

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 19 • v. 9 • n. 1-4 • 2024

- 14 **Adriano Marteleto Godinho**
Transhumanismo e pós-humanismo: o colapso da humanidade?
- 36 **Carlos Eduardo Ferreira dos Santos**
A favelização no Rio de Janeiro e propostas de melhorias
- 88 **Douglas Jurek**
Jurisdição constitucional na era digital: repensar teórico, protagonismo regulatório e desafios interpretativos
- 171 **Gabriel Passarini**
Patente e inventividade: a patenteabilidade à luz da atividade inventiva
- 211 **Maria Gabriela Lopes de Macedo**
A fiscalização de constitucionalidade de decisões judiciais pelo Tribunal Constitucional português
- 276 **Maria Leticia Nogueira Lima**
A crise financeira, a insegurança econômica e o voto populista
- 342 **Pedro Henrique Custódio Maia Ribeiro e Silva**
Entre os vestígios históricos do Direito Internacional Público e a urgência contemporânea na proteção dos povos indígenas
- 417 **Renan Melo**
Método comparativo e direito comparado: diferenças e usos
- 451 **Jordano Paiva Rogério**
Direito da saúde de exceção: o regime excecional de contratação pública covidiana e a repercussão para a aplicação imediata da tutela à saúde
- 514 **Samara Machado Sucar**
Perspectivas de desenvolvimento de regulação transnacional do sistema financeiro
- 544 **Talita de Pedro Rossini**
Tratados internacionais de direitos humanos: a interpretação evolutiva no sistema europeu e americano
- 586 **Luis Fernando de França Romã**
A alternativa semipresidencialista proposta pelo Professor Doutor Honoris Causa Manoel Gonçalves Ferreira Filho

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2024
a. 19 v.9 n. 1-4

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 19 • Volume 9 • Número 1-4 • Janeiro-Dezembro 2024

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

Joice Bernardo do Carmo, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Patrícia Ferreira de Almeida, Diretora Científica do NELB

Nathalia Schmidt, Diretora Científica do NELB

Maria Mariana Moura, Observadora Externa

Bruno Bueno Assalin

Caio Guimarães Fernandes

Carolina Cerqueira Cruz

Fabício Quirino

Fernando Antônio Turchetto Filho

Gustavo Martins Baini

Jordano Paiva

Leonardo Castro De Bone

Leonardo Dias da Cunha

Leonardo Pache de Faria Cupello

Maiara Motta

Márcio Roberto Silva

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Pedro Rocha Amorim

Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira

Samara Machado Sucar

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Francisco Resek Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)
Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Pedro Romano Martines, *In memoriam*

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro De Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

RELATÓRIOS ACADÉMICOS

DIREITO DA SAÚDE DE EXCEÇÃO: O REGIME EXCECIONAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA COVIDIANA E A REPERCUSSÃO PARA A APLICAÇÃO IMEDIATA DA TUTELA À SAÚDE*

Exceptional Health Law: The Extraordinary Public Procurement Regime During the Covid Era and Its Implications for the Immediate Enforcement of the Right to Health

Jordano Paiva Rogério **

A pesquisa aborda o papel do Direito da Saúde no âmbito do Direito da Contratação Pública, com influências de Direitos Fundamentais e Direito Constitucional. O objetivo do trabalho é analisar as discussões entorno do regime excecional de contratação pública, introduzido em meio às medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do coronavírus. Perquire-se a natureza jurídica e a fundamentalidade do direito da saúde, seara em que se buscam possíveis influências da atuação do Governo português durante o período da crise pandêmica de COVID-19. A pesquisa visa compreender se a simplificação dos regimes de contratação pública para promoção do direito da saúde foi longe demais. Por conseguinte, tenta-se constatar a possibilidade de se estabelecer grande diferença protetiva

* Relatório Académico apresentado na disciplina de Seminário de Investigação em Direito Administrativo, no ano letivo 2021/2022, no Curso de Doutoramento em Direito e Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Maria João Estorninho. Valor atribuído a este relatório: 16 valores.

** Candidato ao doutoramento em Direito e Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados em Portugal e na Ordem dos Advogados no Brasil. Pós-graduado em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), com bolsa de mérito académico atribuída pela Escola Superior de Advocacia (ESA). Pós-graduado em Direito da Igualdade pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Pós-graduado em Direito Constitucional. Especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo e em História das Ideias Políticas, títulos conferidos pelo programa de doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), com período de estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) e reconhecimento de nível pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Foi Conselheiro Pedagógico dos mestrados e doutoramentos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); também Diretor Científico do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB-FDUL). E-mail: jordano.law@gmail.com; jordanorogério@edu.ulisboa.pt.

entre as vertentes negativa e prestacional inerentes a esse direito. A análise tem como fulcro principal o ordenamento jurídico português, em plano coadjuvante o sistema brasileiro, embora possam ser feitas comparações pontuais com outros sistemas presentes em países de língua portuguesa, inglesa e espanhola. A investigação será possível através da análise de doutrina, evolução da legislação pertinente, pareceres, pesquisas científicas e dados oficiais de órgãos governativos. O trabalho está escrito em português brasileiro, conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, seguem-se as normas metodológicas descritas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Palavras-chave: contratação pública; COVID-19; saúde; fundamentalidade.

The research examines the role of Health Law within the sphere of Public Procurement Law, drawing upon influences from Fundamental Rights and Constitutional Law. The objective is to analyze the debates surrounding the exceptional public procurement regime introduced as part of the extraordinary and temporary measures addressing the coronavirus epidemic. The study delves into the legal nature and fundamentality of the right to health, exploring potential influences of the Portuguese Government's actions during the COVID-19 pandemic crisis. It seeks to determine whether the simplification of public procurement regimes to promote the right to health overstepped reasonable boundaries. Consequently, it aims to assess the extent to which significant protective distinctions can be established between the negative and positive dimensions inherent to this right. The primary focus is on the Portuguese legal framework, with the Brazilian system playing a secondary role, while occasional comparisons may be drawn with other systems in Portuguese-, English-, and Spanish-speaking countries. The investigation is conducted through the analysis of legal doctrine, legislative developments, opinions, scientific research, and official data from governmental bodies. The work is written in Brazilian Portuguese in accordance with the Portuguese Language Orthographic Agreement, adhering to the methodological standards set by the Brazilian Association of Technical Standards.

Keywords: public procurement; COVID-19; health; fundamentality.

Sumário: Introdução. 1.1. Contextualização do problema 1.2. Justificativa 1.3. Questões de pesquisa 1.4. Delimitação pela negativa 1.4. Metodologia 2. Natureza jurídica do direito da saúde 2.1. A dupla dimensão/geração/acepção do direito da saúde por consagração histórico-evolutiva 2.2. Demais aspectos da natureza jurídica nas constituições portuguesa e brasileira 2.3. Direito fundamental em todas as dimensões? 2.4. Aspecto econômico balizador da aplicação imediata 2.5. Sistema especial de proteção e um possível caráter limitador da atividade legislativa 3. Sobre os regimes de exceção que vigoraram em Portugal durante a crise sanitária 3.1. A adoção do ajuste direto (simplificado) 3.2. Símeis reflexos na contratação pública de alguns sistemas jurídicos de mesma matriz administrativa 3.3. A fiscalização de legalidade e regularidade exercida pelo Tribunal de Contas em Portugal 3.4.

Limites jurídicos previamente identificáveis às medidas excecionais de contratação 4. Análise da aplicação imediata do direito da saúde de exceção 4.1. Impactos da tutela do direito da saúde na contratação pública durante a crise 4.2. Regime excecional antes do estado de emergência 4.3. Últimas considerações sobre o direito fundamental à saúde. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. Introdução

1.1. Contextualização do problema

A pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 teve um impacto sem precedentes na saúde pública. O centro das atenções durante mais de três anos, desde o final de 2019 até o início de 2023, foi a preocupação com a luta para defender a vida dos milhões de possíveis infectados. Como forma de proteção dessas vidas, na sua aceção mais essencial, enquanto direito de permanecer vivo, foi dado especial relevo aos mecanismos de exercício da garantia do direito à saúde.

Em quase todos os países ao redor do mundo, incluindo Portugal e Brasil, o Estado foi obrigado a adotar medidas de emergência com foco no combate à disseminação do vírus e na garantia de proteção da saúde para a população. Nesse contexto, a contratação pública emergencial tornou-se um instrumento crucial para assegurar o acesso aos insumos, equipamentos e serviços necessários para lidar com a pandemia. Procedimentos simplificados de contratação pública foram subitamente postos em prática, e contratos públicos, em seu conceito mais amplo, foram desenvolvidos em tempo recorde.

Contudo, a necessidade de se atender às demandas urgentes relacionadas ao combate da crise sanitária pode ter possibilitado, embora justificáveis no plano dos direitos fundamentais, a criação de algumas situações teratológicas na seara do direito administrativo e dos contratos públicos. Há que se perquirir se a contratação

pública nos regimes de exceção pode ter trazido riscos e desafios para a própria natureza jurídica do direito à saúde, principal objetivo da presente pesquisa. Afinal, a desprocedimentalização de mecanismos para a tutela da saúde pode, indubitavelmente, gerar debates sobre a gênese de aplicação desse direito.

1.2. Justificativa

O direito à saúde foi inserido em ambas as constituições portuguesas de 1976 e brasileira de 1988 no capítulo dos direitos sociais. A partir desse ponto é discutido pela doutrina a natureza jurídica do direito da saúde, nomeadamente, a hipótese de ser considerado direito fundamental, posto possuir duas dimensões. Na dimensão negativa, o direito da saúde tende a se apresentar como um direito fundamental de estrutura análoga a dos direitos, liberdades e garantias. Na positiva, todavia, ele talvez não possua força jurídica própria, como consequência, a doutrina parece se inclinar a considerá-lo não passível de aplicação imediata, assunto que será explorado no início da pesquisa.

É notório o fato de que ainda não há uniformidade entre os cientistas jurídicos ao categorizar o direito à saúde enquanto direito fundamental em todas as suas dimensões. Essa falta de consenso, por si só, já poderia ser uma justificativa plausível para a necessidade da presente pesquisa, posto buscar como conclusão um contributo novo para o entendimento do direito. Todavia, a pesquisa vai além no tempo, reconhece a especial necessidade de revisitar os contornos dos ensinamentos clássicos da natureza jurídica do direito à saúde após o contexto da crise sanitária.

Algo que ainda não foi levado em consideração nas tentativas de identificar a natureza jurídica desse direito foram os recentes regimes de exceção ocorridos a

partir de 2019. Durante a crise pandêmica marcada pela COVID-19, os regimes de contratação pública em Portugal e no Brasil foram extremamente simplificados. Há que se indagar sobre as influências desses regimes de exceção na percepção da natureza jurídica do direito à saúde e a possível consequência no âmbito da aplicação imediata ou não desse direito.

Um dos contributos do presente trabalho poderá vir também da necessidade de se fazer um balanço para saber em que medidas os regimes de exceção efetivamente contribuíram para a tutela do direito à saúde. Afinal, os ritos de contratação pública foram desenvolvidos com finalidade dirigida a certos objetivos, definidos formalmente como meio para se atingir os interesses públicos primário e secundário. Questionar-se-á se em alguns casos os regimes de exceção, que repercutiram na simplificação dos procedimentos de contratação pública, tiveram efeitos perversos ou benéficos para a maturidade da doutrina acerca da contratação pública e dos direitos sociais e fundamentais.

1.3. Questões de pesquisa

Para uma delimitação do objeto, e melhor compreensão da necessidade do presente trabalho, identificam-se algumas questões de pesquisa, quais sejam:

Num contexto de exceção, a simplificação dos procedimentos de contratação pública - para os contratos celebrados por causa da crise pandêmica de COVID-19 - pode ter indicado uma possível aplicação imediata do direito à saúde? Antes disso, a simplificação dos regimes de contratação pública foi longe demais? Existiu um direito fundamental à saúde, na vertente positiva, durante o regime jurídico-administrativo no contexto da crise? A adoção dos regimes de exceção, em

matéria de contratação pública, trouxeram alguma influência para a natureza jurídica do direito da saúde?

1.4. Delimitação pela negativa

É importante ressaltar, no que toca ao objeto da pesquisa, que o trabalho terá uma delimitação pela negativa quanto ao alcance dos regimes de exceção sob análise. Não se desconhece que a crise de saúde pública pandêmica causou uma série de efeitos indiretos no mundo jurídico, uma vez que das relações públicas travadas para prestar o devido tratamento de saúde decorreram inúmeras situações jurídicas. Entretanto, não será possível analisar, de maneira exaustiva, todas e quaisquer situações por meio das quais a contratação pública foi indiretamente afetada, razão pela qual o presente trabalho analisará somente as medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do coronavírus, em especial o regime excecional de contratação pública, disciplinado no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e legislações posteriores que o modificaram.

1.5. Metodologia

A presente pesquisa está vinculada à área científica do Direito Público, sob enquadramento teórico do papel do Direito da Saúde no Direito da Contratação Pública, Direitos Fundamentais e Direito Constitucional. O principal ordenamento jurídico alvo de análise é o português, coadjuvante o brasileiro, não obstante possam ser feitas comparações pontuais com outros sistemas presentes em países de língua portuguesa, inglesa e espanhola. As normas metodológicas utilizadas são as da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), e a escrita se deu em português brasileiro, consoante o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa

assinado em 1990. Foi escolhido o tipo de investigação jurídico-interpretativo, por se basear no método analítico para decompor os variados níveis, aspectos e relações das discussões jurídicas.

Quanto ao instrumento de coleta de dados, foca na análise de conteúdo bibliográfico e a produção legislativa pertinente. Em relação às técnicas empregadas, se utilizam a documental, a partir de fontes primárias de textos que não receberam tratamento analítico, em especial a Constituição da República Portuguesa de 1976, o Código dos Contratos Públicos português de 2008, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e legislações que o modificaram, assim como a Constituição Federal do Brasil de 1988. Também é utilizada a técnica bibliográfica, elaborada a partir de artigos, livros, teses, revistas e periódicos. Por fim, realiza-se a pesquisa por meio do raciocínio teórico hermenêutico e dogmático.

O presente trabalho utiliza uma abordagem qualitativa do problema, vez que faz uma observação e análise documental, ao se apoiar na filosofia fenomenológica. No que toca ao objetivo a pesquisa é considerada explicativa, porque identifica e estuda os fatores já suficientemente descritos e detalhados, que determinam ou contribuem para a ocorrência da discussão acerca da aplicação do direito à saúde em regimes de contratação pública ocorridos durante a crise sanitária de COVID-19.

Em relação aos métodos, utilizam-se: o dialético, uma vez que busca entender e tentar solucionar a questão pelo diálogo entre entendimentos doutrinários dissonantes; o hipotético dedutivo, porque a pesquisa organiza seu raciocínio a partir de uma percepção lacunosa nos conhecimentos, qualificada pela incerteza em delimitar a aplicação do direito à saúde antes e depois dos regimes de exceção sanitária; e o comparativo, porque estuda as diferenças e semelhanças entre

os sistemas jurídicos português e brasileiro, no que toca às diferentes premissas trazidas para a conclusão dos problemas analisados pela pesquisa.

2. Natureza jurídica do direito da saúde

Em primeiro plano, inicia-se por dizer que não há um consenso na doutrina posterior às atuais constituições brasileira e portuguesa acerca da natureza jurídica do direito à saúde. Há atualmente dissonâncias em especial na tentativa de aproximá-lo ou diferenciá-lo das demais categorias de direitos fundamentais, que possam repercutir na aplicação direta ou indireta de algumas dimensões desse direito. Antes de analisar o que já se tem discutido acerca dos contornos desse direito na atual sistemática jurídica, será interessante perceber se em algum momento essa situação já esteve mais perto de estar pacificada.

Ao partir do pressuposto que a presente pesquisa tenta revisitar a doutrina clássica sobre a natureza jurídica do direito à saúde, num primeiro momento, é necessário conhecer algumas fontes dessa doutrina. A primeira parte do trabalho se dedica a fazer um breve estudo sobre as dimensões do direito da saúde, com destaque às previsões constitucionais que reconheceram a necessidade de se assegurar esse direito através de um patamar histórico-evolutivo recente. É num segundo momento, nos capítulos posteriores, que a discussão se densifica nas legislações adotadas para enfrentamento da crise decorrente do vírus SARS-CoV-2, e, por último, volta a discutir a natureza jurídica desse direito. Conforme se passa a expor.

2.1. A dupla dimensão/geração/acepção do direito da saúde por consagração histórico-evolutiva

Antes de partir para as discussões que os problemas da presente pesquisa propõem importa a necessidade de se identificar a verdadeira natureza jurídica do direito à saúde. Ora, para que seja possível analisar uma eventual mudança conceitual, é imprescindível partir a pesquisa desse ponto de análise. Para tanto, recorda-se que mesmo para a doutrina tradicional o direito da saúde¹ adquiriu no último século uma identidade enquanto disciplina jurídica autónoma², embora ainda possua pontos de contacto e interdisciplinaridade³. Ressalva-se que a pesquisa reconhece esse carácter multidisciplinar, no entanto, confere primazia aos debates de direito público, com ênfase no direito administrativo, assim como os contornos de direitos sociais e fundamentais entorno desse direito, não tanto de direito privado.

No plano positivo o direito à saúde surge na constituição brasileira de 1988 no artigo 6.º, cuja primeira menção tem o fiel objetivo de o incluir no rol dos direitos sociais. Mais à frente, no artigo 196, é reconhecido como um direito de todos e

¹ Diga-se de início que a presente pesquisa concorda em utilizar o conceito de direito da saúde como “o sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objecto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde.”. Sérvulo Correia. Introdução ao Direito da Saúde. In: *Direito da Saúde e Bioética* (Lisboa: Lex, 1991), p. 41.

² No sentido de autonomia como disciplina jurídica, o direito à saúde conquistou esse carácter por conta de um fenómeno geral de interpenetração e reaproximação do Direito Público com o Privado. Ele se singularizou pelo objeto e particularidades quanto à sua posição no quadro das relações sociais. *Idem. Ibidem.*, p. 52.

³ Ainda sobre os pontos de interdisciplinaridade, o autor demonstra natural propensão a observá-lo na seara do direito civil. Nesse aspeto, utiliza como plano de fundo do direito à saúde o direito da personalidade, conforme a ideia de que a concretização do direito à saúde perpassa o direito individual de proteção da integridade física. *Idem. Ibidem.*, p. 50.

dever do Estado, que se compromete com a garantia por meio de políticas sociais e económicas a fim de reduzir o risco de doenças e outros agravos afins. A segunda parte do mesmo artigo consagra a universalidade desse direito, cuja garantia se atribui a todos, de maneira igualitária, mediante ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação.

Não se há de olvidar que a constituição brasileira anterior, de 1967, não previa expressamente um rol de direitos sociais. Por ausência de parâmetros expressos em texto constitucional a discussão tinha início numa dificuldade natural de conceituação geral do que seriam efetivamente esses direitos. Os autores explicavam a natureza jurídica dos direitos sociais com plano de fundo nas garantias laboristas, que, por seu turno, possuíam dimensões mais pacificamente adotadas enquanto direito fundamental. Nesse sentido, havia uma parte da doutrina que na vigência da constituição de 1967 já tentava atribuir o patamar de direito fundamental a todos os direitos sociais⁴, a despeito da ausência de fundamento constitucional expreso.

Embora já se falasse em fundamentalidade dos direitos sociais, não se constata especial relevo quanto às garantias possivelmente fundamentais decorrentes do direito à saúde. Sua inclusão dentro do catálogo constitucional dos direitos sociais, e, consequentemente, dos direitos e garantias fundamentais, foi pacificamente conquistada somente com a promulgação da constituição mais

⁴ Nas palavras do autor: "O direito social constitucional é um direito fundamental, ínsito à pessoa humana, que, sem o exercício deste, jamais poderá realizar seus mínimos objetivos. (...) O direito social, senso largo, é o direito primário do indivíduo. Direito primário de habitar ou de trabalhar, por exemplo. O Estado contemporâneo deve adaptar-se às novas exigências sociais, no sentido de atender, pelo menos, e em princípio, a dois direitos sociais: o de trabalho e moradia." Cfr.: Paulo Lobo Saraiva. *Garantia constitucional dos direitos sociais* (Rio de Janeiro: Forense, 1983), p. 28.

recente. Sublinha-se que a nova constituição inovou ao prever um rol de direitos fundamentais, e acertadamente incluiu neles os direitos sociais. Dentro dos direitos sociais incluiu o direito à saúde, sem distinção clara no texto quanto a possíveis dimensões. O cerne axiológico da nova redação constitucional foi o fiel objetivo de atribuir maior segurança à proteção desse direito, cuja importância protetiva pode ter sido mais branda no anterior regime⁵.

A partir dessa previsão se retiram do direito à saúde algumas percepções constitucionais elementares, que serão agora alvo de análise. A primeira é a clara opção do legislador constituinte originário de o incluir dentro do catálogo constitucional de direitos sociais, que, por sua vez, no caso brasileiro, representam o capítulo II da Constituição Federal de 1988, dos direitos e garantias fundamentais. Quanto à fundamentalidade desse direito, será necessário partir da premissa de que a atual constituição brasileira integrou os direitos sociais num segundo grupo de direitos fundamentais, próximo dos direitos políticos e de nacionalidade, mas distinto do primeiro grupo, o dos direitos individuais, elencados no capítulo I do mesmo título.

Os direitos sociais não somente alargaram o catálogo constitucional dos direitos fundamentais, mas também empreenderam uma reformulação por

⁵ A constituição brasileira de 1988 ficou conhecida pelo apelido de constituição cidadã, consoante as conquistas alcançadas após o término do regime anterior. O Brasil havia acabado de colocar um fim na ditadura militar, que se iniciou com o golpe de 1964 (faz-se aqui uma ressalva, alguns poucos historiadores, que ainda reconhecem benefícios ao regime, preferem chamar o golpe de revolução) e durou mais de duas décadas. O fim do regime antidemocrático ficou marcado pela ascensão da doutrina da efetividade, que conferiu ao processo de redemocratização uma notória preocupação com a garantia de direitos. Há atualmente um consenso na doutrina de que essas garantias foram incluídas - com especial relevo - na constituição de 1988. A respeito dessa doutrina da efetividade: Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9.^a ed. Livro digital (e-pub) (São Paulo: Saraiva Educação, 2020), parte I, cap. VII, item III, s.p.

completo nos direitos individuais⁶. Eles ganharam força através de um contexto histórico, pelo qual se exigiram mecanismos mais efetivos para reduzir as desigualdades socioeconômicas dentre os indivíduos de uma mesma sociedade, consoante a segunda geração de direitos fundamentais que emergia⁷. Surgem, nesse contexto, em contraponto aos padrões formais de liberdade e igualdade que conduziram à crise do antigo paradigma, o Estado Liberal⁸.

Com a observância da impotência desses antigos padrões, percebeu-se a necessidade de uma nova doutrina, que culminou na consagração do Estado Social de Direito. Esse novo paradigma não excluiu os parâmetros de liberdade já alcançados pelo anterior movimento, mas lhes agregou uma nova perspectiva de garantia de direitos⁹. Dessa maneira, surgiu a segunda dimensão tipicamente

⁶ Ensina-se que os direitos sociais foram responsáveis por empreender uma radical e completa releitura dos direitos individuais, porque além de se somarem ao catálogo anterior, produziram alterações substanciais no significado desses direitos individuais. Tal expressão pode ser identificada através de um estudo dos direitos fundamentais que parte de perfil histórico, ao agrupá-los em gerações de direitos. Cfr. Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de Direito Constitucional*. 12.^a ed. (Salvador: Ed. Juspodivim, 2020), p. 887.

⁷ Os direitos de segunda geração têm relação direta com as liberdades positivas, efetivas ou concretas, convencionam o princípio da igualdade material entre todos os indivíduos. Seu berço se deu no início do século XX, marcado pela primeira guerra mundial, posterior à revolução industrial e às respectivas lutas do proletariado. Sobre essa perspectiva histórica dos direitos sociais, destacam-se as constituições do México de 1917 e de Weimar, na Alemanha. Ambas trazem novos direitos que demandam uma ação estatal contudente para sua implementação efetiva. Direitos cujo foco era trazer melhorias consideráveis nas condições concretas de vida da classe trabalhadora e da população em geral. Cfr. Georges Gurvich. *La idea del Derecho Social*. (Granada: Comares, 2005), p. 4. Também nesse sentido, cfr. Daniel Samento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.^a ed. (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006), p. 19-20.

⁸ Cfr. José Luiz Quadros de Magalhães. *Direito constitucional*. 2.^a ed. t. 1. (Belo Horizonte: Mandamentos, 2002), p. 217.

⁹ Há uma recente crítica doutrinária acerca do uso da nomenclatura gerações quando se referir ao contexto histórico de surgimento dos direitos sociais. O uso da palavra gerações pode trazer uma ideia de sucessão cronológica dentre as fases desses direitos, portanto, indica suposta caducidade dos direitos das gerações anteriores, o que não é verdade. Por essa razão, pode ser preferível o uso da

compreendidas aos direitos fundamentais, que se soma à ideia de abstencionismo estatal, e inclui o dever de promoção, proteção e recuperação de uma categoria de direitos, por meio de prestações ativas de políticas públicas.

Por conseguinte, identificadas as duas primeiras gerações de direitos fundamentais, será comezinho observar as dimensões de proteção detidas pelo direito à saúde. Porque perceber o contexto histórico de surgimento das gerações de direitos fundamentais é de suma importância para compreender as diferentes facetas que o direito social à saúde alcançou nas últimas constituições brasileira e portuguesa. Isto é, a sua integração no segundo grupo do rol de direitos fundamentais da constituição confere-lhe dois aspectos, primeiro um certo parâmetro de garantia da liberdade, mas que evolutivamente passou a exigir um dever do Estado de diminuir desigualdades socioeconômicas¹⁰.

É por isso que pode ser extraído dos atuais modelos constitucionais um direito da saúde com duas dimensões, uma abstencionista e outra comum ao dever de prestação do Estado. Não obstante sua leitura não possa prescindir de uma percepção de interrelação e comunicação historicamente compreendida, que exige uma leitura conjunta e complementar das duas aceções constitucionalmente

nomenclatura dimensões. A esse respeito: Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 19.^a ed. (São Paulo: Editora Malheiros, 2006), p. 571-572.

¹⁰ A presente pesquisa concorda com conclusão alcançada pela Professora Doutora Suzana Antas Videira na sua tese de doutoramento: “Os direitos sociais, enquanto expressão dos direitos do homem concreto e situado, são, no presente trabalho, concebidos como o derradeiro resultado da luta constante pela dignidade da pessoa humana. Mas constituem, também, a cristalização histórica de uma concepção ético-valorativa centrada na proclamação da liberdade, da igualdade e da solidariedade.” Cfr. Suzana Antas Videira. *Liberalismo e questão social em Portugal no século XIX: contributo para a história dos direitos sociais*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2016), p. 850. Cita-se o livro, cuja publicação se refere à tese de doutoramento em Direito, Ciências Histórico-Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, defendida em 2012.

identificadas. Ora, se a segunda dimensão veio para se somar à primeira¹¹, é indubitável que lhe agregou aspectos enriquecedores, mas não os excluiu, aspectos cuja interpretação não poderá se distanciar também das primeiras garantias de liberdade.

2.2. Demais aspectos da natureza jurídica nas constituições portuguesa e brasileira

Em Portugal essas características supracitadas do direito da saúde encontram paralelo, inclusive no aspecto de soma entre as dimensões de direitos fundamentais, vez que o direito à saúde foi integrado no catálogo constitucional de direitos económicos, sociais e culturais. O artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 prevê a proteção da saúde como direito de todos, para além disso, prescreve o direito de todos os indivíduos de a defender¹². O n.º 3, desse mesmo artigo, impõe o dever ativo do Estado de garantir o acesso aos cuidados de saúde a todos os cidadãos, independentemente de sua condição económica, cuja cobertura deverá ser racional e eficiente em todo o país.

¹¹ Essa afirmação de soma de direitos ao mesmo instituto vem da ideia de releitura dos direitos individuais anteriormente consagrados, consoante o texto já citado anteriormente. Cfr. Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ª ed. (Salvador: Ed. Juspodivim, 2020), p. 887.

¹² Esse aspecto individual de cobrança do Poder Público de questões relacionadas à prestação da saúde está relacionado com o caráter subjetivo desse direito. Para além disso, no contexto português se utiliza o âmbito subjetivo do serviço nacional enquanto que justifica a universalidade desse direito. Cfr. Maria João Estorninho; Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde: lições*. (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014), p. 55-56.

O n.º 2 reconhece a obrigação do Estado de proteção por meio de um Serviço Nacional de Saúde (SNS)¹³, que deverá respeitar a condição económica dos utentes, conforme previsto no n.º 3, mas sem excluir a hipótese da cobrança de taxas moderadoras, visto o carácter de tendencial gratuidade. Por força do próprio texto constitucional, em Portugal a proteção do direito à saúde não excluirá a possibilidade de contraprestação pecuniária por conta do utente. Nesse sentido, é possível a exigência do pagamento de taxas que ajudem a custear o tratamento utilizado, chamadas de moderadoras. O artigo 64, n.º 2, alínea “a”, prevê a necessidade de se instaurar um sistema que se aproxime, cada vez mais, da gratuidade, mas não a vincula de maneira obrigatória.

No sistema jurídico brasileiro, por outro lado, não há previsão de participação do utente no custeio de qualquer espécie de tratamento realizado pelo sistema de saúde pública, a utilização de todos os programas públicos de saúde é completamente gratuita. O fundamento se extrai da previsão constante no art. 198, § 1º, da CF/88, segundo o qual o financiamento do sistema de saúde é

¹³ Essa previsão constitucional positiva a natureza pública do direito à saúde, visto a obrigação para que o legislador organize um sistema nacional e unitário de saúde. Ressalva-se que isso não obriga carácter público à todas as instituições que promovam esses tipos de cuidados, mas competirá ao Estado também disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas de medicina, com observância das articulações com o próprio serviço nacional de saúde português. Cfr. Maria João Estorninho; Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde: lições*. (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014), p. 47-49. Quanto ao âmbito constitucional brasileiro se depreende o mesmo resultado, tal premissa está prevista expressamente no artigo 199 da constituição brasileira de 1988.

realizado principalmente com recursos do orçamento da seguridade social, mas também da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante uma lógica de repartição e transferência de recursos entre os diferentes patamares de entes federativos¹⁴.

Dessa maneira, está positivado para além da dimensão negativa do direito à saúde, uma que exige típica atividade prestadora, tanto na constituição portuguesa, quanto na brasileira, embora com algumas nuances diferentes. Essa dupla aceção pode ser alvo de maior problemática, em especial quanto à possibilidade de se distinguir um regime de proteção fundamental consoante a dimensão a que se destine, questão que suscita reflexões desenvolvidas no presente texto. Importa anteriormente não deixar de mencionar, ainda que brevemente, algumas das demais naturezas do direito à saúde.

Além da natureza pública desse direito e da tendencial gratuidade já mencionadas sublinha-se a universalidade, generalidade e a gestão descentralizada e participada. A

¹⁴ A repartição e transferência de recursos mencionada está prevista no art. 195, §10, da Constituição da República do Brasil de 1988, que remete à lei infraconstitucional a obrigação de definir os critérios de transferência do patrimônio, respeitadas as exigências gerais dos quinze parágrafos incluídos no art. 198 da mesma constituição. Quanto a isso, houve uma construção posterior ao texto constitucional que instituiu um Fundo Nacional de Saúde (FNS), assim como respectivos fundos estaduais de saúde, que agregam os recursos financeiros e recebem os repasses de verbas pecuniárias destinadas à promoção da saúde em todo o território brasileiro. As legislações referentes aos repasses desses recursos são numerosas, e podem ser encontradas numa compilação atualizada pelo próprio site do governo brasileiro, disponível em: <<https://portalfns.saude.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 30 abr. 2023.

universalidade se extrai do artigo 13.º da constituição portuguesa de 1976, por força do princípio da igualdade, que garante a mesma dignidade social e igualdade perante a lei a todos os cidadãos¹⁵. Por isso, qualquer forma de prestação estatal do direito à saúde em Portugal não poderá ser garantida somente aos mais pobres e necessitados, mas à toda a comunidade, independentemente da condição socioeconómica.

O aspecto de generalidade conferido ao direito à saúde garante uma cobertura global às prestações decorrentes de doenças ou carência de cuidados. Nesse sentido, o serviço de saúde prestado pelo Estado não poderá excluir quaisquer formas de tratamento ou prevenção de doenças, até um certo nível¹⁶. Do outro lado poderá estar o princípio da proporcionalidade¹⁷, pelo qual será possível a escolha do meio de tratamento que seja menos oneroso aos cofres

¹⁵ Recorda-se que a utilização da palavra cidadãos pelo texto constitucional foi infeliz, posto que se extrai do artigo 15.º da constituição portuguesa um princípio geral de equiparação entre portugueses e estrangeiros. Assim, todos os estrangeiros que se encontrem ou residam em Portugal, via de regra, serão também titulares dos direitos entorno das garantias à assistência médica, hospitalar, de medicamentos e tratamentos terapêuticos em geral. Sobre esse princípio geral de equiparação, mas sem criticar o uso da palavra cidadão pela constituição portuguesa, sugere-se a leitura: Maria João Estorninho; Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde: lições*. (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014), p. 50-55.

¹⁶ *Idem. Ibidem.*, p. 56.

¹⁷ A respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto balança de escolha dos tratamentos que serão realmente fornecidos pelo Estado, expõe-se que cabe ao legislador democraticamente legitimado determinar as prestações que serão incluídas. O aspecto de generalidade do direito à saúde contém uma indeterminação constitucional, cujos conceitos poderão ser densificados pelo próprio legislador. A esse respeito: Vital Martins Moreira. *Constituição da República Anotada*. 4.ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), p. 827-831.

públicos, mas, ao mesmo tempo, com observância de sua eficácia técnica.

Por fim, se extrai do n.º 4 do artigo 64.º da constituição portuguesa a gestão descentralizada e participada do serviço nacional de saúde. Nesse sentido, o SNS não deve fazer parte da administração direta do Estado, mas sim da administração mediata, por meio de várias pessoas coletivas distintas do Estado, não hierarquicamente dependentes do Governo, mas sujeitas ao seu poder de superintendência. Isso pode ser extraído do entendimento do Tribunal Constitucional português, de acordo com os acórdãos n.º 39/84¹⁸ e 731/95¹⁹.

¹⁸ Conforme se extrai da solução acordada no Tribunal Constitucional, de relatoria do Conselheiro Vital Moreira, no acórdão n.º 39/84: “(...) o Serviço Nacional de Saúde há-de ser um serviço público unitário, embora de gestão descentralizada, ou seja, integrado não na administração directa do Estado, enquanto serviço directo do Estado, mas sim na administração mediata, dotado de identidade própria e de autonomia.”

¹⁹ Esse aspecto fica claro de acordo com a interpretação dada ao n.º 4 do artigo 64.º da constituição portuguesa, em sede de controlo da constitucionalidade da norma do n.º 1 da Base XXVII da Lei n.º 48/90, quando se concluiu pela não declaração de inconstitucionalidade, cujo relator foi o Conselheiro Alves Correia: “A descentralização territorial constitui a administração autónoma de carácter territorial (existem ainda as de carácter corporativo e institucional), em relação à qual o Governo exerce apenas um controlo de tutela. A descentralização técnica ou por serviços integra a denominada administração indirecta ou mediata do Estado, a qual está sujeita ao poder de superintendência do Governo [cfr. o artigo 202.º, alínea d), da Constituição]. Ambas se distinguem da administração directa do Estado, a qual abarca todos os órgãos e serviços integrados na pessoa colectiva Estado, hierarquicamente dependentes do Governo e sujeitos ao poder de direcção deste [cfr. o artigo 202.º, alínea d), da Lei Fundamental], quer se localizem na capital do país e estendam a sua competência a todo o território nacional (administração concentrada do Estado), quer se situem em vários pontos do território nacional e tenham a sua competência restringida a determinada circunscrição (administração desconcentrada do Estado).”

No Brasil, o artigo 198 da constituição de 1988 também prevê uma descentralização na organização do sistema de saúde, mas não nos mesmos moldes. O dispositivo constitucional consagra uma administração de forma regionalizada, consoante a divisão territorial do país em múltiplas esferas de entes federativos, cuja administração está descentralizada em cada esfera do governo. Nesse contexto, a constituição brasileira diz ser o sistema de saúde dotado de hierarquia, mas no sentido de regionalização, consoante o sistema de repartição de orçamento constitucionalizado nos parágrafos do mesmo artigo.

2.3. Direito fundamental em todas as dimensões?

Sobre os aspectos entorno da natureza jurídica do direito à saúde a pesquisa introduziu o tema ao comparar os contornos constitucionais positivos que o caracterizam perante os sistemas jurídicos brasileiro e português, além de destacar a importância de sua concepção histórica para uma melhor percepção das aceções desse direito. Essa primeira parte foi essencial para perceber, dentro dos fundamentos constitucionais do direito à saúde, os seus contornos em termos de natureza jurídica. O patamar macro desse plano de fundo será agora deixado de lado, porque a investigação vai além de uma componente mais descritiva, resta ainda

problematizar a própria natureza jurídica desse direito à saúde enquanto digno, ou não, de força jurídica própria.

Nesse aspecto a presente investigação não poderia ter outro plano de partida senão o das considerações introduzidas pela professora doutora Maria João Estorninho, em conjunto com o Dr. Tiago Macieirinha. Recai sobre a compreensão de que há uma tendência de aplicação imediata do direito da saúde, mas que não acontece necessariamente²⁰. Será possível somente quando extraído desse direito uma dimensão fundamental de estrutura análoga a dos direitos, liberdades e garantias (vertente mais fácil de ser atribuída à dimensão negativa), porque ao atingirem o atributo de direitos fundamentais estarão suscetíveis de invocação na ausência de lei ou contra a lei²¹.

2.4. Aspecto econômico balizador da aplicação imediata

A não aplicação imediata do direito da saúde se extrai das características de sua dimensão positiva, conducentes ao patamar de direito social. Isso porque os direitos sociais, tendo em vista o seu contexto de prestação estatal, não conseguem prescindir de um conjunto de condições fáticas e econômicas, que dependem de um sistema de governo complexo. Isto é, para que os direitos sociais

²⁰ Cfr. Maria João Estorninho; Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde: lições*, p. 46.

²¹ *Idem. Ibidem.*, p. 45-46.

sejam efetivamente prestados são necessárias relações entre o Legislativo e o Executivo que possibilitem a edição de normas que, para além de disciplinarem determinada matéria, agregam relações políticas e económicas favoráveis²².

A cláusula que ficou conhecida como reversa do possível é o principal aspecto económico que impede a aplicação imediata do direito da saúde. Ela surgiu de uma interpretação conduzida pelo Tribunal Constitucional alemão acerca da *der vorbehalt des möglichen*, em meados dos anos de 1970, que limitou a prática de atos para concretização dos direitos sociais pelo Estado a uma viabilidade financeira, condicionada aos recursos disponíveis nos cofres públicos. A decisão foi tomada num contexto em que alunos não aceitos nas faculdades de medicina das universidades de Munique e Hamburgo indagaram a restrição com base no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, que garante o direito a todos os alemães de livre escolha da profissão²³.

²² Há quem defenda uma ideia ainda mais extrema, a de que os direitos sociais não existiriam caso os direitos económicos não lhes agregassem estimativa. Nesse sentido: “os direitos económicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política económica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos.” Cfr.: José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. 5.ª ed. (São Paulo: Malheiros, 2008), p. 183.

²³ Cfr. Decisão do Bundesverfassungsgericht: BverfGE 33, 303 (333). Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/12/ls20171219_1bvl000314en.html>. Acesso em 25 fev. 2023.

Em suma, os recursos públicos são finitos, por isso, a implementação de medidas para concretização dos direitos sociais se torna dependente de planos de políticas públicas e permissões em projeções orçamentárias. A utilização da cláusula da reversa do possível precisa ser analisada, sobretudo, pelo legislador, que deve levar em conta os diversos interesses da sociedade civil, mas também a gestão do orçamento e as necessidades administrativas voltadas ao equilíbrio econômico geral²⁴. Há quem discorde desse posicionamento, por considerar a cláusula da reserva do possível falaciosa, segundo a ideia de que se os recursos forem irrefutavelmente reconhecidos como insuficientes, devem ser retirados de áreas menos importantes²⁵. Ainda assim, a presente investigação concorda que é preciso ter em conta aspectos econômicos na aplicação dos direitos sociais.

2.5 Sistema especial de proteção e um possível caráter limitador da atividade legislativa

Para começar a responder as questões da pesquisa, talvez seja necessário ponderar se o direito à saúde está revestido por um caráter limitador contra posteriores atuações legislativas que o esvaziem. Como já

²⁴ Cfr. Daniel Sarmiento. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), p. 197.

²⁵ Nesse sentido: Andreas Joachim Krell. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002), p. 53. Também: Dirley da Cunha Júnior. *Curso de direito constitucional*. 13.^a ed. (Salvador: Jus Podivm, 2019), p. 691 e ss.

foi identificado, o direito à saúde está previsto dentro do rol constitucional de direitos sociais, que, por seu turno, foram incluídos nas constituições brasileira e portuguesa numa categoria própria de direitos fundamentais. O ponto principal que se retira dessa opção legislativa constitucional é a vinculação de um sistema de proteção em caráter especial se comparado com os demais direitos não fundamentais. Talvez por isso o direito à saúde seja digno de uma força jurídica própria, conforme uma sistemática mais protetiva, quiçá revestido de um caráter limitador contra posteriores atuações legislativas que o esvaziem, no entanto, há que se perceber em que termos.

Inicia-se por dizer que elevar um determinado direito à categoria de direito social, na percepção de o avultar direito fundamental, confere-lhe uma garantia mais que rígida, chamada por alguma doutrina de “garantia forte”²⁶. Essa será uma proteção mais efetiva, própria de direitos a que se agrega um atributo de fundamentalidade. Por esse mesmo motivo, como expresso na constituição, vinculam diretamente o Estado e todas as entidades públicas. Como consequência, os titulares do poder e representantes de um regime democrático não deterão a faculdade de dispô-lo²⁷.

Recorda-se a previsão constitucional portuguesa do artigo 18.º, que garante aos direitos, liberdades e garantias uma blindagem contra possíveis restrições. Nesse sentido, eles só podem ser limitados para proteção de outros direitos e interesses de igual patamar constitucionalmente consagrados, além de não poderem ter reduzida a extensão e o alcance enquanto conteúdo essencial dos princípios constitucionais. Por fim, as leis com condão de restringir direitos, liberdades e garantias em Portugal têm de revestir caráter geral e abstrato, sob pena de vício de constitucionalidade.

Ainda que seja considerado um panorama legal infraconstitucional, destaca-se que há no sistema jurídico português um valor reforçado à Lei de Bases da Saúde. O fundamento se extrai do artigo 112.º, n.º 2 e n.º 3, da constituição portuguesa de 1976, que introduz a ideia de valor reforçado às leis quando forem pressuposto normativo necessário para demais leis, ou

²⁶ Cfr. Jorge Reis Novais. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), p. 7-10.

²⁷ *Idem. Ibidem.*, p. 7-8.

que por outras devam ser respeitadas. Os diplomas que chegarem a desenvolver as bases gerais do regime jurídico à Lei de Bases da Saúde estarão compreendidos dentro dessa tutela constitucional de reforço das leis²⁸. Dessa maneira, haverá normas infraconstitucionais que assumirão um papel mais robusto na consagração do direito à saúde, e vincularão, até um certo ponto, posteriores atividades legislativas.

Ressalva-se, no entanto, que a presente pesquisa opta por utilizar a palavra ultra-rígida no que toca ao atributo de fundamentalidade em questão, não a nomenclatura “garantia forte”, defendida por parte da doutrina²⁹. Essa opção surge da inspiração no caráter “rígido” ou “hiper-rígido” de modificação comum às constituições portuguesa e brasileira, nomenclatura pacificamente adotada para definir o procedimento de modificação do texto constitucional³⁰. A escolha do termo “ultra-rígido” respeita a nomenclatura utilizada pela doutrina quanto aos parâmetros de alteração do texto constitucional, mas segue a mesma lógica da “garantia forte”, sem mudanças materiais, no sentido de que a modificação de um direito social deverá exigir especial cuidado.

Tal observância deriva da compreensão de que um direito consagrado formalmente dentro da sistemática constitucional, por si só, já é mais difícil de alteração por meio do processo de criação e aprovação das leis, consoante ao caráter rígido da constituição. Contudo, será necessário observá-lo ainda com maior atenção quando comparado com as demais

²⁸ Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge. *O Direito Fundamental à Proteção da Saúde*. (e-Pública. vol. 6. n.º 1, abril 2019), p. 77. Disponível em: <<https://e-publica.pt/article/34341.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

²⁹ A ideia de “garantia forte” desenvolvida pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais vem de uma concepção de direitos fundamentais como trunfos contra uma maioria. Os direitos como trunfos são reconhecidos pelo próprio autor como um fundamento não original, segundo o qual Ronald Dworkin já teria desenvolvido há mais de quarenta anos. Cfr. Jorge Reis Novais. *Direitos Fundamentais...* op. cit., p. 7.

³⁰ Diz-se que a constituição classificada como rígida, quanto à estabilidade do texto, exige quórum de aprovação mais complexo que o estipulado para a criação da legislação infraconstitucional. Essa sistemática de alteração legislativa no que toca à revisão da constituição é comum aos sistemas jurídicos português e brasileiro, assim como na maior parte das constituições que têm lugar em sistemas de origem romano-germânico. A respeito dessa modificação do texto constitucional: Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, parte I, cap. III, item IV, s.p.

previsões constitucionais, consoante o carácter materialmente sensível do direito à saúde. Nesse sentido, não poderá ser abolido se de alguma maneira ferir, direta ou indiretamente³¹, as cláusulas pétreas da sistemática constitucional brasileira, ou, em sentido *latu*, os limites materiais consagrados na constituição portuguesa de 1976³².

Explica-se que as cláusulas pétreas do sistema jurídico brasileiro estão previstas no artigo 60, § 4º, que estipula o maior limite constitucional existente em todo o sistema de validade e constitucionalidade das leis no Brasil. Por força expressa da constituição, não poderá haver emendas constitucionais, tampouco a edição de leis, de qualquer hierarquia, tendente a abolir os quatro maiores pilares do sistema jurídico brasileiro, quais sejam: “I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. O texto constitucional ainda vai além, sugere que essas propostas sequer sejam deliberadas pelo parlamento.

³¹ Será mais fácil considerar, à partida, que todas as reformas nos direitos sociais afetarão as cláusulas pétras da sistemática constitucional brasileira somente de maneira indireta. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 60, § 4º, IV, inclui os direitos, liberdades e garantias nesse rol que parece ser taxativo, mas não fala expressamente nos direitos sociais. Quanto à possibilidade de tenderem à abolir de maneira mais direta: “Deve-se reconhecer, contudo, que o ônus argumentativo incumbe ao Poder Público, no sentido de que, ao propor projeto de emenda constitucional restritivo de direito social, deve comprovar, cabalmente, que tal projeto, para além de justificar-se mediante ponderação com outro princípio constitucional, respeita os princípios da proporcionalidade, da isonomia e da segurança jurídica.” Porque por violação desses princípios poderia haver uma quebra da finalidade de proteção conferida pela constituição. Cfr. Rodrigo Brandão. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? In: *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. (Rio de Janeiro, 2010), p. 25. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custolegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

³² Nesse sentido, a presente pesquisa identifica o que foi bem explorado pela teoria entorno do Estado de Direitos Humanos. Essa teoria prevê a existência de uma sistemática na base de toda a ordem de proteção a direitos e garantias constitucionais, conforme a ideia de que a dignidade da pessoa humana está no topo do sistema jurídico português. O presente trabalho identifica que talvez esse sistema de proteção à própria dignidade da pessoa humana, único princípio não passível de ponderação no ordenamento jurídico português, seja o paralelo que mais se aproxima às cláusulas pétras brasileiras. A respeito do Estado de Direitos Humanos: Paulo Otero. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. (Coimbra: Almedina, 2010), p. 31-49.

A Constituição da República Portuguesa (C.R.P.) de 1976 não faz menção ao conceito de cláusulas pétreas. Por isso, muito se discute sobre o possível paralelo dentro da sistemática constitucional portuguesa. Nesse sentido, recorda-se que o artigo 288.º dessa mesma constituição previu limites materiais ao poder de revisão do legislador constitucional, porque colocou barreiras expressas, *numerus clausus*, que vinculam de maneira negativa a posterior atuação legislativa. Algumas dessas barreiras, curiosamente, demonstram contundente similaridade com as cláusulas pétreas brasileiras.

Desacatam-se algumas das alíneas do artigo 288.º da C.R.P., em comparação os respectivos números do artigo 60, § 4º, da constituição brasileira, quais sejam: “a) A independência nacional e a unidade do Estado”; “h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional”; “j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;” “d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;”. Se lidos na ordem que foram agora citados será comecinho perceber que correspondem, quase de maneira perfeita, à ordem de previsão das cláusulas pétreas do artigo correspondente na constituição brasileira.

A ideia de “garantia forte” contida nos direitos fundamentais, defendida pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, como dito anteriormente³³, impõe uma vinculação direta ao Estado e à todas as entidades públicas. Caso seja então consagrado ao direito à saúde a categoria de direito fundamental³⁴, consequentemente vinculará de maneira direta o Estado, e resolverá a questão de pesquisa sobre a aplicação imediata desse direito. Para clarificar o que se está a questionar, foi interessante mencionar as cláusulas pétreas e os limites materiais ao poder constituinte derivado

³³ Jorge Reis Novais. *Direitos Fundamentais...* op. cit, p. 8.

³⁴ Recorda-se que a Professora Doutora Cláudia Monge cita a ideia de “garantia forte” desenvolvida pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais para situar o direito à saúde dentro da constituição portuguesa, e parte desse pressuposto para compreender o próprio conceito desse direito. Portanto, esse paralelo já foi diretamente feito. Cfr. Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge. *O Direito Fundamental...* op. cit., p. 77.

reformador, para identificar que somente nessas hipóteses a constituição, de maneira clara, impôs limites para coibir diretamente a atuação legislativa, e, provavelmente, vincular de forma direta o Estado.

Para perceber se o direito à saúde, em sentido amplo, faz jus ao atributo de aplicação imediata, resta então saber se está compreendido dentro desses limites materiais impostos pela constituição. Ora, dentre as alíneas do artigo 288.º da C.R.P., e os números do artigo 60, § 4º, da constituição brasileira, o direito à saúde se aproxima mais nitidamente dos direitos, liberdades e garantias, ou dos direitos e garantias individuais, respectivamente.

Contudo, recorda-se que a pesquisa, em momento anterior, identificou as duas dimensões que correspondem ao direito à saúde, dentre elas, a aceção de prestação positiva do Estado, consagrada em meio ao contexto histórico do Estado Social de Direito. Essa é a dimensão que parece estar mais diretamente relacionada aos direitos e garantias individuais. Não obstante, a dimensão abstencionista exigida constitucionalmente ao Estado, numa primeira leitura, parece também estar abrangida pela C.R.P., ao consagrar os direitos, liberdades, e garantias, que aqui se sublinham.

3. Sobre os regimes de exceção que vigoraram em Portugal durante a crise sanitária

Até o momento, tem-se observado a ausência de um consenso doutrinário tanto em Portugal quanto no Brasil, no que se refere à atribuição de uma força jurídica intrínseca ao direito à saúde em todas as suas dimensões. No entanto, considerando os eventos ocorridos nos últimos anos, talvez seja adequado desviar a atenção da discussão doutrinária já desenvolvida numa situação pré-pandêmica. Passa-se agora a expor como foi o tratamento dado pelo sistema jurídico português durante a crise sanitária decorrente do vírus SARS-CoV-2.

O mais importante diploma publicado nesse contexto foi o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que ainda está em vigor na data de realização da presente investigação (no primeiro semestre de 2023), embora a maior parte de suas

normas já tenham sido revogadas³⁵. Este foi o primeiro diploma legal responsável por introduzir as medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo COVID-19, publicado no Diário da República n.º 52/2020, 1º Suplemento, Série I. Vale a pena chamar a atenção para a data de sua publicação, no dia 13 de março de 2020, assunto sobre o qual se retornará mais adiante.

Destacam-se, de início, os dois artigos que merecem maior atenção pela presente investigação, por terem alterado substancialmente os regimes de contratação em Portugal³⁶. O artigo 2.º, que previu um “regime excecional de contratação pública”; e o Artigo 2.º-A, responsável por

³⁵ Permanecem em vigor até a data de conclusão da presente investigação, julho de 2023, ao menos uma das disposições constantes dos artigos: 1.º; 5.º; 6.º; 9.º; 16.º; 30.º; 33.º; 35.º-O; 35.º-Y; 36.º; 37.º; 37.º-A, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

³⁶ Há uma flutuação sobre o sentido de determinados conceitos utilizados no direito administrativo. Por isso, é fundamental identificar alguma distinção para compreender em que sentido as expressões estão a ser utilizadas. Um ponto que precisa logo ser esclarecido pela presente pesquisa é a necessidade de se identificar o próprio conceito de contratos públicos adotado. O termo contrato público pode se referir aos contratos em si; enquanto contratação pública talvez diga respeito ao procedimento de formação desses contratos, incluindo os procedimentos pré-contratuais. Além disso, os contratos administrativos possuem definições distintas no Código dos Contratos Públicos (CCP), se em comparação com algumas concepções apresentadas doutrinariamente (em especial quanto aos contratos de direito privado da administração). Às vezes, uma mesma lei utiliza o mesmo conceito para designar significados diferentes. Todavia, recorda-se que: o modelo tradicional português de contratação pública é baseado num conceito de contrato administrativo inspirado no sistema jurídico francês, que já discutia a questão pelo menos desde a década de 1930. O modelo português se centra na dicotomia entre contrato administrativo e contrato de direito privado no âmbito da Administração Pública. Ele se fundamenta em duas premissas essenciais: a primeira pressupõe a autonomia substancial do contrato administrativo, enquanto a segunda implica certa dualidade de competência jurisdicional em questões relacionadas à contratação pública. Cfr. Maria João Estorninho. Contrato Público: conceito e limites. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*. (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), p. 387. Nesse mesmo sentido: Maria João Estorninho. *Requiem pelo contrato administrativo*. (Coimbra: Almedina, 1990), p. 71. A presente investigação partirá do conceito mais amplo possível de contratos públicos, embora reconheça a importância de se dar atenção ao bom uso dos termos, por inspiração também em algumas propostas de modificação no próprio Código dos Contratos Públicos português, que já suscitou a eliminação de algumas referências ao conceito de contratos públicos, cfr.: Ana Gouveia Martins. A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos. In: *Atas da Conferência: a revisão do código dos contratos públicos*. (Lisboa: 2016), p. 296. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf>. Acesso em 22 mai. 2023.

autorizar um “regime excecional de ajuste direto simplificado”. Esses dois artigos contêm o cerne das medidas de otimização e celeridade enquanto soluções adotadas para o procedimento de contratação pública no combate da COVID-19, por isso, serão as duas principais normas centrais de análise.

O primeiro ponto a ser agora explorado pela pesquisa parte da consciência legislativa da imperativa necessidade de resposta à súbita emergência de saúde pública que atingiu um patamar de alcance global. Foi declarado um estado emergencial de saúde no plano internacional pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no dia 30 de janeiro de 2020³⁷, o que elevou a qualificação da crise sanitária decorrente do vírus SARS-CoV-2 ao patamar de pandemia em 11 de março de 2020³⁸.

Para além da declaração no plano internacional, no âmbito nacional o sistema jurídico português reconheceu – rapidamente – a imprescindibilidade de se adotarem medidas cautelares como forma estratégica para antever normas de contingência destinadas à epidemia. Adicionalmente, procurou garantir a devida abordagem no âmbito do

³⁷ O vírus foi primeiro identificado na China, país onde se atribuiu o possível surgimento, cujo primeiro epicentro de contaminação teve lugar na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei. Pouco tempo depois, no dia 30 de janeiro de 2020, já se percebiam registros de noventa e oito casos de COVID-19, distribuídos entre dezoito nações além dos limites territoriais chineses, que englobavam oito casos de transmissão interpessoal verificados em quatro países distintos, Alemanha, Japão, Vietnã e Estados Unidos da América. Não se conseguia projetar a dimensão de dano que esse vírus poderia ter causado caso se espalhasse em países com sistemas de saúde mais fracos que o chinês. Por essas razões, naquele dia, justificada pela possibilidade de alertar a todos os demais países do planeta quanto à necessidade de preparação para o enfrentamento da situação, foi declarada a situação emergencial internacional de saúde, na classificação de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o nível mais alto de alerta da Organização Mundial da Saúde. Conforme o então Diretor-Geral sobre Comitê de Emergência do novo coronavírus, Tedros Adhanom Ghebreyesus: “We must act now to help countries prepare for that possibility. For all of these reasons, I am declaring a public health emergency of international concern over the global outbreak of novel coronavirus.” Disponível em: <[https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihp-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihp-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em 20 abr. 2023.

³⁸ Naquele momento havia um total de 118 mil casos de COVID-19 confirmados, distribuídos entre 114 países, e o lamentável número de 4,2 mil óbitos. Esperava-se ver o número de casos, o número de mortes e de países afetados aumentar ainda mais. O que levou a OMS a declarar a doença como um pandemia no dia 11 de março de 2020. Conforme dados constantes no sítio eletrônico das Nações Unidas, disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>>. Acesso em 21 abr. 2023.

Serviço Nacional de Saúde (SNS) para o tratamento da doença, mediante a implementação de um arcabouço jurídico adequado a essa realidade excepcional, particularmente no que concerne à matéria relacionada à contratação pública e aos recursos humanos. Foi então preciso positivar a adoção de medidas extraordinárias de natureza urgente, em face da conjuntura excecional vigente, aliada à disseminação constatada de casos confirmados de contágio pelo COVID-19 no território nacional português, conforme se interpreta do preâmbulo do próprio Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

A distinta urgência que se propagava fez com que o diploma viesse a ser visto e aprovado em Conselho de Ministros no dia 12 de março de 2020, e promulgado em 13 de março, somente dois dias após a declaração internacional da qualificação de pandemia³⁹ pela Organização Mundial da Saúde. É de se admirar a celeridade com que o diploma legal foi editado, publicado e entrou em vigor, no entanto, talvez seu conteúdo não tenha trazido, ao menos num primeiro momento, surpresas em âmbito material. Isso porque o conteúdo do diploma normativo em referência pode ter seguido no mesmo caminho que a prática legislativa em matéria de contratação pública já estava a se desenvolver num contexto histórico recente da administração pública.

Demonstra-se em Portugal o fato de que quando convocado o legislador para adotar medidas excepcionais de contratação pública as soluções são sempre formuladas em termos duplos. Primeiro enquanto concessão de autorização para a expansão dos limites – quantitativos – dos valores dos contratos que podem ser celebrados por meio do ajuste direto. Mas também como permissão para utilizar a cláusula material – qualitativa

³⁹ É de se referir o conceito de pandemia adotado no contexto em que a presente pesquisa se desenvolve. Trata-se do pior dos cenários epidemiológicos existentes, dentre o surto, epidemia e endemia. É caracterizada pela disseminação global de qualquer enfermidade até então desconhecida, sendo o termo empregado quando um surto epidêmico, que originalmente se restringe a uma região específica, espalha-se entre diferentes continentes mediante a transmissão contínua e sustentada de pessoa para pessoa. Consoante o manual interno para alunos do Programa de Pós-Graduação em Administração e em Economia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - FEA/PUC-SP. Cfr. Arnoldo José de Hoyos Guevara. *Sustentabilidade: desafio 9 – saúde*. (São Paulo: PUC-SP, 2021), p. 03-12. Disponível em: <<https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/eventos/bisus/d9-saude.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2023.

– de adoção do ajuste direto por motivos de premente urgência, sem qualquer restrição financeira de valor. Atitudes fundamentadas na alínea c) do número 1 do artigo 24º do Código dos Contratos Públicos (CCP) ⁴⁰.

Sobreleva-se que ao longo do atual século XXI em grande parte das circunstâncias que o legislador português foi instado a adotar medidas extraordinárias no âmbito da contratação pública, com o propósito de conferir à Administração Pública maior agilidade para enfrentar situações de calamidade, as soluções adotadas se concentraram na utilização do procedimento não concorrencial de ajuste direto. Essas soluções visavam flexibilizar o trâmite procedimental e agilizar a celebração dos contratos públicos. Com o advento da situação pandêmica a resposta normativa para satisfação da contratação pública urgente seguiu um “padrão comum na contratação pública de emergência”⁴¹.

Nesse sentido, reconhece-se em Portugal uma reiterada tradição adotada na legislação portuguesa quanto ao número de vezes em que se recorre ao recurso do ajuste direto, na generalidade das medidas excecionais de contratação pública que foram aprovadas na última década. Chegou-se ao ponto de sugerir a consolidação de um regime de contratação pública uniforme em situações de emergência, cuja positivação poderia se dar por disposição específica dentro do próprio Código dos Contratos Públicos.

⁴⁰ Sobre esse fenômeno cita-se a obra a seguir. Ressalta-se também que para o autor a adoção do ajuste directo simplificado já poderia ter sido esperada, o que não lhe causou nenhum espanto: “Não foi surpreendente, portanto, que, quando o Estado Português foi convocado para o combate ao surto de COVID-19, voltasse a apostar também nessas duas medidas prioritárias para dotar as entidades públicas de instrumentos de contratação ágil com vista à aquisição das utilidades de que careciam de forma imediata.” Cfr.: Pedro Fernández Sánchez. Medidas excepcionais de contratação pública para resposta à pandemia causada pela covid-19. In: *Covid 19 e o direito*. (Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020), p. 46. Disponível em: <<https://recil.ensinolusofona.pt/bitstream/10437/10302/1/COVID%2019%20E%20DIREITO.pdf>>. Acesso em 02 fev. 2023.

⁴¹ Esse fenômeno foi identificado num estudo que analisou alguns dos mecanismos que o legislador português tem adotado em matéria de Organização Administrativa, de Procedimento Administrativo, de Contratação Pública e de Processo Administrativo. Foi identificado um “padrão comum na contratação pública de emergência” quando da aprovação de regimes legais casuísticos e avulsos que ultrapassam a disciplina geral, de maneira a permitir que as entidades adjudicantes detenham mecanismos de contratação céleres. Cfr.: Marco Caldeira; José Duarte Coimbra; Tiago Serrão. *Direito Administrativo da Emergência*. (Coimbra: Almedina, 2020), p. 81-82.

Como justificativa, diz-se que uma proposta nesse sentido poderia ser tomada para evitar a necessidade de dispersão da matéria em diplomas avulsos de soluções, que comumente já recorrem ao recurso do ajuste direto⁴².

3.1 A adoção do ajuste direto (simplificado)

A fim de estabelecer contratos que envolvam prestações sujeitas ou potencialmente sujeitas à concorrência de mercado, por força do artigo 16.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos português, é necessário que as entidades adjudicantes adotem um dos seguintes tipos de procedimentos: ajuste direto, consulta prévia, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação, diálogo concorrencial e parceria para a inovação. Dentre eles, o ajuste direto é um procedimento pelo qual só podem apresentar propostas as entidades que tenham sido convidadas a fazê-lo, razão pela qual há quem lhe qualifique como procedimento fechado⁴³.

Trata-se de um procedimento por meio do qual a entidade responsável pela adjudicação convida diretamente uma entidade de sua escolha a apresentar propostas, conforme o artigo 112.º do Código dos Contratos Públicos português. A redação original do artigo previa a necessidade de se convidar diretamente uma ou várias entidades, além de permitir com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar. Alterado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/08, passou a vigorar com a redação que exige o convite direto à somente uma entidade, sem a possibilidade de negociação dos aspectos da execução do contrato que estaria a ser celebrado.

Já se chegava a dizer, ainda na vigência do antigo texto, que poderia não haver a obrigação de publicação prévia do anúncio, porque bastaria um

⁴² Cfr.: Pedro Fernández Sánchez. *Medidas excepcionais de Contratação Pública e de autorização de despesa pública para resposta à epidemia SARS-Cov-2*. (Lisboa: Sérvulo Publications, 2020). Item 4, sem paginação.

⁴³ Cfr.: Diogo Freitas do Amaral. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ª ed. vol. II. (Coimbra: Almedina, 2011), p. 591.

convite à única entidade a ser convidada⁴⁴, o que pode ter sido reforçado com a vigência da nova redação da norma. Por essa razão, dizia-se que a possibilidade de convite colidia diretamente com o princípio da concorrência, um dos motivos para que fossem elencados apertados critérios quantitativos e materiais para a utilização do ajuste direto⁴⁵. Esses critérios estão previstos no título III, capítulo I, do Código dos Contratos Públicos portugueses.

O ajuste direto está disciplinado em conjunto com a consulta prévia, no mesmo capítulo, que representa também um dos procedimentos mais céleres, partilhando de características comuns. Ambos os procedimentos do ajuste direto e da consulta prévia passam por uma substituição do programa de procedimento pelo convite⁴⁶, regulado pelo artigo 115.º do Código dos Contratos Públicos. A principal diferença conceitual entre os dois recai sobre o fato de que a consulta prévia permite o convite à mais entidades, sendo possível que haja uma fase adicional de negociações.

Em suma, o ajuste direto é um tipo de procedimento pré-contratual pensado para contratos a celebrar de maneira menos burocrática⁴⁷. Essa opção se justifica em contratos com baixo valor pecuniário, ou, ainda que o valor ultrapasse os parâmetros máximos estabelecidos, caso ocorra uma

⁴⁴ Sobre a desnecessidade de publicação prévia do anúncio, já a adiantar o que se diz sobre a invasão ao princípio da concorrência, nesses termos: “Devido à sua característica de procedimento fechado, pode ter como destinatário uma única entidade, não havendo publicação prévia de anúncio, mas antes um convite à mesma; ora, porque isso poderá mais facilmente colidir com o princípio da concorrência, os critérios quantitativos, bem como os critérios materiais que permitem a opção por este procedimento pré-contratual, são mais apertados, quando comparados com os aplicáveis aos procedimentos ditos abertos e semi-abertos.” *Idem., Ibidem*, p. 592.

⁴⁵ Além da citação elencada na nota imediatamente anterior, quanto a esses critérios, nesse sentido também: Margarida O. Cabral. Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos. CJA. N.º 64, julho/agosto, 2007. Nesse mesmo sentido, mas ao dividir critérios materiais por razões procedimentais no que toca ao interesse público e ao objeto dos contratos: Miguel Nogueira de Brito. Ajuste directo. In: *Estudos de Contratação Pública*. vol I, p. 305.

⁴⁶ Nesse cenário, o convite ainda deve detalhar os aspectos específicos do contrato que a entidade adjudicante não está disposta a dispensar, bem como estabelecer se a negociação ocorrerá por meio eletrônico e os termos aplicáveis. Cfr.: Diogo Freitas do Amaral. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ª ed. vol. II. (Coimbra: Almedina, 2018), p. 492.

⁴⁷ Preconiza-se que o ajuste direto possua uma geometria variável. Essa definição foi explorada no texto de: Miguel Nogueira de Brito. *Ajuste directo...* op. cit., p. 302-303.

razão material, justificada e fundamentada, que indique a razoabilidade da adoção dessa espécie de procedimento. É importante destacar que mesmo após a modificação da norma constante do artigo 112.º, que especificou a possibilidade de convite somente à uma entidade, ainda se verifica uma provável incompatibilidade com o princípio da concorrência⁴⁸, incompatibilidade que pode inclusive ter sido intensificada com a nova redação, fato que exige muita cautela no momento de escolha deste procedimento.

Se a opção pelo ajuste direto deve ser tomada com prudência, a utilização da mesma modalidade de procedimento em versão ainda mais célere é passível de ainda maiores apontamentos e circunspeção. Não obstante, desenvolveu-se em Portugal um procedimento a par do ajuste direto padrão, chamado de ajuste direto simplificado, cuja disciplina se encontra regulada entre os artigos 112.º e 129.º do Código dos Contratos Públicos. Essa possibilidade surgiu de um enfrentamento ao alegado excesso de procedimentalização do próprio procedimento do ajuste direto⁴⁹, que curiosamente já era um procedimento simples, como já se tem criticado.

O ajuste direto simplificado é um procedimento isento de todas as exigências estabelecidas no Código dos Contratos Públicos que não estão dispostas na secção III, capítulo I, do título III. Isso inclui aquelas relacionadas à formalização do contrato, à divulgação prevista no artigo 465.º, e à nomeação do responsável pela gestão contratual, conforme o artigo 290.º-A, bem como as disposições relativas à faturação eletrônica, conforme disposto no número 3 do artigo 128.º. Pode ainda a entidade competente para tomar a decisão de contratar conceder a adjudicação de forma direta, mediante a análise de uma fatura ou documento equivalente apresentado

⁴⁸ Essa interpretação pôde ser depreendida pela presente investigação através de uma análise em leitura da versão do Curso de Direito Administrativo, de Diogo Freitas do Amaral, publicada em 2011, op. cit., e, em seguida, a versão atualizada de 2018. O autor atualizou a obra, incluiu referência aos procedimentos de parceria para a inovação e a consulta prévia – também considerado um procedimento fechado – mas manteve o posicionamento de afronta ao princípio da concorrência no que toca ao ajuste direto, além de incluir nesse posicionamento também o procedimento da consulta prévia. Cfr.: Diogo Freitas do Amaral. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ª ed. vol. II. (Coimbra: Almedina, 2018), p. 491.

⁴⁹ Cfr.: Miguel Nogueira de Brito. *Ajuste directo...* op., cit., loc. cit.

pela entidade convidada, sem a necessidade de tramitação eletrônica, por força expressa do número 1 do mesmo artigo 128.º.

Tendo em consideração a diminuta complexidade sobre os requisitos procedimentais do ajuste direto simplificado, há quem defenda a necessidade de se imputar uma imposição de proibição legal ao uso do ajuste direto simplificado, em especial no que toca a critérios de valor e disposição financeira no mesmo ano económico, embora o Código dos Contratos Públicos não possua disposição a esse respeito⁵⁰. Isso porque a ausência de publicitação dos ajustes diretos simplificados pode comprometer os objetivos de preservação da concorrência ou, pelo menos, restringir o controle sobre o cumprimento da restrição legal à liberdade de convite por parte das entidades adjudicantes⁵¹.

Por força do próprio artigo 2.º-A, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, no texto que vigorou até outubro de 2022, o regime excecional do ajuste direto simplificado poderia ser adotado excecionalmente – sim, mesmo já sendo um regime excecional, previsto dentro das medidas excecionais, a redação ainda dizia que deveria ser excecionalmente adotado, de maneira redundante – na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa

⁵⁰ Ainda para o ajuste direto, defende-se que nas situações em que a entidade adjudicante tenha realizado ajustes diretos, com base no critério do valor, para a celebração de contratos com prestações semelhantes ou idênticas às do contrato em questão, as entidades adjudicantes estão proibidas de convidar a apresentar propostas, no âmbito de um procedimento de ajuste direto, aquelas com as quais tenham celebrado contratos durante o ano económico atual e nos dois anos económicos anteriores, desde que o valor total contratual acumulado supere os limites estabelecidos como legítimos para a utilização do ajuste direto com base no critério do valor (geralmente estabelecidos em €75.000 para contratos de locação e aquisição de bens e serviços, e €150.000 para contratos de empreitada de obras públicas). Indo um pouco além, o autor demonstra a necessidade de se incluir os ajustes diretos simplificados nesse cálculo, nos termos seguintes: “Um último aspecto que convém destacar é a contabilização (ou não) dos ajustes directos simplificados para o atingir da proibição legal. Apesar de o Código não ser explícito a esse respeito, 22 somos de parecer que os chamados ajustes directos simplificados (nos quais, nos termos do n.º 1 do art.º 128.º, a adjudicação pode ser efectuada directamente sobre a apresentação de uma factura ou documento equivalente) são de considerar para o alcançar do patamares legais que restringem o leque de entidades a convidar para participar em ajustes directos.”. Cfr.: Miguel Lucas Pires. *Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo*. (Coimbra: Coimbra Editora. Publicações CEDIPRE, 2010), p. 06-18. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_3.pdf>. Acesso em 02 jun. 2023.

⁵¹ *Iidem.*, *Ibidem.*, p. 14.

devidamente fundamentada. A norma ainda se restringia à aquisição de equipamentos, bens e serviços, também somente quando necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção pelo vírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19.

Ainda se identificam quais seriam esses equipamentos, bens e serviços, nomeadamente equipamentos de proteção individual, os bens necessários à realização dos testes sobre COVID-19, os equipamentos e materiais para unidades de cuidados intensivos, medicamentos afins, a incluir gases medicinais e outros dispositivos médicos, assim como serviços de logística e transporte relacionados com as aquisições. Nesse sentido, é possível identificar uma clara preocupação do legislador⁵² com um possível uso inadequado do procedimento de ajuste direto simplificado, ou, ao menos, um receio que o obrigou a restringir o seu uso a situações específicas. Portanto, ao ser redundante na excecionalidade, e ao prever designadamente as hipóteses para uso, talvez tenha reconhecido que este é um procedimento desmedidamente simples, que exige medidas de cautela.

Ainda nesse sentido, na perspectiva observada nesta presente investigação, se considerado o estágio da legislação de urgência adotada no primeiro momento, em 13 de março de 2020, a simplificação dos procedimentos de recrutamento público relacionados à covid-19 já havia sido levada além dos limites adequados. No entanto, com a modificação dos regimes excecionais e temporários de contratação pública, aditado pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 18/2020, em 23 de abril de 2020, que introduziu o ajuste direto simplificado ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, esses limites talvez tenham sido ainda mais ultrapassados⁵³. Sobretudo, ainda vale realçar que por força normativa os efeitos dessa medida não ficaram restritos

⁵² Diz-se aqui legislador sem desconsiderar que a produção de decretos-leis é de competência do Governo. Por estar a atuar no exercício de suas funções legislativas, conforme previsão do artigo 198.º da Constituição da República Portuguesa, atua como legislador, o que justifica a disposição nessa qualidade pelo presente texto.

⁵³ Cfr.: Maria João Estorninho. *COVID- 19: (novos) desafios e (velhos) riscos na contratação pública*. (Lisboa: Lisbon Law Review. vol. LXI. n.º 1, jul. 2020), p. 518. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/18lpeUhpBbDxm8VhWtcBDsD4o6Tgw5ajG/view>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

temporalmente, vez que retroagiram até 13 de março, data do primeiro diploma.

Nessa conjunção, a presente investigação concorda com a visão de que o regime aprovado no mês de abril permitiu uma autêntica e questionável simplificação dos procedimentos de muitos dos referidos procedimentos pré-contratuais. Foi além dos já criticáveis regimes excecionais de contratação pública adotados inicialmente, à exemplo dos dizeres do número 1, do artigo 2.º-A, que permitiu a adoção do ajuste direto simplificado “independentemente do preço contratual e até ao limite do cabimento orçamental”. Essa crítica ao regime inicial e ao ainda mais severo questionamento sobre o regime posterior chegou a ser chamado de “verdadeira desprocedimentalização”, em tom de rigorosa desaprovação⁵⁴.

Em conclusão sobre os aspectos normativos adotados para a contratação pública de combate à COVID-19, a Prof.^a Doutora Maria João Estorninho ainda chama a atenção para o expectável agravamento da crise em decorrência da excessiva simplificação dos procedimentos, posicionamento que é corroborado pela presente investigação.⁵⁵ Lembrou que a aprovação em Portugal do Código dos Contratos Públicos em 2008 intensificou a crise, quando o legislador falhou ao tentar encontrar um equilíbrio adequado entre a flexibilidade necessária para garantir a eficiência e a agilidade nos processos de contratação pública, e a inflexibilidade (chamada de intransigência) necessária para combater o desperdício de recursos públicos e a corrupção.⁵⁶ Ressaltou ainda a importância de uma

⁵⁴ Essa visão é corroborada pelo texto escrito pela Prof.^a Doutora Maria João Estorninho, que nomeia a questão de “verdadeira desprocedimentalização”. *Idem., Ibidem.*, loc. cit.

⁵⁵ *Idem., Ibidem.*, p. 520.

⁵⁶ Publicou em 2016 um texto que exprime a ideia de que nos anos anteriores se tornou evidente que o Direito Administrativo enfrentava uma crise no contexto da crise económico-financeira. Disse ser claro que os mecanismos jurídicos tradicionais têm sido insuficientes para resolver os desafios complexos da atualidade. Nesse contexto disse que Código dos Contratos Públicos, na versão de 2008, no campo do Direito Administrativo não apenas deixou de contribuir para evitar a crise, mas, ao contrário, acabou por agravá-la. Cfr.: Maria João Estorninho. A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. In: *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho. (Lisboa: ICJP/CIDP, 2016), p. 8. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-

expertise para utilizar a contratação pública como ferramenta para a construção de uma economia circular, com preocupações de solidariedade e sustentabilidade social, ambiental e financeira.⁵⁷ Premissas que talvez não tenham sido levadas em consideração quando da elaboração normativa que simplificou demasiadamente os regimes excepcionais de contratação pública.

3.2 Símeis reflexos na contratação pública de alguns sistemas jurídicos de mesma matriz administrativa

A opção pelo procedimento não concorrencial não foi uma decisão tomada exclusivamente pelo sistema jurídico português, também se identificam outros países onde o sistema de contratação pública passou por medidas semelhantes de extrema simplificação. Por exemplo, em Angola a aquisição de bens e serviços urgentes necessários para o controle e combate à pandemia esteve sujeita a um regime excepcional de acordo com o disposto no artigo 24.º do Decreto Presidencial n.º 82/2020, conforme o número 1. Quanto à aquisição de bens e serviços essenciais, tais como medicamentos, material hospitalar, material de biossegurança e outros materiais essenciais, puderam ser adquiridos através de um regime de contratação simplificada, conforme o número 2 do mesmo artigo.

Em Moçambique um regime idêntico ao angolano foi reproduzido, o texto legal foi publicado praticamente com as mesmas palavras, positivado no artigo 34.º, 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 12/2020⁵⁸. No sistema jurídico cabo-

cidp_fct.pdf>. Acesso em 30 abr. 2023. No texto de 2020, aqui citado imediatamente acima, chama a atenção para a possibilidade de que o mesmo aconteça.

⁵⁷ Essa ideia de construção de uma economia circular, com preocupações de solidariedade e sustentabilidade social, ambiental e financeira foi desenvolvida quando falou sobre a importância de se reconhecer que a sustentabilidade da contratação pública deve ser considerada em várias dimensões, incluindo a sustentabilidade financeira, ecológica e social, entre outras. Salientou que além do critério do melhor valor pelo dinheiro, também se leva em consideração o critério do melhor valor social. Cfr.: Maria João Estorinho. Por uma visão ética da contratação pública. In: *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. vol. II. (Coimbra: Almedina, 2016), p. 307.

⁵⁸ A esse respeito recomenda-se a leitura da dissertação de mestrado a seguir, que embora seja concisa e tenha sido escrita em momento anterior à crise sanitária, mostrou uma grande similaridade, inclusive em sua origem, quando diz respeito ao instituto do ajuste directo nos sistemas jurídicos moçambicano, angolano e português. Cfr.: Márcio Ery de Fátima Ricardo. *O ajuste direto à luz do ordenamento*

verdiano ficou permitido realizar contratações de empreitadas de obras públicas, fornecimento de bens e aquisição de serviços por meio do mecanismo do ajuste direto, desde que as respectivas contratações tivessem como objetivo prevenir ou responder, de maneira urgente, as situações causadas pela COVID-19. Essa previsão já constava no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 36/2020, foi posteriormente revogado pelo artigo 10.º da Lei n.º 83/IX de 2020, que complementou a matéria e manteve o sistema de contratação excecional e temporária.

Na Espanha o artigo 16.º do Real Decreto-Ley 7/2020⁵⁹, de 12 de março, previu que a adoção de qualquer tipo de medida direta ou indireta pelos órgãos da Administração Geral do Estado para lidar com o COVID-19 justificaria a necessidade de agir de forma imediata, de acordo com o estabelecido no artigo 120 da Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro. Segundo o número 2 do mesmo artigo, pôde ser aplicado o procedimento de tramitação de emergência a todos os contratos celebrados pela Administração Geral do Estado, seus organismos públicos e entidades de direito público, para atender às necessidades decorrentes da proteção dos indivíduos e outras medidas adotadas pelo Conselho de Ministros no enfrentamento da crise sanitária⁶⁰.

Chegou-se a falar perante o sistema jurídico espanhol que devido à situação de emergência o procedimento a ser seguido dispensava todos os

jurídico moçambicano. Dissertação - Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. (Universidade de Lisboa, Lisboa), 2015.

⁵⁹ Revogado por completo no dia 04 de maio de 2021, o texto original do artigo 16.º, número 1, do Real Decreto Ley 7/2020 vigorou com o seguinte texto: “La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de la Administración General del Estado para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, al amparo de lo previsto en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.”

⁶⁰ Cfr. o texto original do artigo 16.º, número 2, do Real Decreto Ley 7/2020: “De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia.”

requisitos formais⁶¹. O órgão de contratação não estava obrigado a tramitar o processo com base na regulamentação ordinária, nem mesmo seria necessário disponibilidade orçamentária adequada, dessa maneira, afirmava-se ser possível prescindir dos requisitos formais exigidos pelo sistema de contratação. O limite à atividade de contratação recaía sobre a exigência de publicação da formalização do contrato e do anúncio de adjudicação, o que estabelecia uma base mínima de perspicuidade dos atos⁶².

Isso se deu porque os procedimentos nos quais a tramitação de emergência deveria ser utilizada estavam sujeitos às regras de publicidade estabelecidas nos artigos 151 e 154 da LCSP espanhola (*Lei de Contratos del Sector Público*), e no artigo 50 da Diretiva 2014/24/UE, que exigem a publicação da formalização do contrato e do anúncio de adjudicação, a estabelecer assim uma base mínima para fiscalização⁶³. A única formalidade expressa pelo artigo 120 da LCSP, na alínea b) do seu parágrafo 1, foi a obrigação de relatar os contratos de emergência ao Conselho de Ministros (ou, quando aplicável, aos Conselhos de Governo das Comunidades Autônomas e das Cidades Autônomas, de acordo com a legislação correspondente) no prazo de trinta dias, contados da sua celebração.

Não se exigia qualquer obrigação de publicação relacionada a esse trâmite em consonância com a *Lei de Contratos del Sector Público*. Dessa maneira, tendo em vista que aos órgãos contratantes era facultado não tramitar o expediente com base nas exigências legais ordinárias, por se prescindir aos requisitos formais de contratação pública constantes na LCSP, além da flexibilização quanto à disposição de crédito orçamentário para as contratações se flexibilizou a publicidade. Isto é, a doutrina espanhola

⁶¹ Nesse sentido: “Dada la situación de emergencia, el procedimiento a seguir prescinde de todo requisito formal, ya que el órgano de contratación no tiene la obligación de tramitar el expediente en base a esta normativa e, incluso, no hace falta que cuente con el crédito presupuestario necesario. Además, dicho precepto, afirma que se puede prescindir de “los requisitos formales establecidos en la presente ley”. Cfr. Gonzalo Pardo Beneyto; Carmen Pineda Nebot. La contratación pública en tiempos de Pandemia del Covid-19 en España. *Revista da Controladoria-Geral da União* (Madrid, vol. 12, n.º 22, jul-dez 2020), p. 334. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64790/3/V12.N22_Contratacao_Publica_Espanhol.pdf>. Acesso em 12 jun. 2023.

⁶² *Idem.*, *Ibidem.*, p. 335.

⁶³ *Idem.*, *Ibidem.*, p. 335.

caminhou no sentido de considerar diferentes os conceitos de transparência e publicidade, o que possibilitou uma não verificação dos requisitos decorrentes do próprio princípio da publicidade de todos os atos oriundos da administração pública⁶⁴.

3.3 A fiscalização de legalidade e regularidade exercida pelo Tribunal de Contas em Portugal

Em Portugal houve uma exigência semelhante aos sistemas acima identificados no que diz respeito aos parâmetros mínimos de transparência e controlo. Primeiro recaía sobre a necessidade de visto prévio pelo Tribunal de Contas, ou seja, era condição indispensável a autorização do Tribunal de Contas para produção de efeitos dos contratos formados durante a situação de emergência. O texto original do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, no artigo 2.º, n.º 8, previa que os contratos celebrados com base no diploma que se aprovava estariam sujeitos ao que está estabelecido no artigo 45.º, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, que reconhece a sujeição de fiscalização prévia do Tribunal de Contas. Todavia, por regra, ainda permitia que o contrato produzisse todos os seus efeitos antes da aprovação prévia ou da declaração de conformidade, exceto aos pagamentos a que dessem causa, conforme o número 1 do artigo.

À partida a opção legislativa tomada foi a de sujeitar os contratos a serem celebrados com fundamento no Decreto-Lei n.º 10-A/2020 ao regime disposto no número 5 do mesmo artigo 45.º, da Lei n.º 98/97. Dessa maneira, retirou-se de aplicação a disposição do número 4 desse artigo, que previa a

⁶⁴ O artigo científico anterior imediatamente citado trabalhou a diferença entre os conceitos de transparência e publicidade. Documentos posteriores vieram a confirmar essa diferenciação quando da aplicação do regime excecional de contratação pública em Espanha, conforme o “Informe Especial de Supervisión de los Contratos Tramitados por vía de Emergencia en el 2021”, segundo o qual “A pesar de la ausencia de una concreta obligación legal sobre su publicidad, en aras del principio de transparencia, la OIReScon há considerado oportuno analizar los acuerdos de Consejos de Ministros, de Consejos de Gobierno Autonómicos y de las Ciudades Autónomas en los que se toma razón de los contratos de emergencia durante el año 2021 y que han sido publicados.” Publicado em julho de 2022, extraído da página 19. Disponível em: <<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/COVID-19/IES-emergencias-2022.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2023.

não produção de quaisquer efeitos dos atos, contratos e demais instrumentos (antes do visto ou declaração de conformidade em correspondência à fiscalização prévia do Tribunal de Contas) quando o valor fosse superior a 950.000 euros. O disposto no número 4 não seria aplicado caso fossem cumpridos alguns requisitos.

Esses requisitos se extraíam do número 5 desse artigo 45.º, que previa a possibilidade de os contratos produzirem efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade prévia, ainda que o valor seja superior a 950.000 euros. Conforme sua disposição, desde que os contratos fossem celebrados na sequência de procedimento de ajuste direto, por motivos de urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, que não lhes fossem em caso algum imputáveis, e não pudessem ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei, designadamente quanto aos pagamentos a que dessem causa (essa última parte, conforme artigo 2.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020). Cumpridas essas condições poderiam os contratos, os atos e demais instrumentos relacionados produzirem efeitos desde logo.

Se não fossem cumpridos esses requisitos, os contratos, atos e instrumentos correlatos de valor superior a 950.000 euros restariam proibidos da produção de efeitos em momento anterior à concessão do visto. Talvez essa opção legislativa tenha sido tomada com o intuito de combater a tendência de muitas entidades adjudicantes iniciarem prematuramente a execução de seus contratos antes da obtenção do visto prévio do Tribunal de Contas. Houve em Portugal quem tenha percebido que a questão poderia resultar numa situação de ilegalidade, porque caso fossem iniciadas prematuramente as execuções dos contratos – e provavelmente acabariam por ser, tendo em vista a real necessidade de urgência no combate do vírus – fatos consumados seriam atingidos, o que tornaria inútil uma eventual recusa do visto, quando essa fosse posteriormente notificada⁶⁵.

⁶⁵ Sobre essa tendência de combate contra a possibilidade de muitas entidades adjudicantes iniciarem prematuramente a execução de seus contratos antes de obterem o visto prévio do Tribunal de Contas, assim como a identificação de inutilidade da eventual recusa do visto. Cfr.: Pedro Fernández Sánchez. *Medidas excepcionais de contratação pública para resposta à pandemia causada pela...*, op. cit., p. 72.

O visto prévio se tratava, na interpretação da presente investigação, de uma perplexidade que dificultava o combate imediato às questões relacionados com o combate à crise sanitária, não obstante reconheça a necessidade de fiscalização dos contratos a serem celebrados, em especial no que toca à possibilidade de favorecimentos a se conchegarem em eventual corrupção⁶⁶. Quanto ao que aconteceu à fiscalização dos contratos no decorrer do tempo a pesquisa fará uma exposição mais à frente. Por ora, sublinha-se que a opção legislativa portuguesa reconheceu a dificuldade que essa necessidade imposta de declaração prévia de conformidade poderia causar no enfrentamento à pandemia.

Num segundo momento, em 19 de março de 2020, uma semana após a aprovação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, foi publicada a Lei n.º 1-A/2020. O novo diploma isentou a formação dos contratos da necessidade de fiscalização prévia, conforme disposição do artigo 6.º, número 1. Ainda assim, o Tribunal de Contas não foi completamente excluído do seu papel de controlo e fiscalização dos contratos enquanto supervisor da legalidade financeira, congruente com o artigo 1.º, da Lei n.º 98/97, especialmente num contexto em que a situação de emergência poderia aumentar a tentação de violação dos princípios fundamentais da ordem jurídica.

Dessa forma, a legalidade financeira desses contratos excepcionais não restou sujeita a uma supervisão prévia que condicionasse o início da sua execução, extinguindo-se a teratológica previsão normativa anterior. No entanto, estabeleceu-se uma ressalva para os regimes de supervisão concomitante e sucessiva previstos na Lei n.º 98/97, porque a supervisão pelo Tribunal de Contas poderia e deveria ocorrer, mas isso passou a ser permitido no decorrer do cumprimento dos contratos, não necessariamente antes do início de suas execuções. Por essa razão, a fim de garantir a

⁶⁶ A afirmação de que a falta de transparência na formação dos contratos públicos parece levar inevitavelmente à corrupção não parece ser absurda. Sobre esse assunto, dentro do modelo espanhol se desenvolve a ideia de que um bom governo deve possuir dentre seus componentes em sentido estrito além da efetividade, prestação de contas, responsividade e participação, especialmente a transparência, porque é ela a responsável por, num sistema de claridade na atuação do serviço público, dificultar atos furtivos de transferência dos recursos públicos ao interesse privado, um grande obstáculo ao exercício do que deve fazer um bom governo. Cfr.: Manuel Villoria Mendieta; Agustín Izquierdo Sánchez. *Ética pública y buen gobierno*. (Madrid: Editora INAP, 2015), p. 348-351.

efetividade do acesso do Tribunal de Contas a esses contratos, o número 2 do artigo 6.º, da Lei n.º 1-A/2020, obrigou as entidades adjudicantes a remeterem os contratos no prazo máximo de 30 dias após a celebração.

Como a presente investigação está a ser desenvolvida até meados de 2023, já se tem dados do que realmente aconteceu com a prestação contas. Isso pode ser resumido por uma das frases que concluiu a introdução ao 2.º Relatório Intercalar de acompanhamento dos contratos abrangidos pelo regime de exceção previsto na Lei n.º 1-A/2020, que incluiu os isentos de fiscalização prévia: “Analisada toda a informação, o Tribunal de Contas conclui que permanecem insuficiências na publicitação e na comunicação dos contratos (publicitados no Portal BASE mas não comunicados ao Tribunal e vice-versa).”⁶⁷

A maior parte dos contratos tiveram um valor inferior a 5 mil euros, que representaram 71,4% de todos os observados nesse 2.º Relatório Intercalar. Contudo, dos que vieram a ser celebrados e tiveram as devidas prestações de contas, mais de 7.881 contratos, até data da publicação desse segundo relatório, já somavam o montante total superior a 375 milhões de euros. Ora, se é inegável o impacto desses contratos aos cofres públicos portugueses, a transparência na publicitação não pareceu ter a mesma importância, conforme a observação do próprio Tribunal de Contas, acima citado.

A afirmação de que a falta de transparência na formação dos contratos públicos pode levar inevitavelmente à corrupção não parece ser absurda. Isso porque as contratações públicas representam normalmente o principal risco de corrupção para os governos. Conforme indicação da União Europeia, por volta de 28% dos casos de corrupção no setor da saúde podem estar relacionados com a aquisição de insumos médicos⁶⁸. Logo, em situações de incerteza e emergência, seria conveniente garantir a

⁶⁷ 2.º Relatório Intercalar de acompanhamento dos contratos abrangidos pelo regime de exceção previsto na Lei n.º 1-A/2020, que incluiu os isentos de fiscalização prévia. Disponível em: <<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/relatorios-oac/Documents/2020/relatorio-oac-2020-06.pdf>>. Acesso em jun. 2023.

⁶⁸ Cfr. Carmen Pineda Nebot; Gonzalo Pardo Beneyto. *La contratación pública...*, op. cit., p. 332.

transparência nas contratações públicas⁶⁹. As aquisições em tempos de emergência estão mais vulneráveis a atos de corrupção⁷⁰, tendo em vista a aceleração de prazos e uma busca generalizada por suprimentos, o que pode reduzir a diligência e a fiscalização dos fornecedores ao mínimo.

3.4 Limites jurídicos previamente identificáveis às medidas excecionais de contratação

O regime excecional de contratação pública adotado em Portugal para o combate à crise sanitária significou uma inegável preocupação quanto à possibilidade de simplificação radical nos procedimentos adjudicatórios. Todavia, desde sua adoção poderiam ter sido identificados alguns dispositivos normativos, legais e principiológicos, já conhecidos pelo sistema jurídico português, em conformidade com as disposições de contratação que estavam sedimentadas e bem desenvolvidas na época. Isso porque os dispositivos legais de contratação excecional encontraram seu berço num sistema jurídico português já consolidado, por meio do qual alguns parâmetros deveriam ter sido seguidos, isto é, através do sistema em sentido amplo poderiam ter sido extraídos os primeiros limites às medidas excecionais adotadas.

Diga-se de passagem, que a interpretação sistemática do direito desempenha um papel fundamental na busca pela coerência jurídica⁷¹. Ao

⁶⁹ Conforme um estudo sobre corrupção no mundo a falta de transparência pode levar a um círculo vicioso de corrupção, o que afeta diretamente os índices de pobreza do país, quanto mais corrupto. Juntamente com a armadilha da pobreza, verificou o surgimento do que chamou de armadilha da corrupção: uma vez que a corrupção se torna sistêmica, pode ser cada vez mais impossível para os países garantirem o tipo de ajuda que na implementação de políticas para promoção do próprio desenvolvimento, que também deveria fornecer uma melhor proteção contra a corrupção. Staffan Andersson; Paul M Heywood. *The Politics of Perception: Use and Abuse of Transparency International's Approach to Measuring Corruption*. In: *Political Studies*. vol. 57. London, 2009. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.1467-9248.2008.00758.x>>. Acesso em abr. 2023.

⁷⁰ Carmen Pineda Nebot..., op. cit., loc. cit.

⁷¹ A hermenêutica jurídica enquanto disciplina científica se dedica à arte ou técnica de interpretar o direito. A interpretação, por sua vez, consiste em explicar, esclarecer, elucidar o sentido, ou ainda representar, reproduzir e exprimir o pensamento. Alguns autores não a diferenciam, mas é através da hermenêutica e da interpretação que se alcançam os verdadeiros sentidos da norma, cuja limitação

analisar as normas legais em conjunto com o contexto normativo mais amplo, é possível compreender as relações e interdependências entre as diferentes disposições legais. Isso permite uma hermenêutica mais completa e consistente, evitando contradições e garantindo a aplicação adequada das normas em casos concretos. A abordagem sistemática promove a segurança jurídica, a igualdade de tratamento e a harmonização das decisões judiciais, contribuindo para um sistema jurídico mais eficaz e confiável, com destaque na necessidade de se evitar contradições entre normas superiores e os princípios gerais do direito⁷².

Ao pressupor que o ordenamento jurídico constitui um todo unitário e harmônico, sem incompatibilidades, a interpretação sistemática analisa as normas jurídicas em relação umas às outras. Nesse sentido, permite-se selecionar o significado da norma que seja coerente com o conjunto, além de destacar limites na interpretação de normas isoladas. Esses fatores podem, indubitavelmente, influenciar na aplicação das normas de contratação pública subitamente redigidas e aplicadas em Portugal, e servir de parâmetros limitadores das interpretações em dissonância com os

deverá encontrar respaldo numa análise do sistema como um todo. Sobre essa importância da hermenêutica jurídica enquanto interpretação do sistema como um todo coadunam no mesmo sentido: Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. 10.^a ed. (São Paulo: Saraiva), 1983, p. 273. Eduardo Espínola. *Sistema de Direito Civil Brasileiro*. 4.^a ed. (Rio de Janeiro: Conquista, 1959), p. 175. W. Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 25.^a ed. (São Paulo: Saraiva, 1985), p. 34. Alípio Silveira. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968). Francesco Ferrara. *Interpretação e Aplicação das Leis*. (Coimbra: Editora Arménio Amado, 1987). Manoel A. Domingues de Andrade. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. (Coimbra: Editora Arménio Amado, 1987).

⁷² A esse respeito, Hans Kelsen já identificava que a interpretação jurídica consiste na atividade de determinar o sentido e o conteúdo das normas jurídicas que serão aplicadas. Para ele, a interpretação é uma operação mental essencial que acompanha o processo de aplicação do direito, à medida que este se desenvolve do escalão superior para o escalão inferior. “Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supraindividual, supra-empírica-metafísica - concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados ético-políticos -, mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem.” Cfr. Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6.^a ed. (São Paulo: Martins Fontes, 1998), p. 134.

princípios já estabelecidos pelo sistema. Isso tudo serve para fundamentar a ideia de que as normas que versaram sobre os regimes excecionais não se encontraram num sistema em branco, por isso não puderam instituir procedimentos completamente originais ou desproporcionais.

Nesse diapasão, desacatam-se alguns dos princípios constitucionais limitadores da contratação pública, como decorre do artigo 266.º da Constituição da República portuguesa de 1976. A previsão constitucional impõe o dever de prossecução do interesse público, não obstante exija o respeito aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Assinala-se também o artigo 1.º-A do Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008)⁷³, que prevê ainda os princípios da legalidade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade; bem como os princípios da concorrência, publicidade e transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação⁷⁴.

Há ainda uma limitação quanto ao âmbito de aplicação subjetiva. A princípio todas as entidades adjudicantes estariam abrangidas, de acordo com o artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, da alínea a) até a e). Contudo, apenas certos tipos de contratos foram incluídos, tendo em vista a necessidade de conjugação do âmbito subjetivo e objetivo⁷⁵, como

⁷³ Há quem chame esse compilado de princípios de “princípios comunitários da contratação pública”. Cfr.: Carla Baptista Silva. *Manual de Procedimentos Contratação Pública de Bens e Serviços*. (Braga: Universidade do Minho, 2018), p. 49.

⁷⁴ A necessidade de se respeitar essas duas normas como base de toda a contratação pública nos regimes excecionais foi bem identificada pela Prof.ª Doutora Maria João Estorninho, em um vídeo que publicou na página do Youtube do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, do Centro de Investigação de Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com o nome de: O regime excecional de contratação pública. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZSIZfdOnv1M>>. Acesso em 21 fev. 2023. Também foi clarificada a situação, pela mesma Prof.ª Doutora Maria João Estorninho, quando fez um vídeo sobre Public Procurement Procedures in Times of Pandemic, publicado no canal da European Legal Practise Integrated Studies Network. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FLIT2RUokOo&t=1s>>. Acesso em 22 fev. 2023.

⁷⁵ Sobre o âmbito objetivo, pode ser definido pelas fronteiras do que é necessário para a prevenção, mitigação, contenção e tratamento da epidemia, bem como para a reposição da normalidade em sequência da mesma. Sublinha a essencialidade da incidência do princípio da proporcionalidade, que limita o conteúdo e alcance das medidas. Miguel Assis Raimundo. COVID-19 e Contratação Pública:

identificado pela professora⁷⁶. Por isso, só restam abrangidos os contratos de obras, e os para aquisição de bens e serviços, desde que decorrentes das circunstâncias entorno do combate à pandemia, para prevenir, conter, mitigar e tratar a COVID-19, até a reposição da normalidade.

Essa disposição pode ser extraída do artigo 1.º, números 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e sustenta um dos principais limites à atuação contratual excecional, que deve se ater à finalidade única de restaurar a normalidade, temporalmente consagrada⁷⁷. Por essa exigência, também restam limitadas no tempo as tratativas que se desenvolvam durante o período de exceção, mas que tenham por objetivo celebrar contratos com período de execução em momento posterior à crise⁷⁸. Também estão vedadas as práticas de celebração de contratos que embora estipulem o imediato cumprimento das obrigações, contenham prazos alargados de cumprimento, que possam vir a se manter após o término da crise⁷⁹.

o Regime Excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 80, (I-II), 2020, p. 170. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/media/131421/miguel-assis-raimundo.pdf>>. Acesso em 22 jan. 2023.

⁷⁶ Chega a afirmar que no âmbito subjetivo só poderá ser incluída uma entidade que esteja a desenvolver em concreto uma atividade para prevenir, conter, mitigar e tratar a COVID-19. *Idem.*, *Ibidem*.

⁷⁷ Ressalta-se que a restauração da normalidade é um fenómeno temporalmente delimitado. Nesse sentido, é mister salientar a existência de três momentos logicamente sucessíveis: o primeiro começa com o estado de normalidade; que em seguida é afetado pelo estado de exceção; mas que sempre será sucedido pelo retorno à normalidade. Cfr.: David Dyzenhaus. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 02.

⁷⁸ Sobre esse ponto, é interessante destacar uma preocupação recente exposta por alguns pesquisadores, recai sobre a ideia de normalização da excepcionalidade, como fenómeno cada vez mais frequente nos sistemas jurídicos ao redor do globo, mas que deve ser veementemente evitado. O texto foi escrito com plano de fundo nos sistemas de Singapura e Malásia. Cfr.: Kanishka Jayasuriya. *The Exception Becomes the Norm: Law and Regimes of Exception in East Asia*. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*. (Jayawardenapura Kote, 2001), sp. Disponível em: <<https://www.lawnet.gov.lk/the-exception-becomes-the-norm-law-and-regimes-of-exception-in-east-asia/>>. Acesso em 06 jun. 2023.

⁷⁹ Cfr.: Maria João Estorninho, op. cit., loc. cit.

4. Análise da aplicação imediata do direito da saúde de exceção

A presente investigação começou por observar a ausência de um consenso na doutrina acerca da natureza jurídica do direito à saúde. Preconizou que há dissonâncias sobre considerar a possibilidade de aplicação direta e imediata desse direito numa dimensão de garantia efetiva promovida pelo Estado. Resta agora compreender se a legislação de contratação pública sobre as medidas excecionais e temporárias relativas ao enfrentamento da COVID-19, em especial o regime excecional de contratação pública, pode ter trazido algum contributo para a descrição do direito à saúde, que justifique uma eventual rediscussão da natureza jurídica desse direito.

4.1 Impactos da tutela do direito da saúde na contratação pública durante a crise

Tendo em conta que a situação pandêmica foi há pouco tempo superada, ainda não há numerosas reflexões científicas que avaliam seus impactos em muitas áreas do conhecimento, quiçá no que toca às bases conceituais do direito da saúde. Todavia, a presente investigação tentará trazer alguns desses poucos estudos, na tentativa de adaptá-los ao que agora se estuda. O primeiro ponto a ser destacado recai sobre a percepção de que a contratação pública durante a crise decorrente da COVID-19 foi afetada em diversas frentes.

Se o foco da pesquisa fosse identificar os impactos da crise pandêmica para a contratação pública em geral seria impossível concluir somente esse objetivo, visto que há tantos critérios de influência indireta como de complexidade da matéria. Veja-se que há impactos a começarem na busca de uma Economia social⁸⁰, que persegue o papel do Estado na

⁸⁰ O termo Economia Social está aqui a ser utilizado num patamar amplo, no sentido de poder ser substituído por Economia Solidária, Terceiro Sector e Sociedade Civil. Sabe-se que ele pode ter diferentes implicações práticas, também no seu objeto de regulação e alcance, ainda assim, a título do trabalho que se desenvolve, não serão feitas as diferenciações pontuais. Sobre a regulação da Economia Social e as fronteiras existentes entre os três setores previstos constitucionalmente em

proteção dos grupos de risco, como idosos, doentes, imigrantes, pequenos empresários, trabalhadores não qualificados etc.

No plano financeiro, o legislador português da era covidiana também tomou rápidas medidas para promoção de uma Economia Social, o que pode ter fomentado uma convergência entre os três setores elencados no artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa, principalmente na mitigação dos impactos negativos para as empresas, em especial as de menor porte⁸¹. Estabeleceram-se medidas excecionais de proteção aos créditos (conforme Decreto-Lei n.º 10-J/2020); criou-se um regime especial de garantias por conta dos impactos económicos e financeiros do *lockdown*⁸² imposto na pandemia; foram conferidos apoios aos setores social e solidário, com acordo de cooperação com a Segurança Social, dentre outras medidas tomadas para a tutela dessa parcela da economia⁸³. Em suma, o direito à saúde demonstrou ter tamanha importância que desencadeou a necessidade de medidas de tutela inclusive no campo económico.

As organizações administrativas autárquicas também tiveram impactos significativos no ponto de vista financeiro, o que exigiu um repensar da sustentabilidade das finanças locais.⁸⁴ A seara do Direito Fiscal

Portugal, recomendam-se os estudos seguintes. Cfr.: Rute Saraiva. Quo Vadis: Cultural conflict between the public, private, social and cooperative sectors OR on the way to a cultural and legal blurring of their autonomy?. In: *Law and Interculturalism*. (Porto: Universidade Católica do Porto, 2018). *Idem*. As Instituições Particulares de Solidariedade Social. In: *Novos modelos, novos actores da organização administrativa*. vol. II. (Lisboa: AAFDL/ICJP/CIDP, 2018). *Idem*. The Twilight Zone OR The Third Sector between Regulation and Blurring. In: *Actas do Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social-2017* (IVR World Congress. 2017).

⁸¹ Desenvolve-se a ideia de que as funções principais de cada setor ainda estão preservadas, mas que houve uma confusão entre eles a ponto de não justificar a manutenção de alguns privilégios tradicionalmente conferidos. Concluiu-se que o financiamento do setor social precisa ser repensado, em especial durante situações de crise, como a que ocorreu na pandemia covidiana. Cfr.: Rute Saraiva. Economia Social e pandemia covidiana. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 849-875.

⁸² Trata-se de uma a uma medida de restrição de movimento imposta pelo Estado para manter a população isolada, e, consequentemente frear o avanço das contaminações por vírus.

⁸³ Essas medidas de proteção foram analisadas no texto citado imediatamente acima: *Idem.*, *Ibidem.*, loc. cit.

⁸⁴ Hugo Flores da Silva. Organização administrativa autárquica: a resposta à pandemia da COVID-19 no âmbito financeiro local. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 877- 904.

ainda foi profundamente abalada, o que gerou a suspensão de processos de execução fiscal, suspensão de prazos para a prática de atos e diligências procedimentais, além da suspensão de alguns prazos também não processuais.⁸⁵ O emprego público⁸⁶, o setor agrícola⁸⁷, a segurança social⁸⁸, os prazos no contencioso e no procedimento administrativo⁸⁹, a proteção dos dados pessoais⁹⁰, o asilo⁹¹, o transporte coletivo de passageiros⁹² (...) muitos campos do direito foram afetados pela urgência em proteger o direito da saúde. Isso suscita um repensar geral sobre a atuação do poder público entorno desse direito, um quase super direito da saúde, que afetou todas as searas atingidas pela contratação pública.

4.2 Regime excecional antes do estado de emergência

Recorda-se que o início da presente pesquisa chamou a atenção para a data de publicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, publicado no Diário da República n.º 52/2020, 1º Suplemento, Série I, em 13 de março de 2020. Realça-se que o estado de emergência somente veio a ser declarado pelo Presidente da República de Portugal no dia 18 de março de 2020, oito dias após a aprovação do diploma que previu as medidas excecionais e

⁸⁵ Joaquim de Freitas da Rocha. Direito Fiscal de exceção. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 791-814.

⁸⁶ Miguel Lucas Pires. O estado de emergência e as suas implicações no regime de emprego público. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 707-746.

⁸⁷ Paulo Alves Pardal. As medidas de emergência no setor agrícola. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. 8Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 593-614.

⁸⁸ Rita Calçada Pires. Segurança Social em modo de exepção. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 643-706.

⁸⁹ Paulo Aquilino Antunes. O regime excepcional de tramitação e prazos no contencioso e no procedimento administrativo. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 291-342.

⁹⁰ Filipa Urbano Calvão. Os estados de exceção e a proteção dos dados pessoais. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 343-368.

⁹¹ Ana Rita Gil. Asilo em estado de emergência. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 413-448.

⁹² Hong Cheng Leong. Garantia da disponibilidade do serviço público de transporte coletivo de passageiros por modo rodoviário em situações de emergência. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 477-514.

temporárias relativas à situação pandêmica. Resta interessante sublinhar a atuação legislativa do Governo de enfrentamento da COVID-19 mesmo antes de ter sido considerada a instauração de um regime de exceção constitucional.

Relembra-se ainda outro destaque conferido pela presente investigação em momentos iniciais, que o atributo conferido à uma categoria de direitos, quando considerados direitos fundamentais, perpassa pela possibilidade de serem suscetíveis de invocação na ausência de lei ou contra a lei.⁹³ Nesse sentido, para que o direito da saúde seja considerado um direito fundamental em todas as suas dimensões, seria antes necessário que fosse aplicado – também na vertente positiva prestacional – em caráter contrário ou mesmo na ausência de lei. Ora, há de se contestar se a adoção de um regime excecional de contratação pública *ab initio* viola a expectativa de um sistema jurídico estável e com Poderes devidamente balanceados e interdependentes, com respeito aos artigos 2.º e 111.º da constituição portuguesa.

Nesse sentido, destaca-se um desenho constitucional que valoriza os princípios dos *checks and balances*, por meio do equilíbrio entre os três órgãos de soberania/Poderes, todos legitimados de maneira democrática. A Assembleia da República e o Presidente da República possuem legitimidade democrática direta, ao passo que o Governo possui legitimidade democrática indireta, resultante das eleições legislativas e do apoio parlamentar. Essa estrutura constitucional busca garantir a harmonia e o controlo mútuo entre esses órgãos. O exercício da declaração do estado de exceção respeita um procedimento complexo de tomada de decisão conjunta desses três Poderes constitucionalmente consagrados, com base no artigo 138.º da constituição portuguesa⁹⁴. É sobre isso que agora se passa a refletir.

⁹³ Depreende-se que o condicionante para um direito deter o atributo de força jurídica própria é a possibilidade de ser aplicado na ausência ou contra a lei. Cfr. Maria João Estorninho; Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde...* op. cit., p. 46. Vide notas 19 e 20.

⁹⁴ Cfr.: Catarina Santos Botelho. *Os estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), p. 67-68.

O estado de emergência foi inicialmente declarado com termo em 15 dias, a partir do dia 19 de março. Ele suspendeu parcialmente alguns direitos fundamentais, em especial os relacionados com o direito à liberdade de ir e vir, a ter em conta a necessidade de redução do risco de contágio viral⁹⁵. Foi declarado pela primeira vez desde a entrada em vigor da Constituição de 1976. Em seguida, a declaração do estado de emergência foi renovada sucessivas vezes, até a última ocorrida em 14 de abril de 2021, regulamentada através do Decreto n.º 6-A/2021. Contudo, a situação só se encerrou após a aprovação do estado de calamidade por Resolução do Conselho de Ministros, sob o n.º 45-C/2021, em 30 de abril de 2021, que também foi prolongado, até 30 de maio de 2021, por alteração das Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 46-C/2021, de 6 de maio, 52-A/2021, de 11 de maio, e n.º 59-B/2021, de 14 de maio.

Após conhecido todo esse desenvolvimento, se voltada a atenção aos momentos iniciais, parece que a adoção do regime excecional de contratação pública introduzida pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 violou em alguma medida a base do princípio dos freios e contrapesos contido na declaração conjunta dos estados de exceção. Isso porque embora o sistema semipresidencialista português atribua a maior parte do poder executivo ao Governo⁹⁶, é responsabilidade do Presidente da República fazer a declaração dos estados de exceção constitucional, quais sejam, estado de sítio e estado de emergência, previstos no artigo 19.º, 134.º e 138.º da constituição portuguesa.

Nesse sentido, o constituinte decidiu conferir ao Presidente a autoridade final para decretar os estados de exceção constitucional e

⁹⁵ Para melhor compreensão do conteúdo sobre a suspensão dos direitos fundamentais se recomenda a leitura: José de Melo Alexandrino. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. vol. II. (Coimbra: Almedina, 2006), p. 434-435. Também: José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2012), p. 315.

⁹⁶ A título de comparação, recorda-se que no Brasil exercer a função de chefe do Governo é atributo do Presidente da República, por força do artigo 84 da Constituição Federal de 1988. Contudo, em Portugal a competência do Presidente da República é mais clara na função de árbitro, por competir-lhe o mérito de regular o pleno funcionamento das instituições democráticas, conforme reza o título II, da parte III, da Constituição da República Portuguesa, sobre a organização do poder político.

determinar a suspensão de certos direitos fundamentais, após ouvir o Governo e obter a autorização da Assembleia da República. Entretanto, ainda que o Governo seja consultado, não é obrigado a expressar uma opinião favorável, razão pela qual é possível que o Presidente decrete o estado de exceção ainda que contra a vontade explícita do Governo, desde que autorizado pela Assembleia da República⁹⁷. Por essa razão, demonstra-se uma quase atropelo da atividade legislativa do Governo à autoridade conferida aos demais órgãos de soberania do Estado português, uma atuação que beira a ser revestida de contrariedade à vontade do legislador constituinte em patamar amplo de garantia de direitos e separação de Poderes.

Tendo em vista que os Decretos-Leis são de competência do Governo, sua utilização no primeiro momento o tornou protagonista (único) na matéria de contratação pública para combate à COVID-19. Há quem diga que a declaração do estado de emergência pelo Presidente, em conjunto com a Assembleia da República, foi uma tentativa de limitar o poder excecional de emergência que estava nas mãos do Governo⁹⁸. De fato, o enquadramento legal mencionado anteriormente concedeu poderes bastante amplos ao Poder Executivo, que pôde exercê-los de forma relativamente autônoma em relação ao Presidente e à Assembleia da República. No entanto, com a declaração do estado de emergência, o Governo passou a ser obrigado a manter ambos os Poderes informados sobre a execução do estado de emergência, conforme estabelecido no artigo 17.º do Regime do estado de sítio e do estado de emergência⁹⁹.

Por fim, próximo de concluir a presente indagação, avalia-se considerar que a atitude protagonista desempenhada pelo Governo nos primeiros momentos de 2020 talvez tenha sido plenamente justificável. Pautou-se na perseguição de um bem maior, qual seja, a súbita tutela do

⁹⁷ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia. *O Estado de exceção no Direito Constitucional*. (Coimbra: Almedina, 2020), p. 111 e ss.

⁹⁸ Rui Tavares Lanceiro. Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da Covid- 19. *Lisbon Law Review*. vol. LXI. n.º 1, jul. 2020, p. 740. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/18lpeUhpBbDxm8VhWtcBDsD4o6Tgw5ajG/view>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

⁹⁹ *Idem.*, *Ibidem.*, loc. cit.

direito constitucional da saúde, enquanto parcela importante à proteção do direito à vida, que estava ameaçado pela propagação sem precedentes do vírus SARS-CoV-2. Nesse sentido, se há renomados Professores que apontam para a declaração do estado de emergência como uma necessidade de frear o protagonismo do Governo, como se citou acima, talvez ele realmente tenha buscado proteger o direito da saúde ainda que em caráter contrário à alguns preceitos constitucionais, o que provavelmente aproximou esse direito a um patamar de aplicação contra a lei, algo que se procurou indagar na presente investigação.

4.3 Últimas considerações sobre o direito fundamental à saúde

Ao observar a ausência de consenso na doutrina acerca da natureza jurídica do direito da saúde, o início da presente investigação preconizou que não há concordância na consideração da possibilidade de aplicação direta e imediata desse direito como uma garantia efetiva promovida pelo Estado. Neste final de pesquisa, concluir-se-á se os últimos anos trouxeram algum contributo para a descrição do direito da saúde, e se será possível aconchegá-lo ao patamar de direito fundamental de maneira inequívoca, também na vertente que exige uma ação prestativa do Estado. Ter-se-á por base os escritos de um dos maiores juristas que o mundo já conheceu, o Professor Doutor Jorge Miranda, que publicou uma última edição de seu livro sobre Direitos Fundamentais alguns meses após o início da pandemia covidiana.

O autor discorda da posição desenvolvida pela doutrina citada anteriormente¹⁰⁰, aliás, parece que sempre discordou. Reconhece que alguns autores tomam como direitos fundamentais somente os que tenham relação direta com a liberdade, no entanto, defende um posicionamento no sentido de que os direitos sociais das imposições dirigidas ao legislador – mesmo na exigência de garantias institucionais – também merecem qualificação com direitos fundamentais em igual patamar¹⁰¹. Baseia-se na ideia axiológica de

¹⁰⁰ O presente texto se refere principalmente ao livro: Maria João Estorninho; Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde: lições*. (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014). Citado várias vezes ao longo do texto.

¹⁰¹ Cfr.: Jorge Miranda. *Direitos Fundamentais*. 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 2020), p. 115.

que todos os direitos se reconduzem a deveres de prestação¹⁰², ao mesmo passo que a ideia de liberdade também aparece em todos os direitos¹⁰³, dicotomia que pode ser preterida em prol de uma unidade de tratamento das duas dimensões.

Diz-se que os direitos de liberdade são direitos de libertação do poder, e, ao mesmo tempo, direitos à proteção do poder contra outros poderes. Enquanto os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade, e, concomitantemente, direitos de promoção. “O escopo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade”¹⁰⁴. Nesse contexto, conclui-se que a constituição portuguesa distinguiu os direitos de liberdade dos direitos sociais no artigo 9.º, no entanto, por ter definido ambos como direitos fundamentais, os inseriu no mesmo sistema, assim, para o Professor, os tornou interdependentes, indissociáveis e complementares. Recorda-se que a presente pesquisa chegou nessa mesma ideia de complementariedade ao contextualizar os parâmetros de surgimento entre o Estado Liberal e o Estado Social de Direito.

5. Considerações Finais

O direito da saúde foi inserido em ambas as constituições portuguesas de 1976 e brasileira de 1988 no capítulo dos direitos sociais, o

¹⁰² As palavras do Professor algumas vezes são tão bem escolhidas que torna difícil parafrasear e manter o mesmo significado, por isso se opta por deixá-las *ipsis litteris* aqui: “Aos direitos correspondem outros tantos deveres do Estado: deveres de proteção quanto aos direitos de existência e de liberdade; aos direitos de participação e de defesa deveres de organização e de procedimento; aos direitos a prestações deveres de prestação. No fundo, todos se reconduzem a deveres de prestação: de prestação predominantemente jurídica os deveres de proteção e os de organização e procedimento, deveres de prestação predominantemente material os deveres de prestação em sentido estrito (correspondentes aos direitos de prestação também em sentido estrito que são os direitos sociais).” *Idem., Ibidem., loc. cit.*

¹⁰³ Nesse sentido: “a liberdade ou a ideia de liberdade aparece em quase todos os direitos. Os direitos de participação são também direitos de liberdade, os direitos de defesa pressupõem decisão de escolha do tempo e do modo respetivos pelo sujeito e até os direitos a prestações podem envolver manifestações de liberdade e participação.” *Idem., Ibidem., loc. cit.*

¹⁰⁴ *Idem., Ibidem., p. 116.*

que os diferenciou formalmente dos direitos de liberdade. Contudo, não se pode olvidar que ambos estão revestidos de um carácter de fundamentalidade, o que lhes confere um patamar especial de proteção. Se considerado o contexto histórico em que foram concebidos será mezinho dizer que surgiram como contraponto aos padrões formais de liberdade e igualdade, que haviam conduzido à crise do antigo paradigma do Estado Liberal, nasceram no berço do Estado Social de Direito.

Nesse sentido, percebe-se que os direitos sociais, entre eles o direito da saúde, não somente alargaram o catálogo constitucional dos direitos fundamentais, mas também empreenderam uma reformulação por completo nos direitos individuais, como foi demonstrado na pesquisa. Por essa razão, ainda antes do surgimento da pandemia de COVID-19 parte da doutrina esteve convencida de que o direito da saúde merecia destaque enquanto direito fundamental em todas as dimensões, mas esse posicionamento não era unânime. A doutrina divergia quanto à possibilidade de atribuí-lo força jurídica autônoma, em especial na vertente que exige ação garantística do Estado na defesa de alguns direitos inerentes ao indivíduo.

Com o advento da crise pandêmica de COVID-19, os mecanismos mais efetivos para redução das desigualdades socioeconômicas dentre os indivíduos de uma mesma sociedade – típicos do Estado Social de Direito – ganharam maior visibilidade. O legislador tomou rápidas medidas para promoção de uma Economia Social, o que englobou medidas para afiançar uma Economia Solidária, com benefícios conferidos ao Terceiro Sector e à Sociedade Civil como um todo, que se encontraram em situação de vulnerabilidade e escassez inesperada de condições. Além da necessidade direta de promover mecanismos que assegurassem a manutenção da vida e da saúde, auxílios com aspectos econômicos também tiveram especial relevo.

A despeito dos reflexos indiretos da pandemia, o Governo instaurou um sistema excecional de contratação pública em tempo recorde. No primeiro momento agiu sozinho, isto é, publicou o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 antes da aprovação do estado de emergência, fato que gerou críticas por parte da doutrina, e exigiu uma reação conjunta do Presidente e da Assembleia da República. Nesse contexto, talvez tenha priorizado a tutela

do direito da saúde sobre qualquer outro direito, mesmo que considerados direitos de natureza formal ou material. Por essa razão, talvez tenha aproximado o direito da saúde de um patamar que possibilita alguma tutela ainda que em detrimento de uma forma ou procedimento garantístico pré-determinado.

Ora, é indubitável que o Governo acabou por regular a contratação pública excecional ao produzir norma positiva que a habilitasse. Todavia, também é fácil de se apontar que o artigo 2.º-A do referido Decreto-Lei foi longe demais na simplificação dos procedimentos de contratação pública, em especial quando da opção pelo processo não concorrencial do ajuste direto simplificado, que ainda ultrapassou os limites do preço contratual, e, por modificação legislativa posterior, foi aplicado de forma retroativa até 13 de março.

A necessidade de se combater incontinentemente a pandemia era justificável, qualificado pela célere compra de tudo o que fosse assim necessário. Sublinha-se que o recurso ao ajuste direto só pode ser permitido quando não houver outra possibilidade de enfrentamento da situação, e somente por motivos de urgência imperiosa, quando não puderem ser cumpridos os prazos e procedimentos ordinários; era o caso da COVID-19. Por isso, tentou-se limitar ao que fosse estritamente necessário, a lei estabeleceu redundantemente que o regime excecional de ajuste direto simplificado seria possível somente para a aquisição de alguns instrumentos: equipamentos, bens e serviços, materiais para unidades de cuidados intensivos, medicamentos, gases medicinais e outros dispositivos médicos, serviços de logística (...) uma previsão quase *numerus clausus*.

Em suma, o próprio legislador reconheceu que deveria ser tomada uma especial cautela ao permitir esse tipo de procedimento, no entanto, ainda assim a simplificação foi longe demais, como demonstrado no desenvolver da pesquisa. Isso levou parte da doutrina a tecer uma rigorosa crítica, que acusava o Governo de verdadeira desprocedimentalização. Além disso, o controlo prévio exigido ao Tribunal de Contas parecia fazer sentido para a tutela do interesse público, poderia ter evitado lesões (talvez até prevenido atitudes corruptas) aos cofres públicos, mas também teria dificultado o enfrentamento rápido da pandemia, por isso foi preterido a uma

prestação de contas posterior. Os trinta dias que as entidades adjudicantes tinham para remeterem os contratos talvez não tenham sido uma prioridade, o que pode ter comprometido uma fiel prestação de contas.

Portanto, foram cometidos erros em termos de desprocedimentalização, mas talvez eles tenham sido justificáveis pelo bem maior que se estava a tutelar, diretamente ou indiretamente, o direito da saúde. Pode ser que a simplificação dos regimes de contratação pública não tenham indicado uma irrefutável força jurídica autônoma ao direito prestacional da saúde, principalmente na visão dos destinatários individuais, porque a promoção ainda não foi destituída por completo de lei ou norma habilitante. Sem embargo, conclui-se que a natureza jurídica desse direito deve ser revisitada, porque acabou por se aproximar muito de uma disciplina prática autônoma: no sentido de que foram aplicados mecanismos de garantia do direito da saúde em detrimento de um sistema complexo já consolidado de contratação pública. Ora, se para um direito deter o atributo de aplicação imediata deve ser passível de aplicação na ausência de lei ou contra a lei, o segundo pressuposto provavelmente esteve respeitado durante a crise pandêmica de COVID-19.

6. Bibliografia

ALEXANDRINHO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2.^a ed. vol. II. Coimbra: Almedina, 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 4.^a ed. vol. II. Coimbra: Almedina, 2018.

ANDERSSON, Staffan; HEYWOOD, Paul M. The Politics of Perception: Use and Abuse of Transparency International's Approach to Measuring Corruption. *Political Studies*. vol. 57. London, 2009. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.1467-9248.2008.00758.x>>. Acesso em abr. 2023.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Manoel A. Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Editora Arménio Amado, 1987.

- ANTUNES, Paulo Aquilino. O regime excepcional de tramitação e prazos no contencioso e no procedimento administrativo. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9.^a ed. Livro digital (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BENEYTO, Gonzalo Pardo; NEBOT, Carmen Pineda. La contratación pública en tiempos de Pandemia del Covid-19 en España. *Revista da Controladoria-Geral da União*, Madrid, vol. 12, n.º 22, jul-dez 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64790/3/V12.N22_Contratacao_Publica_Espanhol.pdf>. Acesso em 12 jun. 2023.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BOTELHO, Catarina Santos. Os estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? In: *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Rio de Janeiro, 2010. p. 25. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.
- BRITO, Miguel Nogueira de. Ajuste directo. In: *Estudos de Contratação Pública*. vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CALDEIRA, Marco; COIMBRA, José Duarte; SERRÃO, Tiago. *Direito Administrativo da Emergência*. Coimbra: Almedina, 2020.
- CALVÃO, Filipa Urbano. Os estados de exceção e a proteção dos dados pessoais. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- CORREIA, Sérvulo. Introdução ao Direito da Saúde. In: *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex, 1991.
- DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de Direito Civil Brasileiro*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1959.
- ESTORININHO, Maria João. Contrato Público: conceito e limites. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ESTORININHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- ESTORNINHO, Maria João. A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. In: *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, coord. Maria João Estorninho. Lisboa: ICJP/CIDP, 2016. Disponível em:

- <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_fct.pdf>. Acesso em 30 abr. 2023.
- ESTORNINHO, Maria João. COVID- 19: (novos) desafios e (velhos) riscos na contratação pública. *Lisbon Law Review*. vol. LXI. n.º 1, jul. 2020. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/18lpeUhpBbDxm8VhWtcBDsD4o6Tgw5ajG/view>>. Acesso em: 06 mar. 2023.
- ESTORNINHO, Maria João. Por uma visão ética da contratação pública. In: *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. vol. II. Coimbra: Almedina, 2016.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde*: lições. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ª ed. Salvador: Ed. Juspodivim, 2020.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Editora Arménio Amado, 1987.
- Gil, Ana Rita. Asilo em estado de emergência. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de exceção no Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2020.
- GUEVARA, Arnoldo José de Hoyos. *Sustentabilidade*: desafio 9 – saúde. São Paulo: PUC-SP, 2021. Disponível em: <<https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/eventos/bisus/d9-saude.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2023.
- GURVICH, Georges. *La idea del Derecho Social*. Granada: Comares, 2005.
- Jayasuriya, Kanishka. The Exception Becomes the Norm: Law and Regimes of Exception in East Asia. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*. Jayawardenapura Kote, 2001, sp. Disponível em: <<https://www.lawnet.gov.lk/the-exception-becomes-the-norm-law-and-regimes-of-exception-in-east-asia/>>. Acesso em 06 jun. 2023.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LANCEIRO, Rui Tavares. Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da Covid- 19. *Lisbon Law Review*. vol. LXI. n.º 1, jul. 2020. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/18lpeUhpBbDxm8VhWtcBDsD4o6Tgw5ajG/view>>. Acesso em: 09 mar. 2023.
- LEONG, Hong Cheng. Garantia da disponibilidade do serviço público de transporte coletivo de passageiros por modo rodoviário em situações de emergência. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. 2.ª ed. t. 1. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARTINS, Ana Gouveia. A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos. In: *Atas da Conferência*: a revisão do código dos contratos públicos. Lisboa: 2016. Disponível em:

- <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf>. Acesso em 22 mai. 2023.
- MENDIETA, Manuel Villoria; SÁNCHEZ, Agustín Izquierdo. *Ética pública y buen gobierno*. Madrid: Editora INAP, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- MONGE, Cláudia Sofia Oliveira Dias. O Direito Fundamental à Proteção da Saúde. *E-Pública*. vol. 6. n.º 1, abril 2019. Disponível em: <<https://e-publica.pt/article/34341.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2023.
- MONTEIRO, W. Barros. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Anotada*. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2016.
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010.
- PARDAL, Paulo Alves. As medidas de emergência no setor agrícola. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- PIRES, Miguel Lucas. *Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo*. Coimbra: Coimbra Editora. Publicações CEDIPRE, 2010. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_3.pdf>. Acesso em 02 jun. 2023.
- PIRES, Miguel Lucas. O estado de emergência e as suas implicações no regime de emprego público. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- PIRES, Rita Calçada. Segurança Social em modo de excepção. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.
- RAIMUNDO, Miguel Assis. COVID-19 e Contratação Pública: o Regime Excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 80, (I-II), 2020. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/media/131421/miguel-assis-raimundo.pdf>>. Acesso em 22 jan. 2023.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- RICARDO, Márcio Ery de Fátima. *O ajuste direto à luz do ordenamento jurídico moçambicano*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.
- ROCHA, Joaquim de Freitas da. Direito Fiscal de excepção. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Medidas excepcionais de Contratação Pública e de autorização de despesa pública para resposta à epidemia SARS-Cov-2*. Lisboa: Sérvulo Publications, 2020. Item 4, sem paginação.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Medidas excepcionais de contratação pública para resposta à pandemia causada pela covid-19. In: *Covid 19 e o direito*. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020. Disponível em: <<https://recil.ensinolusofona.pt/bitstream/10437/10302/1/COVID%2019%20E%20DIREITO.pdf>>. Acesso em 02 fev. 2023.

SARAIVA, Paulo Lobo. *Garantia constitucional dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARAIVA, Rute. As Instituições Particulares de Solidariedade Social. In: *Novos modelos, novos actores da organização administrativa*. vol. II. Lisboa: AAFDL/ICJP/CIDP, 2018.

SARAIVA, Rute. Economia Social e pandemia covidiana. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

SARAIVA, Rute. Quo Vadis: Cultural conflict between the public, private, social and cooperative sectors OR on the way to a cultural and legal blurring of their autonomy?. In: *Law and Interculturalism*. Porto: Universidade Católica do Porto, 2018.

SARAIVA, Rute. The Twilight Zone OR The Third Sector between Regulation and Blurring. In: *Actas do Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social-2017 IVR World Congress*, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Carla Baptista. *Manual de Procedimentos Contratação Pública de Bens e Serviços*. Braga: Universidade do Minho, 2018.

SILVA, Hugo Flores da. Organização administrativa autárquica: a resposta à pandemia da COVID-19 no âmbito financeiro local. In: *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

VIDEIRA, Suzana Antas. *Liberalismo e questão social em Portugal no século XIX: contributo para a história dos direitos sociais*. Lisboa: AAFDL Editora, 2016.