em causa, e, sobretudo, atentando na *alteridade do Outro*, que, agora com inspiração em Douzinas – e, com este, em Levinas³² –, faculte uma confrontação *inter-subjectiva* racionalmente erigida a partir de uma dimensão (neste sentido, *ética*) de *responsabilidade*, susceptível de convocar para a respectiva fundamentação conteúdos de específica determinação cultural³³.

Ainda que a *dignidade humana* seja um significante com tantos significados(-conteúdos) quantas as experiências civilizacionais consideradas – posto que a genérica categoria *dignidade humana* só fará sentido se substancialmente densificada, em concreto³⁴ –, só o *reconhecimento*

³¹ Mário Reis MARQUES, *Introdução ao Direito I*, p. 227. Vide *idem*, p. 227-242.

³² Vide Emmanuel LEVINAS, “*Interdit de la représentation et ‘droits de l’homme’*”, in Emmanuel Levinas, *Altérité et transcendance*, Montpellier, Fata Morgana, 1995 (Le Livre de Poche, 2010), p. 127-135; Emmanuel Levinas, “*Les droits de l’autre homme’*”, *ibidem*, 149-153; Emmanuel LEVINAS, “*Droits de l’homme et bonne volonté’*”, in Emmanuel Levinas, *Entre nous. Essais sur le penser à l’autre*, Paris, Grasset, 1991 (Le Livre de Poche, 2010), p. 215-219.

³³ Vide Costas DOUZINAS, *The End of Human Rights*, Oxford, Portland, Hart, 2000, especialmente 13. «*The Human Rights of the Other*», p. 343-369, especialmente p. 348-351 e 14. «*The End of Human Rights*», p. 371-380. Vide ainda os desenvolvimentos já propostos in Costas DOUZINAS/Ronnie WARRINGTON, *Justice miscarried. Ethics and Aesthetics in Law*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1994, sobretudo p. 80, e *ibidem* n. 183, p. 84, e *ibidem*, n. 200, p. 85, e *ibidem*, n. 201.

³⁴ «(...) o princípio da dignidade (...) impõe-se como um verdadeiro *prius* axiomático, como um pressuposto irreduzível, indefinível e até indizível do sistema jurídico. Dada a abrangência, a indeterminação e potencial evolutivo que o caracterizam, ele perfila-se como a referência mais elevada deste sistema e o seu princípio mais universal». – Mário Reis MARQUES, “A dignidade humana como *prius* axiomático”, in Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 541-566, 566.

recíproco dessa dignidade – compreendido como elemento constitutivo da *subjectividade* e da *intersubjectividade* jurídicas, e da respectiva efectivação – poderá constituir, dizendo com Castanheira Neves, o susten-táculo de um *sentido materialmente autónomo do direito*³⁵, *que, não se demitindo de afirmar uma validade* – e não esquecendo os contributos de outras dimensões práticas normativamente relevantes –, lhe confere a posição de indispensável instância ao mesmo tempo normativamente reguladora e reflexivamente crítica da *praxis* social.

Para lá da excepcionalidade da situação que vivemos, haverá uma sociedade *pós-pandémica* – permanecerá o afirmado *novo normal*? Que papel desempenharão no dito *novo normal* a liberdade e a segurança, e, na sua sequência, a responsabilidade e a justiça? Os meios científicos prometem um *regresso*... Em tal profetizado *regresso*, que *máscara* será afivelada? Uma *máscara* que, por agora, se afigura também cada vez mais como manifestação de *responsabilidade* e de *solidariedade* – mais ainda, de *cuidado*... – em relação a si próprio e ao(s) outro(s)... Ou uma máscara como *meio* de afirmação de um *individualismo* protector, de isolamento e sectorização social, como outras já conhecidas, numa redução, senão mesmo substituição, da convivência, admitindo uma asséptica coexistência, esta mesma ainda em nome de uma selectiva protecção de certos sentidos de liberdade e de segurança...

Entre as *pandemias* dos *factos*, dos *discursos*, do *medo*, e a normatividade jurídica, apontam-se desafios decisivos, de uma eventual reconstrução dos conteúdos e das fronteiras da intersubjectividade. E, conseqüentemente, das reflexões sobre o sentido e sobre a efectivação dos *direitos humanos como direito(s)*.

³⁵ Vide António CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito”, in R. M. Moura Ramos, C. Ferreira de Almeida, A. Marques dos Santos, P. Pais de Vasconcelos, L. Lima Pinheiro, M. Helena Brito, D. Moura Vicente (Org.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 837-871, p. 869-870.

