

COVID 19 E O DIREITO

**INÊS FERNANDES GODINHO
MIGUEL OSÓRIO DE CASTRO
(EDITORES)**



**Edições Universitárias
Lusófonas**

Ficha Técnica

© Edições Universitárias Lusófonas

Título: *COVID 19 e o Direito*

Editores: *Inês Fernandes Godinho/Miguel Osório de Castro*

1.^a Edição: *Edições Universitárias Lusófonas*,

Capa: *Rute Muchacho*

Paginação: *Nuno Lourenço Ferreira*

ISBN: 978-989-757-129-9

Todos os direitos desta edição reservados por:

Edições Universitárias Lusófonas

Campo Grande, 376 - 1749-024 Lisboa

telef. 217 515 500

Email: edicoes.lusofonas@ulusofona.pt

<http://lojaonline.grupolusofona.pt>

ÍNDICE

NOTA DOS EDITORES.....	5
<i>Inês Fernandes Godinho, Miguel Osório de Castro</i>	
IMPACTO DAS MEDIDAS DE COMBATE AO CORONAVÍRUS (SARS-COV-2) NO CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS	7
<i>Miguel Osório de Castro</i>	
O REGIME DO ARRENDAMENTO DURANTE A PANDEMIA COVID 19.....	31
<i>Luís Menezes Leitão</i>	
O COVID-19 E A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS	39
<i>Manuel Carneiro da Frada*</i>	
MEDIDAS EXCEPCIONAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA RESPOSTA À PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19.....	47
<i>Pedro Fernández Sánchez</i>	
COVID-19 E O (IR)REGULAR FUNCIONAMENTO DAS SOCIEDADES.....	93
<i>Jorge Coutinho de Abreu</i>	
O CONTEXTO ECONÓMICO: HOJE E NO DIA SEGUINTE	99
<i>Francisca Guedes de Oliveira</i>	
COVID 19 E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	105
<i>Nuno Castro Marques</i>	

COVID-19 E O DIREITO PENAL..... 127

Alexandra Vilela

COVID-19 E A SUA INTERFERÊNCIA
NOS PRAZOS PROCESSUAIS..... 141

Luís Filipe Salabert

SOBRE O USO DE TECNOLOGIAS E DE IA EM TEMPOS
DE EMERGÊNCIA, À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E DA ÉTICA: PRIVACIDADE VS VIDA 149

Cláudio R. Flores

NOTA DOS EDITORES

Em 2 de março de 2020 foi identificado o primeiro caso de COVID-19 em Portugal. Em 18 de março de 2020 foi decretado, pela primeira vez em democracia, o estado de emergência em Portugal. No dia 27 de Abril de 2020 teve lugar a primeira comunicação do Ciclo de Conferências (versão *webinar*) COVID-19 e o Direito, sob a égide da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto (FDCP-ULP). Bastará apenas a simples enunciação desta sucessão de datas, para, de imediato, compreender que a FDCP-ULP soube responder ao desafio – também jurídico – colocado por esta pandemia, organizando a discussão, com interlocutores da Faculdade e outras Faculdades, de Norte a Sul do país, sobre os principais problemas colocados ao Direito pela COVID-19, menos de dois meses após ser conhecido o primeiro caso em Portugal.

A Faculdade deve a dinamização do Ciclo de Conferências ao Mestre Miguel Osório de Castro que, deparado com esta nova realidade, imediatamente se prontificou para se tornar a força motriz deste Ciclo.

Neste seguimento, pudemos contar com a imediata disponibilidade de participação de muitos Colegas, especialistas nas diversas áreas do Direito que se viam – e ainda vêm – afectados pela proliferação de normas legais surgidas em contexto pandémico.

Dada a diversidade e riqueza das contribuições, entendemos que deveria ficar registada a memória daquele Ciclo de Conferências, razão que fundamenta a presente obra seguir a ordem pela qual as comunicações tiveram lugar. São tratados temas que percorrem os contratos, privados e públicos, as sociedades comerciais, a concorrência, problemas penais, os prazos processuais e mesmo a inteligência artificial.

A todos os que nos agradeceram com o seu contributo escrito para esta obra, o nosso penhorado agradecimento. E a todos os que participaram neste Ciclo de Conferências, desbravando caminho por “terras inexploradas” do universo jurídico, o nosso mais sincero bem-haja!

Porto, 10 de Junho de 2020
Inês Fernandes Godinho
Miguel Osório de Castro

IMPACTO DAS MEDIDAS DE COMBATE AO CORONAVÍRUS (SARS-COV-2) NO CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS

Mestre Miguel Osório de Castro

Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto

Sumário: *1. Notas Preliminares.* Datas impactantes relacionadas com a pandemia. A vontade das partes como critério de resolução das questões trazidas pela pandemia. Cláusulas de força maior. Interpretação extensiva de legislação excecional. *2. Regime da Impossibilidade do Cumprimento e Mora não Imputáveis ao devedor no nosso Código Civil.* *2.1. Das Cláusulas de Força Maior.* O caso de força maior e o caso fortuito. Tipificação do caso de força maior. O caso de força maior e a solução encontrada pelas partes. *Modus faciendi* da invocação das cláusulas de força maior. Efeitos do preenchimento de uma cláusula de força maior. O princípio *pacta sunt servanda* e a estabilidade do contrato. *2.2. Do regime previsto nos artigos 790.º a 795.º do Código Civil.* A impossibilidade absoluta de prestar e a *difficultas praestandi*. A impossibilidade temporária e a suspensão das prestações. O regime imposto pelo artigo 9.º do DL n.º 2-A/2020 de 20 de março. Notas distintivas da impossibilidade temporária relativamente à mora. A impossibilidade parcial e o caso de invalidade parcial do negócio. O desinteresse do credor no cumprimento parcial da obrigação. A redução parcial da contraprestação. A modificação do contrato. A renegociação do contrato ao abrigo do princípio da boa fé, previsto no artigo 762.º, n.º 2 do Código Civil. A boa fé como solução para as falhas do sistema. A bilateralização da regra de conduta da boa fé. A complexidade intra-obrigacional e os deveres acessórios de conduta. Os deveres de prestar e os deveres acessórios de conduta. O sentido ético-objetivo da boa fé. O abuso do direito e a sua conceção objetiva. A delimitação de condutas imposta pelo abuso do direito. O excesso manifesto. A referência à boa fé no artigo 334.º do Código Civil. As consequências da ilegitimidade proveniente da figura do abuso do direito. A boa fé como princípio ordenador no encaço da pandemia. *3. Hipóteses Práticas.*

Notas Preliminares

No encaicho da pandemia trazida pelo novo Coronavírus, que determinou o confinamento de milhões de pessoas, com a conseqüente quebra da atividade económica dos países afetados pela doença, o Direito, tal como a sociedade, teve de se adaptar. Em Portugal, tal adaptação refletiu-se numa desenfreada criação legislativa, que, ainda assim, apesar do louvável esforço do legislador, dificilmente responde a todas as questões que esta crise pandémica nos coloca.

Assim, num esforço de interpretação da criação legislativa mais recente, veremos quais as soluções apontadas pelo legislador português no caso específico do (in) cumprimento contratual em tempos de pandemia.

Antes de mais, para melhor enquadrarmos o tema, teremos de ter em consideração as datas impactantes relacionadas com a pandemia, pois que não serão despicientes em articulação com as datas em que os contratos foram assinados. Vejamos, pois, que a declaração de pandemia foi emitida pela Organização Mundial de Saúde a 11 de março de 2020, seguindo-se, no dia 18 de março de 2020, a declaração do estado de emergência em Portugal, pelo Presidente da República e, por fim, no dia 30 de abril de 2020, a declaração do estado de calamidade, por Resolução do Conselho de Ministros. No que toca ao tema sobre o qual nos debruçamos, interessa, especificamente, o DL n.º 2-A/2020, de 20 de março, que regula determinadas matérias de aplicação ao concreto contrato e que entrou em vigor no dia 22 de março de 2020.

Esta crise pandémica terá conseqüências diversas nos contratos em vigor, existindo vários mecanismos contratuais aplicáveis, variantes em função do concreto contrato. Por regra, prevalecerá a solução que as partes regularam especificamente no contrato. Conseqüentemente, será necessário analisar e interpretar o conteúdo contratual, com vista à compreensão do que as partes visaram com a sua celebração. Se, no contrato a interpretar, existirem cláusulas de força maior, onde estejam previstas as situações de pandemia, aí encontraremos resposta cabal aos problemas que ora se levantam.

De facto, a vontade das partes sempre terá de ser trazida à colação nos contratos privados que nos comprometemos a analisar, mais não fosse pela simples circunstância do Código Civil ser, na sua maioria, de aplicação supletiva. Através das regras de interpretação dos negócios jurídicos (em especial do n.º 2 do artigo 236.º do Código Civil, doravante CC, que derroga a teoria da impressão do

destinatário, contida no n.º 1 do mesmo preceito) é possível chegar a um entendimento dessa vontade das partes, plasmada no texto contratual, fruto de todo um processo de negociação entre as mesmas¹.

Ainda antes de entrarmos na explanação do tema proposto, convém lembrar que, nos termos do disposto no artigo 11.º do CC, a legislação excepcional que tem vindo a ser publicada não comporta aplicação analógica, mas tão-só uma interpretação extensiva.

1. Regime da Impossibilidade do Cumprimento e Mora não Imputáveis ao devedor no nosso Código Civil

1.1 Das Cláusulas de Força Maior

Quando exista caso de força maior, a responsabilidade do devedor pelo incumprimento definitivo, simples mora ou cumprimento defeituoso é excluída, posto que estamos perante facto não imputável nem ao credor, nem ao devedor.² Paralelo ao caso de força maior, surge o caso fortuito, que produz as mesmas consequências exoneratórias do devedor.

Não obstante a similitude dos conceitos, a doutrina, tal como a jurisprudência³, diferencia o caso de força maior do caso fortuito. Assim, *“de harmonia com a orientação talvez preponderante, o conceito de caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem as suas consequências. Ao passo que o conceito de caso fortuito assenta na ideia de imprevisibilidade: o facto não se pôde prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto.”*⁴ Em consonância com a doutrina maioritária, categorizaremos, então, esta situação de pandemia como um caso de força maior.

Apesar de não existir um conceito unívoco de força maior no nosso sistema jurídico, existem características comuns aos eventos que, normalmente, tipificam tais casos, sendo eles a exterioridade, a imprevisibilidade, a inevitabilidade e a

1 Exclusão seja feita aos contratos enquadrados pelo Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais que, como bem sabemos, apresentam as suas especificidades no campo da contratualização da vontade das partes.

2 Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição Revista e Atualizada, p.1072

3 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 084991 a 13 de maio de 1993 e disponível em www.dgsi.pt.

4 Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição Revista e Atualizada, p.1073 e 1074

inimputabilidade⁵. O legislador português não esboçou uma definição da figura da força maior, porém certo é que o nosso Código Civil faz referência ao conceito nalguns dos seus preceitos, nomeadamente: no n.º 1 do artigo 321.º, a propósito do regime da prescrição; no artigo 505.º, no âmbito da exclusão da responsabilidade nos acidentes de viação e no n.º 2 do artigo 509.º, no âmbito do qual são excluídos os danos devidos a força maior causados por instalações de energia elétrica ou gás. No ponto i), da alínea d) do artigo 406.º do Código dos Contratos Públicos surge igual referência, quanto aos direitos do empreiteiro em resolver o contrato.

Conforme *supra* referenciado, se acauteladas contratualmente, as cláusulas de força maior serão, por via de regra, a chave para a resolução das questões contratuais que possam surgir na situação de pandemia que atravessamos. Porém, tal solução, apesar de resultar do encontro de vontades das partes, nunca poderá ser levemente aplicada. Antes, o aplicador da fórmula contratualizada terá de se ater aos termos e condições em que as cláusulas foram negociadas, tendo de ponderar o momento em que as cláusulas foram incluídas no contrato, verificando se ambas as partes estiveram de acordo com tal inclusão e, por fim, se ponderaram o efeito resultante da inserção de uma cláusula de força maior no contrato. Tudo isto com especial enfoque no limite imperativo consagrado no artigo 809.º do CC, segundo o qual será nula a cláusula pela qual o credor renuncie antecipadamente “*a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º*”.

Se, porventura, a hipótese de pandemia estiver explicitamente enquadrada numa cláusula de força maior, não incidirá sobre nenhuma das partes o dever de renegociar o contrato, já que estas previram o evento cataclísmico. Por conseguinte, numa tentativa de alcançar a vontade negocial das partes, teremos de lançar mão do que vem previsto no n.º 2 do artigo 236.º do CC⁶, ainda que, para isso, tenhamos de recuar aos preliminares e à formação do contrato.

O *modus faciendi* de invocação destas cláusulas de força maior por uma das partes contratuais passará pela preparação de uma carta motivada, em que se

5 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 554/12.9TVLSB.L1.S1, no dia 29 de junho de 2017, disponível em dgsi.pt

6 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 14/06.7TBCMG.G1.S1, no dia 12 de junho de 2012, disponível em dgsi.pt

aleguem factos concretos que demonstrem o nexo de causalidade entre a pandemia e a impossibilidade do cumprimento da prestação.

Na esteira do princípio da liberdade contratual, previsto no n.º 1 do artigo 405.º do CC, o preenchimento de uma cláusula de força maior poderá resultar, particularmente, *i*) na prorrogação do prazo contratual, *ii*) na suspensão do contrato, *iii*) na modificação do contrato, *iv*) no direito de requerer a cessação antecipada por uma das partes ou *v*) na possibilidade de contratação de terceiros para a realização das prestações.

Por fim, não obstante a ampla liberdade contratual que o legislador português concede às partes, afigura-se essencial sublinhar os limites que lhes são impostos, uma vez lapidificadas as suas vontades. Referimo-nos, neste ponto, ao princípio *pacta sunt servanda*, previsto no n.º 1 do artigo 406.º do CC, promovedor da estabilidade do contrato. Seremos, então, compelidos a verificar se a equação económica do contrato poderá ser salva e se as prestações acordadas são, ainda, realizáveis em face da pandemia.

1.2. Do regime previsto nos artigos 790.º a 795.º do Código Civil

Se o contrato não regular as situações de impossibilidade da prestação, nem tão-pouco existirem cláusulas de força maior, teremos de aplicar o regime previsto nos artigos 790.º a 795.º do CC, relativos à impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor.

Ora, o n.º 1 do artigo 790.º do CC, determina que “*a obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor*”. Tal significa que a impossibilidade da prestação deve ser superveniente⁷ relativamente ao momento em que a obrigação se constitui, não relevando, para tal, a impossibilidade originária de prestar.⁸ Para além de superveniente, a impossibilidade de prestar deverá ser objetiva, absoluta e definitiva.⁹

Por outro lado, a liberalização do devedor dá-se, única e exclusivamente, mediante a verificação de uma impossibilidade absoluta de prestar e já não por via

7 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no âmbito do processo n.º 3979/17.08LRA.C1, no dia 2 de abril de 2019, disponível em dgsi.pt

8 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 42

9 Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Volume II, Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 5.ª Edição, p.117

de uma mera impossibilidade relativa (“*difficultas praestandi*”)¹⁰, “*que se traduz na simples dificuldade ou onerosidade exagerada da prestação, de ordem financeira, pessoal ou moral.*”¹¹ Assim, não se deve confundir a impossibilidade da prestação com a alteração das circunstâncias que onere o devedor da prestação. Nos termos do disposto no artigo 790.º do CC, a prestação apenas se extinguirá em caso de impossibilidade objetiva de prestar, embora o devedor possa obter a resolução do contrato ou a modificação dele, segundo critérios de equidade, caso se verifiquem os requisitos cumulativos da alteração das circunstâncias prevista no 437.º do CC.

Extrapolando o princípio geral contido no n.º 2 do artigo 762.º do CC, que determina que “*no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé*”, para o contexto do artigo 790.º do CC, que nos interessa, podemos defender que a *difficultas praestandi*, não exonerando o devedor da prestação, “*poderá justificar a sua indemnização pelo credor, quando resulte de facto a este imputável*”.¹² De resto, será de entender que caberá ao devedor suportar os custos associados à maior onerosidade da prestação.

Ora, efetuada uma breve abordagem ao regime do incumprimento não imputável ao devedor, importa cingir, agora, a nossa análise aos regimes do incumprimento temporário e do incumprimento parcial, já que nos prostramos perante uma análise motivada por uma pandemia, que se identifica como um fenómeno transitório.

Neste pressuposto, analisaremos, primeiramente, o regime da impossibilidade temporária, plasmado no artigo 792.º do CC, que pode originar duas soluções diversas, contidas em cada uma das suas alíneas: impossibilidade temporária *tout court* e impossibilidade temporária que se transmuta em incumprimento definitivo.

O regime da impossibilidade temporária, previsto no n.º 1 do artigo 792.º do CC, distingue-se da mora em virtude da sua inimputabilidade ao devedor¹³, razão

10 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no âmbito do processo n.º 411/14.4TBCNT-A. C1, no dia 7 de fevereiro do 2017, disponível em dgsi.pt

11 Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição Revista e Atualizada, p.1075

12 Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição Revista e Atualizada, p.1076

13 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 08B1547, no dia 11 de setembro de 2008, disponível em dgsi.pt

pela qual o legislador exclui os efeitos gravosos da mora do devedor¹⁴. De igual modo, tal regime não conduzirá, em princípio, à extinção da obrigação.¹⁵

Nada é dito, neste preceito, quanto à suspensão da prestação, porém, com base num raciocínio de aplicação analógica do n.º 1 do artigo 790.º e do artigo 795.º do CC, com as devidas adaptações, consideramos que se pode defender uma solução em que as prestações e as contraprestações não se extinguem, mas suspendem-se. Por conseguinte, o devedor não responderá pela mora apenas enquanto a impossibilidade temporária perdurar.¹⁶ Logo que a impossibilidade cesse, a obrigação de prestar do devedor ressurgirá, sendo o seu cumprimento meramente protelado para um momento posterior. Não obstante o regime plasmado neste n.º 1 do artigo 792.º do CC, a verdade é que se estivermos ante contrato bilateral, o credor sempre poderá invocar a exceção de não cumprimento.¹⁷

O ponto de partida da lei para solucionar as vicissitudes contratuais advenientes da atual situação de pandemia parece coincidir com este regime do n.º 1 do artigo 792.º do CC. Em consequência, por regra, diremos que aos contratos abrangidos pelo artigo 9.º do DL n.º 2-A/2020 de 20 de março, que regula a suspensão de atividades no âmbito da prestação de serviços, aplicar-se-á este regime da impossibilidade temporária.

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 792.º do CC, “*a impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor*”, considerando-se definitiva em qualquer outra circunstância. Equivale dizer que a impossibilidade só permanece temporária enquanto o cumprimento da obrigação for suscetível de mora.¹⁸ Consequentemente, perante uma situação de obrigação com prazo certo, a impossibilidade temporária transmutar-se-á em impossibilidade definitiva, pelo decurso do prazo, extinguindo-se, assim, a obrigação. Já nas obrigações de prestação negativa, não pode haver lugar à simples mora, mas apenas ao não cumprimento definitivo, que, por sua vez,

14 Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição Revista e Atualizada, p.1078

15 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 45

16 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no âmbito do processo n.º 0007411, no dia 21 de janeiro de 1997, disponível em dgsi.pt

17 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no âmbito do processo n.º 8507/2007-6, no dia 8 de novembro de 2007, disponível em dgsi.pt

18 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 45

poderá ser parcial, quando nos encontrarmos perante prestações negativas duradouras.¹⁹ Este n.º 2 do artigo 792.º do CC pretende acautelar, especialmente, as situações de frustração do fim da obrigação, posteriores ao retardamento causado pela impossibilidade.²⁰

Para além dos *supra* referidos casos de impossibilidade temporária, podemos quedar-nos perante uma situação de impossibilidade parcial, prevista no artigo 793.º do CC, no âmbito da qual apenas parte da prestação é possível de ser cumprida, sendo impossível o cumprimento da restante. O regime plasmado neste preceito é paralelo ao que vem expresso no artigo 292.º do CC, para a nulidade ou anulação parcial do negócio jurídico. Tal como sucede no caso de invalidez parcial do negócio, em que se dá a redução do objeto à parte que se manteve à margem da causa de invalidez, extinta uma parte da obrigação, em virtude da impossibilidade de cumprimento, o devedor fica adstrito ao cumprimento daquilo que for possível.²¹ Quanto à parte restante, a impossibilidade constitui causa extintiva da obrigação, desde que não seja imputável ao obrigado. Se, porém, o credor não tiver, justificadamente, “*interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio*”, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 793.º do CC.²² E como é que se avalia o desinteresse do credor no cumprimento parcial da obrigação? Ora, não obstante a natureza eminentemente subjetiva do critério, teremos de defender o seu tempero com laivos de objetividade.²³

Nos termos do disposto na 2.ª parte, do n.º 1 do artigo 793.º do CC, a prestação parcial da obrigação determina a redução proporcional da contraprestação a que a outra parte estiver vinculada, “*o que significa que o risco do preço, da contraprestação ou compensação corre afinal por conta do devedor desonerado da prestação, por impossibilidade desta*”.²⁴ No caso específico dos contratos onerosos de alienação de bens ou de estabelecimento de encargos sobre eles, a

19 Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, Volume II*, 7.ª edição, p. 80 e 81

20 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 45

21 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 46

22 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no âmbito do processo n.º 1350/14.4TBLRA-D. C1, no dia 27 de fevereiro de 2018, disponível em dgsi.pt

23 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 46

24 *Idem, Ibidem*

redução da contraprestação será efetuada nos termos do disposto no artigo 884.º, como resulta do artigo 939.º.

Ora, nas situações que se reconduzam a uma impossibilidade temporária e/ou uma impossibilidade parcial, deverá haver lugar à modificação do contrato, com base num de três mecanismos: *i)* no mecanismo do artigo 437.º, relativo à alteração das circunstâncias; *ii)* na renegociação do contrato ao abrigo do princípio da boa fé, previsto no n.º 2 do artigo 762.º ou *iii)* na redução proporcional do preço convencionado, em virtude da impossibilidade parcial do artigo 793.º do CC. Posto que já abordámos o tema da redução proporcional do preço convencionado em virtude da impossibilidade parcial, atenhamo-nos, apenas, ao segundo mecanismo mencionado, sendo que o primeiro – alteração das circunstâncias - foi objeto de exposição pelo Senhor Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada.

O mecanismo de modificação contratual apoiado na renegociação do contrato ao abrigo do princípio da boa fé está previsto no n.º 2 do artigo 762.º do CC e resulta do desprendimento do legislador português quanto ao velho brocardo *pacta sunt servanda*.²⁵

A boa fé surge amplamente referenciada no Direito Civil, em associação, nomeadamente, com figuras como a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito, que *infra* abordaremos, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional.²⁶ Não obstante a sua proliferação pelo universo civilístico, a boa fé não opera como um conceito comum.²⁷ Antes, “*a boa fé traduz um estádio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica*”.²⁸

O Direito, atenta a sua função regulatória, apresenta-se como uma realidade especialmente permeável às modificações sociais.²⁹ Ainda que o legislador tarde na salvaguarda das transformações da realidade social, a ordem jurídica, vista de um ponto de vista holístico, deve reagir.³⁰ É neste espaço de vagueza legislativa que a boa fé surge, frequentemente, para aquilatar as falhas do sistema.³¹

25 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 2

26 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 17

27 *Idem, Ibidem*

28 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 18

29 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 46

30 *Idem, Ibidem*

31 *Idem, Ibidem*

A premência da boa fé infere-se em períodos de profunda consternação social, como aquele que atravessamos.³²

O dever de agir segundo os ditames da boa fé deve ser observado no cumprimento de qualquer obrigação, tanto pelo devedor, como pelo credor – assistindo-se a uma verdadeira “*bilateralização*” de tal dever no cumprimento das obrigações³³-, independentemente da sua fonte, sendo certo que a intensidade da obrigação de proceder de boa fé deverá variar consoante a sua origem.³⁴ Do “*dever de agir com lisura e correção*” jorram dois importantes corolários: primeiramente, não poderá o devedor limitar a sua prestação a uma realização unicamente vinculada àquilo a que se adstringiu; em segundo lugar, a prestação do devedor não poderá reduzir-se ao simples ato da prestação, antes devendo o seu fim ser amparado desde os primórdios do vínculo contratual, ou seja, tanto nos atos preparatórios, como nos atos executórios da obrigação.³⁵ É neste segundo corolário que encontram resguardo os deveres acessórios de conduta³⁶ (deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade).³⁷

A formulação utilizada pelo legislador no n.º 2 do artigo 762.º do CC tem ínsito o conceito de complexidade intra-obrigacional³⁸, que “*traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.*”³⁹ Assim, sem prejuízo do seu sentido unitário e pessoal, a relação creditícia implica situações jurídicas complexas, tanto do lado do credor, como do devedor.⁴⁰ Não há “*obrigações simples*”: a reta execução da obrigação requer,

32 *Idem, Ibidem*

33 Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 852

34 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 2 e 3

35 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 3

36 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 967/14.1TBACB.C1.S1, no dia 13 de outubro de 2016, disponível em dgsi.pt

37 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 3

38 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 03B573, no dia 12 de junho de 2003, disponível em dgsi.pt

39 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 586

40 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 590

sempre, a verificação de atuações diferenciadas.⁴¹ Uma única obrigação é decomposta em créditos múltiplos, implicando, pelo menos, uma prestação principal e várias secundárias⁴². Em cada obrigação há que inscrever os deveres acessórios de conduta.

Tais deveres advêm da exigência de boa fé (n.º 1 do artigo 227.º, n.º 2 do artigo 762.º e artigo 334.º do CC), visando assegurar a concretização dos valores fundamentais da ordem jurídica. Os deveres acessórios de conduta são intrinsecamente diferentes dos deveres de prestar, sejam eles principais ou secundários. Vejamos. “*Têm uma origem diferente: advêm do sistema, perante a concreta obrigação e não da fonte desta; têm um regime também diferente: seguem o das obrigações legais, com as previsões do caso concreto; têm um escopo igualmente diferente: visam prevenir danos, seja nas prestações em jogo, seja em bens circundantes, seja nas pessoas envolvidas ou próximas. E todavia, eles inscrevem-se na obrigação hospedeira, cujo regime geral também seguem.*”⁴³ De modo tendencial, podemos identificar os deveres de prestar como aqueles que veiculam um bem ou um serviço ao credor e os deveres acessórios como aqueles que visam a prevenção de danos, tanto no objeto do contrato, como em elementos que se lhe associam.⁴⁴ Os deveres acessórios acompanham toda a relação contratual, surgindo logo na contratação, através da figura da *culpa in contrahendo*, subsistindo na pendência dos deveres de prestar, como reflexo da boa fé e podendo permanecer mesmo depois da execução das prestações, num fenómeno de pós-eficácia.⁴⁵

Os deveres acessórios de conduta podem, então, reconduzir-se a três categorias: deveres acessórios de proteção, deveres acessórios de esclarecimento e deveres acessórios de lealdade. Os deveres acessórios de proteção obstam à cominação de danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios, na vigência do contrato.⁴⁶ Os deveres acessórios de esclarecimento compelem as partes a informarem-se mutuamente de todos os aspetos contratualmente relevantes, bem

41 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações, Tomo I*, 2009, p. 297

42 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 591

43 *Idem, Ibidem*

44 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações, Tomo I*, 2009, p. 301

45 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações, Tomo I*, 2009, p. 302

46 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 604

como de todos os outros que com ele tenham certo encadeamento e, ainda, de todos os efeitos que possam advir da execução contratual.⁴⁷ Por fim, os deveres acessórios de lealdade inibem as partes da adoção de comportamentos que, na pendência do contrato, possam desvirtuar o objetivo do negócio ou prejudicar o equilíbrio das prestações contratadas.⁴⁸

Tal como já se aflorou *supra*, a necessidade juridicamente consagrada de proceder de boa fé não se limita ao obrigado, estendendo-se também, naturalmente, ao credor, no exercício do seu direito. O princípio da boa fé amplia-se, reconhecendo a verdadeira extensão da relação obrigacional complexa⁴⁹, como um feixe de direitos e obrigações, como um processo ou organismo.

O nosso Código de 1966 não só consagra abertamente a boa fé, como a reconhece no seu sentido ético-objetivo, equivalente a regras de conduta ou a critérios normativos de atuação, e, portanto, como fonte mediata de direito, aplicável a vastas áreas do direito.⁵⁰ Nesta senda, a boa fé dos contraentes deve ser tomada como um conceito juridicamente assimilável, atento às realidades da vida comercial e desapossado das arcaicas implicações morais e de matriz religiosa que maculavam a sua aplicação.⁵¹ A atuação de boa fé deve refletir-se num dever ético-social de agir com lealdade, correção, diligência e lisura, exigível aos contraentes em função das circunstâncias do ato jurídico a praticar⁵², isto é, em face das circunstâncias de tempo e de lugar em que os negócios jurídicos são celebrados. Trata-se de um conceito que deve ser preenchido casuisticamente ante a realidade social e económica atuais.

Daqui decorrem vários corolários⁵³. Em primeiro lugar, teremos de reconhecer a volatilidade do conceito de boa fé contratual, facilmente adaptável às circunstâncias em que é chamada a intervir. Em segundo lugar, a boa fé, mesmo dentro do universo obrigacional, apresentará conteúdos variantes e de diferente

47 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 605

48 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 606

49 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 3

50 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 4

51 *Idem, Ibidem*

52 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 4 e 5

53 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 5

exigibilidade, em função dos caracteres da obrigação assumida, seja a sua duração, seja a sua natureza, entre outros. Por fim, casos existem em que a conduta de boa fé não só encerra a salvaguarda do interesse singular da parte contrária, como invoca a proteção de alguns fins superiores a que ambos os contraentes estejam vinculados.

Intimamente ligado ao princípio da boa fé, encontra-se o instituto jurídico do abuso do direito, previsto no artigo 334.º do CC, que com aquele contende. Tal como sucede com o conceito de boa fé adotado no n.º 2 do artigo 762.º do CC, a conceção de abuso de direito que o legislador aqui abraçou é a objetiva.⁵⁴ Quer isto significar que a consciência do excesso quanto aos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito é desconsiderada, bastando que se excedam os limites.⁵⁵ Fatores subjetivos como, por exemplo, a intenção com que o titular tenha agido entrarão em linha de conta para determinar qual dos limites foi excedido: se os limites da boa fé, dos bons costumes ou do fim social ou económico do direito.⁵⁶

O abuso do direito, amplamente difundido como “*exercício inadmissível de posições jurídicas*”, encerra, sobre si, comandos diferenciados, impondo ao rector da norma tanto deveres ativos de conduta, como omissões.⁵⁷ O instituto atua nos casos-limite em que, apesar de condicentes com as normas jurídicas, os comportamentos adotados extravasam o âmago do sistema jurídico em que as mesmas se inserem.⁵⁸ De facto, um sistema jurídico exprime uma cultura, ou seja, “*um conjunto de representações significativas, historicamente determinadas, de criação humana e capazes de comportar um determinado estágio civilizacional subjacente*”⁵⁹, superando o somatório simples das normas que o compõem. Seria falacioso atribuir à cultura em geral uma característica de unidade.⁶⁰ A figura do abuso do direito surge, precisamente, como o produto de uma aspiração cultural

54 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no âmbito do processo n.º 1646/16.0T8VCT. G1, no dia 1 de fevereiro de 2018, disponível em dgsi.pt

55 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 298

56 *Idem, Ibidem*

57 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 879

58 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 882

59 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 885

60 *Idem, Ibidem*

de integração deste sistema lacunar⁶¹, alcançando-se, então, o seu fundamento de juridicidade por remissão aos princípios e valores ínsitos na nossa ordem jurídica.⁶²

Tal como o seu teor literal indica, o abuso do direito implica a existência de um direito, que poderá ser um direito subjetivo ou mero poder legal⁶³, excedendo o titular desse direito os seus limites intrínsecos.⁶⁴ Por conseguinte, a utilização dos poderes sufragados pelo direito terá de acusar a exorbitância do fim próprio do direito ou do contexto em que deve ser exercido para que se verifique a nota típica do abuso de direito.⁶⁵

O excesso cometido terá de ser manifesto⁶⁶. Os tribunais apenas poderão sindicar o ato praticado no exercício de um direito que, no caso concreto, se demonstre ostensivamente lesivo do nosso sentido ético-jurídico, não obstante a conformidade da atuação com o que vem legalmente estatuído.⁶⁷ Aliás, assiste-se a uma preocupação atendível dos tribunais superiores em firmar a natureza extraordinária, mas não excepcional⁶⁸, da solução apresentada pelo artigo 334.º do CC.⁶⁹

O artigo 334.º do CC encerra uma dicotomia no que concerne à atendibilidade dos limites, por um lado, da boa fé e dos bons costumes e, por outro lado, do fim social ou económico do direito. Assim, se a determinação dos limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes exige a aferição das conceções ético-jurídicas propaladas na coletividade, já no que contende com o fim social ou económico do direito seremos compelidos a averiguar os juízos de valor positivados pelo legislador - sendo certo que existirão direitos largamente vinculados a determinado fim, a par de outros em que a liberdade de atuação ou decisão do

61 *Idem, Ibidem*

62 Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 840

63 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no âmbito do processo n.º 10.537/2008-8, no dia 1 de outubro de 2009, disponível em dgsi.pt

64 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 300

65 *Idem, Ibidem*

66 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo n.º 083983, no dia 21 de setembro de 1993, disponível em dgsi.pt

67 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 299

68 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido no âmbito do processo n.º 8/17.7T8GDM.P1, no dia 27 de junho de 2018, disponível em dgsi.pt

69 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 896

titular é reconhecida.⁷⁰ O limite do fim social ou económico é próprio de cada direito - cada direito tem, ou pode ter, o seu fim social e económico.⁷¹ Já os limites inerentes à boa fé e aos bons costumes são gerais, não emergindo de cada direito, ponderado individualmente.⁷²

Interessa-nos, sobretudo, a referência à boa fé no artigo 334.º do CC, que se apresenta como baluarte corretivo do injusto resultado adveniente da aplicação das demais normas.⁷³ Assim se compreende a referência normativa à ilegitimidade do exercício do direito, já que a contrariedade às exigências do Direito não se fica pela ilicitude de um comportamento que contrarie uma norma codificada, antes se revelando no contexto suprallegal do sistema jurídico.⁷⁴ Por conseguinte, o exercício de um direito pode revelar-se abusivo, simplesmente, pela contrariedade que demonstra em relação ao ditame de agir segundo critérios de boa fé.⁷⁵

O abuso do direito surge como expediente preventivo do surgimento de uma situação injusta, afastando-se, assim, de mecanismos de feição corretiva ou compensatória, como a proteção indemnizatória da confiança.⁷⁶ Com base no abuso do direito, o lesado não pode pretender suprimir da esfera do titular do direito o poder que a lei lhe confere, antes sendo-lhe conferida a hipótese de requerer o exercício moderado, equilibrado, lógico e racional do direito.⁷⁷ Da ilegitimidade proveniente da figura do abuso do direito brotam as consequências de todos os atos ilegítimos, podendo dar lugar à “*obrigação de indemnizar, à nulidade, nos termos gerais do artigo 294.º, à legitimidade de oposição, ao alongamento de um prazo de prescrição ou de caducidade*”.⁷⁸

Transponhamos a análise feita ao princípio da boa fé e ao instituto do abuso do direito para a temática que nos propusemos a analisar. Subjacente ao mecanismo

70 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 299

71 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 661

72 *Idem, Ibidem*

73 Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 860

74 Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 860 e 861

75 Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 861

76 *Idem, Ibidem*

77 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 300

78 Cf. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 299 e 300

previsto no n.º 2 do artigo 762.º do CC, encontra-se a invocação dos deveres acessórios de conduta que devem presidir na execução de qualquer contrato e que se apoiam no princípio da boa fé contratual. Ao abrigo da construção dogmática da relação obrigacional complexa, poderemos invocar, como já se mencionou *supra*, deveres acessórios de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Aqui interessam sobretudo os deveres acessórios de proteção e de lealdade, já que os primeiros prosseguem o objetivo de evitar a cominação de danos mútuos nas pessoas e patrimónios do devedor e do credor e os últimos inibem as partes de adotar qualquer comportamento que possa desequilibrar o jogo das prestações contratadas. Nesta senda, atendendo à onerosidade que a situação pandémica instalada incutiu em certas prestações previamente contratualizadas, podemos defender que existe, da parte do credor, um verdadeiro dever de renegociação dos termos do contrato, ínsito nos referidos deveres acessórios de proteção e de lealdade. Não acedendo à proposta do devedor de renegociar o contrato, poderá o credor incorrer na violação de um dever de negociar, podendo gerar responsabilidade pré-contratual.

Mais, atendendo à situação excecional que atravessamos e às justificadas dificuldades do legislador em acompanhar as transmutações sociais, podemos considerar que a posição do credor que se recusa a renegociar o contrato constitui uma situação de abuso do direito. De facto, não existindo nenhuma norma legal que obrigue o credor a aceitar a renegociação do contrato em situação de incumprimento, caso este se oponha a tal proposta, por parte do devedor que se vê fortemente afetado pela presente crise pandémica, sempre poderemos defender a inadmissibilidade da sua posição jurídica, por diretamente contrariar o princípio da boa fé que subjaz ao nosso sistema jurídico. Tal como se disse *supra*, o abuso do direito assume uma função de delimitação de condutas, podendo assistir-se quer à prescrição de condutas, quer à cominação de abstenções. Neste caso, defende-se que o princípio da boa fé, que se digladiava com o abuso do direito, obriga o credor a renegociar os termos do contrato com o devedor fragilizado, para que o equilíbrio das prestações contratualmente assumidas não sofra nenhuma alteração que se possa considerar, em última instância, ilegítima.

Por fim, diga-se que a interpelação para a modificação do contrato deve ser devidamente motivada, posto que, em face deste contexto especial, o dever acessório de informação é qualificado. Assim, não se bastará a interpelação com a alusão à COVID-19, sob pena de o tribunal poder vir a considerar que a interpelação extrajudicial não está devida e objetivamente fundamentada. Sem o cumprimento

do dever de fundamentação qualificado, verificar-se-ia o incumprimento da parte que pretende modificar o contrato, por violação do ónus de alegar factos que demonstrem o nexo de causalidade entre a necessidade de redução do preço e a pandemia. Se tal dever de cuidado não for devidamente acautelado, certo é que o risco de litigiosidade aumenta exponencialmente.

2. Hipóteses Práticas

2.1 Podem os lojistas, nos “contratos de utilização de loja em centro comercial”, exigir a redução ou a suspensão do pagamento das prestações mensais a que estão obrigados?

A Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, que estabelece um regime excecional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, publicada com vista à contenção dos diferendos brotados em face da situação epidemiológica provocada pela doença COVID-19, é aplicável, com as necessárias adaptações, a outras formas contratuais de exploração de imóveis. Importa esclarecer, porém, que tal regime excecional não prejudica nem inviabiliza a possibilidade de o lojista lançar mão de um pedido de redução ou suspensão da prestação mensal.

Posto isto, para que se possa dar resposta cabal à questão colocada, teremos, num primeiro momento, de analisar o concreto contrato para averiguar da possível regulação desta matéria pelas partes, mediante, nomeadamente, a inserção de uma cláusula de força maior. Por regra, não nos encontraremos em face de tal previsão.

Caso se verifique o caso típico de não acautelamento contratual dos casos de força maior, teremos de passar à análise de um segundo substrato contratual, que se prende com a verificação da data de outorga do contrato e das datas que se revelam prementes nesta situação pandémica, já referenciadas nas notas preliminares. Isto tudo para que se atente quanto às circunstâncias que se verificavam aquando da celebração contratual, em contraste (ou não) com as que se vivem hodiernamente.

Note-se que o n.º 1 do artigo 9.º do DL n.º 2-A/2020, de 20 de março, determina que *“são suspensas as atividades de prestação de serviços em estabelecimentos abertos ao público, com exceção daquelas que prestem serviços de*

primeira necessidade ou outros serviços considerados essenciais na presente conjuntura, as quais se encontram elencadas no anexo II ao presente decreto”.

Daqui resulta a verificação de realidades muito díspares no universo de qualquer centro comercial, uma vez que alguns estabelecimentos, como os supermercados, farmácias e quiosques, estarão abertos ao público, enquanto outros, que são a sua maioria, estarão totalmente encerrados ao público, face à exigência do legislador.

Assim, num esforço de sistematização, pensemos numa loja de cabeleireiro que se encontra encerrada ao público. Deverá o lojista pagar a prestação mensal na sua totalidade?

Primeiramente, teremos de levar em linha de conta as especificidades deste tipo de contrato, que cingiremos às seguintes características: *i)* o facto de serem contratos atípicos; *ii)* a existência de uma retribuição mensal fixa e outra remuneração percentual, calculada mensalmente, pela aplicação da percentagem de 7% ao valor da faturação bruta da loja; *iii)* a circunstância do lojista ter de pagar um montante avultado, denominado direito de ingresso, para entrar no Centro Comercial; *iv)* por fim, verifica-se que, aquando das negociações, o lojista é aliado pelo centro comercial com estudos de viabilidade económica, pesquisas de mercado e afins, instigadores da criação de uma estrutura adequada e de valor acrescentado, comparativamente a uma loja de rua, que não beneficia da envolvente que o centro comercial propicia e que se traduz, teoricamente, num maior volume de faturação.

Encerrada a loja, a contraprestação do credor não é realizada, muito menos nas condições de negociação da equação contratual. Aqui, faz sentido recorrer aos preliminares de formação do contrato, numa tentativa de discernir a vontade que presidiu à celebração do contrato pelas partes. Atentas as características contratuais *supra* apontadas, facilmente se depreende que o lojista pretendeu alcançar uma vantagem competitiva, relativamente às lojas de rua, por exemplo, que se dissipou. Daí que, recorrendo à teoria da complexidade obrigacional e dos deveres acessórios de prestação, que brotam do princípio de atuação segundo os ditames da boa fé, entendamos que, no caso *sub judice*, deverá haver lugar à redução da renda, de modo proporcional ou, até mesmo, ao seu não pagamento.

Tal como se disse *supra*, a obrigação de proceder de boa fé impende tanto sobre o devedor, como sobre o credor, variando a intensidade de tal obrigação consoante a sua origem e o contexto em que é aplicável. Ante a realidade social e económica atuais, o conceito de boa fé deve ser preenchido casuisticamente e

parcimoniosamente. Apelando aos deveres acessórios de proteção e de lealdade, que se prendem especialmente com a manutenção do equilíbrio contratual alcançado pelas partes, entendemos que o credor que se vê obrigado à não realização da sua contraprestação deverá, por sua vez, atender às dificuldades incutidas pela pandemia na realização da prestação do devedor. Por esta razão, a eventual onerosidade imposta sobre o lojista que se vê obrigado a prestar nas circunstâncias que atravessamos revelar-se-ia, na nossa perspectiva, abusiva, por diretamente contender com o princípio da boa fé, bastião do nosso sistema jurídico.

Diferente tratamento terão as despesas e encargos com o funcionamento, utilização e promoção do centro comercial que sempre serão devidas, se realizadas.

2.2 Durante o estado de emergência e de catástrofe, o ginásio exige o pagamento da prestação mensal, alegando que todos os dias envia as aulas on line, dadas por profissionais, pelo que o serviço continua a ser prestado. A prestação tem de ser paga?

O contrato de prestação de serviços celebrado com o ginásio engloba um conjunto de prestações que o ginásio oferece (instalações, equipamentos, banho turco, sauna, aulas de bicicleta, natação, etc.) e que não estão a ser prestadas. As aulas *on line* apenas colmatam uma parte do serviço contratado entre as partes, ao que acresce que muitos utilizadores do ginásio fazem o seu exercício em prática isolada e não em grupo, como promovido pelas aulas disponibilizadas.

Estamos, assim, perante um exemplo de impossibilidade parcial, prevista no artigo 793.º do Código Civil, no âmbito da qual apenas uma parte da prestação é possível de ser cumprida. Por conseguinte, o devedor fica adstrito ao cumprimento daquilo que for possível, desembocando tal obrigação, no que concerne às prestações devidas pelos ginásios, na disponibilização de aulas *on line*. A redução parcial da obrigação prestada reflete-se, naturalmente, na redução parcial da contraprestação ou mesmo na sua suspensão, se o cliente assim o entender, podendo prorrogar-se o prazo do contrato de prestação de serviços pelo período de tempo equivalente à situação de pandemia. Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 793.º do Código Civil, se o credor não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação, pode, ainda, resolver o negócio, desde que o desinteresse na prestação parcial da obrigação seja objetivamente assimilável.

2.3 Uma família tem quatro filhos a frequentar um colégio privado, respetivamente, na creche, no pré-escolar, no primeiro ciclo e no segundo ciclo. Poderá o colégio exigir o pagamento integral das prestações respeitantes a cada um dos filhos?

Os contratos celebrados com o colégio tratam-se de “*contratos de prestação de serviços*”, genericamente previstos no artigo 1154.º do Código Civil. Elaborados ao abrigo do princípio da liberdade contratual (artigo 405.º do CC), deles emergem prestações parcialmente distintas para o colégio. A questão que, essencialmente, se coloca é a de saber se o colégio poderá cumprir os contratos mediante a realização de prestações distintas das originariamente convencionadas, assim exigindo o pagamento mensal das prestações.

Neste caso concreto, a resposta irá variar em função do nível de ensino em que os filhos estão matriculados. A guarda e a vigilância dos filhos são os deveres de prestação principais que impendem sobre as creches e o ensino pré-escolar. Como tais “deveres” estão a ser realizados pelos pais e não pelo colégio, entende-se que as prestações mensais relativas a estes níveis de ensino não serão devidas.

Já no que se refere ao primeiro e segundo ciclos, teremos de analisar o conteúdo do contrato celebrado com o colégio, de modo a perceber se os fins propostos ficam devidamente salvaguardados através do ensino *on line*. Sem prejuízo disso, tal como acontece no caso dos ginásios, haverá lugar a uma suspensão ou redução da prestação mensal, proporcional aos serviços que não são prestados (tais como cantinas, acesso à biblioteca, inglês, aprendizagem de artes marciais, de instrumento musical, natação, utilização dos pavilhões desportivos, etc.).

2.4 Um agricultor celebra com determinado supermercado um contrato de fornecimento de produtos hortícolas. Durante março e abril, os seus três trabalhadores foram forçados a ficar em quarentena e, sendo a pessoa de idade avançada, não pode cumprir o contrato durante esses meses. Quais as consequências desse incumprimento?

Nesta situação concreta, o devedor tem dificuldades em realizar a sua prestação devido aos reflexos diretos e imediatos da pandemia, que impossibilitam o cumprimento atempado da prestação a que se tinha obrigado.

Poderemos estar, aqui, perante uma situação de impossibilidade subjetiva, prevista no artigo 791.º do Código Civil. Tal impossibilidade importará a extinção

da obrigação sempre que o devedor não puder fazer-se substituir por terceiro no cumprimento da mesma. A superveniência da impossibilidade é patente no caso concreto. Já a nota de impossibilidade absoluta do cumprimento poderá levantar alguma celeuma na aplicação deste preceito, posto que o agricultor poderia encetar esforços no sentido de se fazer substituir por terceiro no cumprimento da obrigação. Não obstante as dificuldades práticas que tal interpretação possa colher, consideramos que, atendendo à crise social e económica que vivenciamos e lançando mão do princípio da boa fé que, hoje, especialmente, deve nortear a nossa conduta, a cominação da obrigação de prestar pelo agricultor se traduziria numa onerosidade incomportável pelo sistema jurídico atendido na sua globalidade, já que a atmosfera social não é propícia à resolução atempada de um problema de tal envergadura. A obrigação de prestar deverá, então, considerar-se extinta enquanto perdurar a impossibilidade subjetiva de prestar, ou seja, durante os meses de março e abril.

Notas conclusivas:

As convulsões sociais e económicas trazidas pela atual crise pandémica determinaram impactos profundos na execução dos contratos firmados em circunstâncias alheias a este evento cataclísmico. Os mecanismos contratuais passíveis de aplicação aos contratos em fase de execução são diversos e variáveis em função da eventual previsão pelas partes de cláusulas de força maior e pelo concreto caso, podendo refletir-se, nomeadamente, na aplicação do regime de impossibilidade absoluta de cumprimento, de impossibilidade temporária e de impossibilidade parcial.

Não obstante o regime modificativo aplicável ao concreto caso, sempre teremos de nos ater à boa fé contratual como princípio basilar e ordenador do nosso sistema jurídico, sobretudo em tempos de consternação social. A par do princípio da boa fé contratual devemos considerar o instituto do abuso do direito como resposta ao exercício de direitos que extravasa a constelação de princípios que enforma o nosso sistema jurídico.

Nesta senda, o esforço de criação legislativa a que temos assistido, apesar de louvável, deve ser encarado com a devida parcimónia e enquadrado com os ditames de conduta segundo a boa fé, que muito nos acautelam em tempos de crise.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, M. J. (2009). *Direito das Obrigações*. 12.^a Edição Revista e Atualizada, Almedina Editora. Coimbra;
- ANTUNES VARELA, J. M. (2007). *Das Obrigações em Geral, Vol. II*. 7.^a Edição, Almedina Editora. Coimbra;
- CARNEIRO DA FRADA, M. A. C. P. (2007). *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Reimpressão da Edição de Fevereiro/2004, Almedina Editora. Coimbra;
- MENEZES CORDEIRO, A. (2009). *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações, Tomo I*. Almedina Editora. Coimbra;
- MENEZES CORDEIRO, A. M. R. (2011). *Da Boa Fé no Direito Civil*. 4.^a Reimpressão, Almedina Editora. Coimbra;
- MENEZES LEITÃO, L. M. T. (2007). *Direito das Obrigações, Volume II, Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*. 5.^a Edição, Almedina Editora. Coimbra;
- PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (1987). *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*. 4.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora. Coimbra;
- PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (1997). *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*. 4.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora. Coimbra.

O REGIME DO ARRENDAMENTO DURANTE A PANDEMIA COVID 19

Prof. Doutor Luís Menezes Leitão

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. Generalidades

A pandemia COVID 19 obrigou a adoptar várias medidas, no âmbito do arrendamento, situação que se compreende pela dificuldade de obrigar as pessoas a procurar casa no período de pandemia e até pela dificuldade de os agentes de execução concretizarem despejos, quando essa actuação os pode colocar a eles próprios em risco. Infelizmente, no entanto, essas medidas têm sido realizadas de forma extremamente precipitada, lançando grande confusão em quem tem que aplicar essas leis.

2. O regime inicial da Lei 1-A/2020, de 19 de Março

A primeira medida que foi adoptada no âmbito do arrendamento resultou da versão original da Lei 1-A/2020, de 19 de Março. Efectivamente, o art. 8º a) dessa Lei estabelecia que, *“até à cessação das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade nacional de saúde pública, fica suspensa a produção de efeitos das denúncias de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio”*. Ao mesmo tempo, o art. 7º, nº10, determinava a suspensão das acções de despejo, dos procedimentos especiais de despejo e dos processos para entrega de coisa imóvel arrendada,

“quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria”.

Daqui resulta que a suspensão inicialmente decretada apenas abrangia a denúncia, não a oposição à renovação, nem a caducidade do arrendamento. Por outro lado, a suspensão das ações de despejo, procedimentos especiais de despejo e processos para entrega de coisa imóvel arrendada, apenas estava prevista para o arrendamento habitacional quando o arrendatário, por força da decisão final a proferir, pudesse ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria (art. 7º, nº10).

Este regime apenas acabaria com a cessação das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade nacional de saúde pública, parecendo assim que até que a autoridade nacional de saúde pública decretasse o fim da situação epidemiológica, o regime se mantinha.

3. A versão da Lei 4-A/2020, de 6 de Abril

A redacção inicial da Lei 1-A/2020, era de tal forma deficiente que o regime veio a ser alterado pela Lei 4-A/2020, de 6 de Abril. Sendo mais abrangente. Não deixa de colocar algumas dúvidas por esclarecer.

Assim, o art. 8º da Lei 1-A/2020, na redacção da Lei 4-A/2020, e no que respeita ao arrendamento estabelece o seguinte:

“Durante a vigência das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade de saúde pública e até 60 dias após a cessação de tais medidas nos termos do n.º 2 do artigo 7.º da presente lei, ficam suspensos:

- a) a produção de efeitos das denúncias de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio;*
- b) A caducidade dos contratos de arrendamento habitacionais e não habitacionais, salvo se o arrendatário não se opuser à cessação;*
- c) A produção de efeitos da revogação, da oposição à renovação de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio;*
- d) O prazo indicado no artigo 1053.º do Código Civil, se o término desse prazo ocorrer durante o período de tempo em que vigorarem as referidas medidas;*
- e) (...).”*

Esta norma já é mais abrangente, determinando a suspensão não apenas da denúncia, mas também da caducidade (e bem assim do prazo para restituir o imóvel após a mesma), da oposição à renovação e até da própria revogação do contrato de arrendamento. Esta última solução é completamente absurda, uma vez que, se a revogação do contrato não produz efeitos, mesmo que as partes nela tenham acordado, o inquilino continua obrigado a pagar a renda. A lei prevê a possibilidade de a caducidade afinal produzir efeitos no caso de caso do arrendatário não se opuser à mesma mas não prevê isso em relação às outras causas de extinção do arrendamento.

Salienta-se ainda, em relação à caducidade, que no caso do arrendamento caducar por morte do arrendatário ou pela extinção da pessoa colectiva arrendatária, ou até pela perda da coisa locada, este regime impede o senhorio de recuperar o seu imóvel enquanto durarem as medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento, mesmo que este não esteja a ser utilizado por ninguém.

Quanto à data da extinção desta suspensão a lei também é curiosa. Em primeiro lugar, salienta-se que em 26 de Março as autoridades de saúde tinham declarada a fase de mitigação, pelo que em 9 de Abril já há muito tinha sido ultrapassadas as fases de prevenção e contenção. O legislador deixou de fazer referência à declaração da autoridade nacional de saúde para levantamento da suspensão, referindo-se antes à determinação por ela dessas medidas e até 60 dias após a cessação das mesmas, nos termos do nº 2 do art. 7º da mesma Lei. Ora, o nº2 do art. 7º refere-se à suspensão dos prazos que se prevê que sejam levantados por decreto-lei, no qual se declare o termo da situação excepcional.

Fica-se assim a dúvida sobre qual o significado desta disposição, admitindo-se três interpretações:

- 1) a suspensão é levantada 60 dias depois de ser emitido o decreto-lei previsto no art. 7º, nº2, relativo ao levantamento da suspensão dos prazos processuais;
- 2) a suspensão ocorre 60 dias depois da cessação da situação de epidemia, caso em que o Governo emitirá um decreto-lei especial, distinto do previsto no regime dos prazos;
- 3) a suspensão é levantada 60 dias após o Governo emitir um decreto-lei reconhecendo o fim da situação de pandemia.

Confesso que me parece que o sentido legal correcto é o da última interpretação, o que coloca o risco de, se a pandemia durar vários anos, os contratos de arrendamento se manterem, ou mesmo que ela se extinga o Governo nunca mais

emitir o decreto-lei, o que representaria uma forma de converter todos os contratos de arrendamento a prazo em contratos vinculísticos, o que colocaria sérios problemas de constitucionalidade.

O art. 7º, nº 11, da Lei 1-A/2020, na redacção da Lei 4-A/2020, manteve um regime especial em relação à suspensão dos processos relativos ao arrendamento. Efectivamente, esta disposição estabelece que “*durante a situação excepcional referida no n.º 1, são suspensas as ações de despejo, os procedimentos especiais de despejo e os processos para entrega de coisa imóvel arrendada, quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria ou por outra razão social imperiosa*”. Destes processos apenas um deles é urgente, o procedimento especial de despejo (art. 15º-S, nº5 e nº8 do NRAU), mas a lei estabelece um regime geral de suspensão, que tem a particularidade de depender da situação especial de fragilidade do arrendatário, ao contrário do que dispõe genericamente o art. 7º, nº1, que determina a suspensão de todos os processos urgentes. Parece assim que o processo pode continuar quando essa situação de fragilidade não exista, mas a lei não esclarece em que termos. Parece assim que a única possibilidade é a aplicação do regime dos processos urgentes por analogia, atendendo a que o legislador só determinou a suspensão em caso de fragilidade do arrendatário. A forma de avaliar essa fragilidade por decisão judicial, especialmente no procedimento especial de despejo em que não tivesse havido oposição é que não está minimamente explicada.

4. A Lei 4-C/2020, de 9 de Abril

4.1. Generalidades

Exactamente com a mesma data da Lei 4-A/2020, surge também a 9 de Abril a Lei 4-C/2020, que estabelece um regime excepcional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, atendendo à situação epidemiológica provocada pela doença COVID-19 (art. 1º, nº1). Esta lei ainda é aplicável, com as necessárias adaptações, a outras formas contratuais de exploração de imóveis (art. 1º, nº2, desnecessariamente repetido no art. 10º), o que permite, a nosso

ver, abranger os contratos de cessão de exploração e os contratos de utilização de lojas em centros comerciais.

4.2. A moratória no pagamento das rendas

A referida lei é aplicável às rendas que se vençam a partir do dia 1 de Abril (art. 14º), determinando uma moratória em relação às rendas que se vençam nos meses que durar o estado de emergência e no primeiro mês subsequente (arts. 4º e 8º). O regime tradicional do arrendamento determinava que as rendas se venciam no primeiro dia de cada mês, mas o NRAU passou a estabelecer no art. 1075º, nº2, que a renda só se vence no primeiro dia útil de cada mês. Ora, se o estado de emergência vai ser levantado no dia 2 de Maio à meia-noite, que é um sábado, a renda desse mês vencer-se-á na segunda-feira, 4 de Maio, e portanto depois do estado de emergência, o que implicará que a renda de Junho já seja devida nos termos normais. Se contássemos o vencimento do dia 1 de Maio, como era antes de 2006, então a renda ter-se-ia vencido no âmbito do estado de emergência e só a partir de Julho seria devida a nova renda.

O acesso a esta moratória depende, porém, de requisitos especiais, diferentes em relação aos arrendatários habitacionais e não habitacionais.

Os arrendatários habitacionais necessitam de comprovar, nos termos do art. 3º, nº1, da Lei 4-C/2020:

- a) Uma quebra superior a 20 % dos rendimentos do agregado familiar do arrendatário face aos rendimentos do mês anterior ou do período homólogo do ano anterior;
- b) A taxa de esforço do agregado familiar do arrendatário, calculada como percentagem dos rendimentos de todos os membros daquele agregado destinada ao pagamento da renda, seja ou se torne superior a 35 %.

A comprovação é feita por portaria do Ministro das Infraestruturas e da Habitação (art. 3º, nº2, da Lei 4-C/2020), a qual é presentemente a Portaria 91/2020, de 14 de Abril.

Nos termos do art. 6º, os inquilinos que pretendam beneficiar desse regime, têm que avisar o senhorio até 5 dias antes do vencimento da renda de que pretendam beneficiar. Já relativamente à renda de Abril, o pedido poderia ter sido feito até 27 de Abril.

Já relativamente aos arrendamentos não habitacionais, têm acesso à moratória os seguintes estabelecimentos, nos termos do art. 7º da Lei 4-C/2020:

- a) Estabelecimentos abertos ao público destinados a atividades de comércio a retalho e de prestação de serviços encerrados ou que tenham as respetivas atividades suspensas ao abrigo do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, ou por determinação legislativa ou administrativa, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, na sua redação atual, ou ao abrigo da Lei de Bases da Proteção Civil, aprovada pela Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, na sua redação atual, da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, ou de outras disposições destinadas à execução do estado de emergência, incluindo nos casos em que estes mantenham a prestação de atividades de comércio electrónico, ou de prestação de serviços à distância ou através de plataforma electrónica;
- b) Aos estabelecimentos de restauração e similares, incluindo nos casos em que estes mantenham atividade para efeitos exclusivos de confeção destinada a consumo fora do estabelecimento ou entrega no domicílio, nos termos previstos no Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, ou em qualquer outra disposição que o permita.

A lei prevê um regime semelhante de moratória e de exclusão de resolução do contrato, nos arts. 8º e 9º, desnecessariamente com formulações diferentes. Não se prevê, no entanto, qualquer comunicação do arrendatário ao senhorio, ao contrário do que sucede no arrendamento habitacional, o que constitui um grande factor de insegurança jurídica.

Em ambos os casos, quer de arrendamento habitacional, quer de arrendamento não habitacional, a cessação do contrato por iniciativa do arrendatário torna exigível, a partir da data da cessação, o pagamento imediato das rendas vencidas e não pagas, nos termos da presente lei (art. 13º).

4.3. A exclusão das penalidades por atraso no pagamento da renda.

De acordo com o art. 12º, a indemnização prevista no n.º 1 do artigo 1041.º do Código Civil, por atraso no pagamento de rendas que se vençam nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês subsequente, não é exigível sempre que se verifique o disposto nos artigos 4.º — penso que se refere ao 3º — e 7.º da presente lei. A lei não exige, neste caso, o cumprimento do ónus

de comunicação, nem sequer permite ao senhorio a aplicação do art. 1041º, nº3, do Código Civil.

Em relação aos arrendatários não habitacionais, a lei especifica que não é exigível o pagamento de quaisquer outras penalidades que tenham por base a mora no pagamento de rendas que se vençam durante o estado de emergência (art. 9º, nº2).

4.4. Apoio financeiro

Os arrendatários habitacionais, bem como, no caso dos estudantes que não auferam rendimentos do trabalho, os respetivos fiadores, que tenham, comprovadamente a quebra referida no artigo 3.º, e se vejam incapacitados de pagar a renda das habitações que constituem a sua residência permanente ou, no caso de estudantes, que constituem residência por frequência de estabelecimentos de ensino localizado a uma distância superior a 50 km da residência permanente do agregado familiar, podem solicitar ao Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P. (IHRU, I. P.), a concessão de um empréstimo sem juros para suportar a diferença entre o valor da renda mensal devida e o valor resultante da aplicação ao rendimento do agregado familiar de uma taxa de esforço máxima de 35 %, de forma a permitir o pagamento da renda devida, não podendo o rendimento disponível restante do agregado ser inferior ao indexante dos apoios sociais (IAS) (art. 5º, nº1).

Da mesma forma, os senhorios habitacionais que tenham, comprovadamente, a quebra de rendimentos referida na alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º, cujos arrendatários não recorram a empréstimo do IHRU, I. P., nos termos dos números anteriores, podem solicitar ao IHRU, I. P., a concessão de um empréstimo sem juros para compensar o valor da renda mensal, devida e não paga, sempre que o rendimento disponível restante do agregado desça, por tal razão, abaixo do IAS (art. 5º, nº2).

Este esquema da suspensão da renda pelo arrendatário e do empréstimo não faz qualquer sentido, uma vez que o arrendatário tem acesso a um empréstimo sem juros do IHRU, para pagamento das rendas devidas, com um período de carência até 31 de dezembro de 2020, mas nunca inferior a 6 meses, iniciando-se a partir daí o reembolso em prestações mensais, cada uma no montante 1/12 do

valor da renda. É assim muito melhor o arrendatário pedir o empréstimo e pagar a renda do que diferir o seu pagamento.

5. Conclusão

A intervenção no Direito do Arrendamento nestes tempos de pandemia caracterizou-se por medidas avulsas, adoptadas sem a necessária ponderação, com lesão da confiança das partes. É importante que neste sector a estabilidade contratual volte a ser a regra.

O COVID-19 E A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Em breve síntese, são estas as primeiras e principais teses que apresentamos no que respeita ao Covid-19 e à alteração das circunstâncias como causa possível de resolução ou modificação dos contratos na nossa ordem jurídica¹.

I) O Covid-19 realiza com facilidade os pressupostos da resolução ou da modificação dos contratos por alteração das circunstâncias nos termos do art. 437.º/1 do CC.

No caso do Covid-19, a anormalidade da alteração das circunstâncias em que as partes alicerçaram a decisão de contratar foi acompanhada de uma total imprevisibilidade, requisito este, porém, que a lei justificadamente não exige. A imprevisibilidade é, não obstante, um elemento a ter em conta na determinação da anormalidade. Só pode, no entanto, ter um papel dogmático entendida enquanto imprevisibilidade concreta, pois a imprevisibilidade abstracta não é requisito necessário da aplicação do art. 437.º/1. Na presente situação, ocorrem ambas².

Também se não verifica a excepção à resolução ou modificação do contrato se as alterações estiverem situadas no âmbito dos riscos próprios do contrato e, desse modo, não houver contrariedade à boa fé na exigência das obrigações

-
- 1 *Doutor em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. O texto sintetiza a conferência/palestra que proferimos via *web* sobre o tema em 29 de Abril de 2020, a convite da Universidade Lusófona. Juntam-se algumas breves referências bibliográficas para completar a referência do que na ocasião referimos.
- 2 Cfr. Manuel Carneiro da Frada/Mariana Fontes da Costa, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», in *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, Porto, 2017, 184-185.

assumidas: a situação pandémica vivida encontra-se patentemente bem para lá desse âmbito. Pelo que nem sequer se torna necessário invocar o favor da resolução/modificação que a nossa lei prevê, correspondente à solução de regra/excepção que decorre da estruturação da norma quanto a este requisito para casos incertos, de *non liquet*³.

II) O Covid-19 realiza uma grande alteração das circunstâncias porque a emergência sanitária surgida representa a modificação brusca de uma condicionante geral da coexistência social, com impacto generalizado e, em muitos casos, brutal, na possibilidade e forma da interacção e cooperação de um número indeterminado de sujeitos⁴.

A índole tão particular e rara de alteração que se instaurou torna insuficientes muitas regras de distribuição do risco previstas, não concebidas para resolver este específico tipo de riscos (v.g., os arts. 795.º e 1040 do CC)⁵.

Por outro lado, perante este tipo de alteração das circunstâncias, a mora do devedor não impede só por si a invocação do disposto no art. 437.º/1, devendo o art. 438.º sofrer a correspondente redução teleológica.

III) O desafio colocado pelo Covid-19 aos tribunais no âmbito do art. 437.º/1 mostra a insuficiência de algumas explicações dogmáticas para a relevância da alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos. Sem negar a importância e a pertinência de critérios subjectivistas – sobretudo em outras ordens jurídicas, como a alemã, que a relacionam com a vontade hipotética das partes, assim favorecendo soluções para a alteração das circunstâncias por via da interpretação (complementadora) ou da integração negocial⁶ –, parece claro que uma

3 Cfr. Manuel Carneiro da Frada/Mariana Fontes da Costa, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», in *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, Porto, 2017, 188-189.

4 Cfr. Manuel Carneiro da Frada, “Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Forjar o Direito*, 2.ª edição, Coimbra, 2019, 78-8

5 Mas há que aproveitar com plenitude as possibilidades abertas pelo direito das perturbações do programa obrigacional no seu todo. Veja-se por isso, com muito interesse, a sinopse oferecida por Miguel Osório de Castro, em “O impacto das medidas de combate ao coronavírus no cumprimento dos contratos”, também neste mesmo ciclo de conferências via *web* da Universidade Lusófona (Porto), em 27 de Abril de 2020.

6 Cfr. o actual § 313 do BGB. Para uma exploração desenvolvida do elemento hipotético da vontade das partes na temática da alteração das circunstâncias, cfr. Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, Coimbra, 2017, 337 ss, e *passim*.

emergência como a do Covid-19 coloca essencialmente um problema de justiça objectiva do contrato. Não importa a vontade actual ou hipotética das partes, e o apelo à vontade razoável constitui uma simples etiquetagem formal para um problema que o direito português vigente resolve com recurso às noções (legais) objectivadas de “princípios da boa fé” e “equidade”. (A justiça contratual que se trata de realizar mediante o art. 437.º/1 do CC tem de ter sempre em conta as representações e as condutas das partes no âmbito do contrato atingido, aí residindo a explicação mais plausível para a utilização, pelo legislador, da locução central “boa fé”. Mas não se trata de realizar ainda, de algum modo, essa vontade, quanto de realizar a justiça contratual considerando o que essa vontade manifestou.)

A presente epidemia situa-se para lá de tudo o que as partes podiam razoavelmente cogitar e não há, nesse sentido, um critério “intracontratual” que, por si, o permita resolver.

IV) O cerne normativo do art. 437.º/1 é constituído pela locução “princípios da boa fé”. Ele corresponde a imperativos indeclináveis de justiça (tendo em conta, como se disse, as representações e as condutas das partes), face aos quais a exigência das obrigações assumidas não pode proceder. Esse núcleo constitui o ponto central de referência da interpretação e aplicação do preceito. A ele se ordenando, reciprocamente e em rede, o significado e papel dos vários requisitos e pressupostos da resolução ou modificação do contrato⁷.

V) As “grandes” alterações de circunstâncias são gerais e totalmente alheias a condutas ou áreas de influência das partes, a cujo domínio e controlo escapam completamente. O Covid-19 é delas um exemplo particularmente eloquente.

Por isso, a boa fé impõe que a ocorrência não deva ser aproveitada unilateralmente por um dos sujeitos em detrimento do outro, nem penalize arbitrariamente um dos contraentes. Afinal, a perturbação ocorrida tem a sua origem, ou provém de uma esfera, manifestamente “neutra” em relação a qualquer das partes (ou, se se preferir, “comum” a elas).

Enquanto provoca uma alteração global de parâmetros fundamentais da coexistência social, o Covid-19 deve ser encarado, do ponto de vista jurídico, como um risco a que todos os contraentes estão sujeitos. Nenhum sujeito, parte num

⁷ Cfr. Manuel Carneiro da Frada, “Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Forjar o Direito*, cit., esp. 75-76.

contrato, pode pretender eximir-se aos seus efeitos à custa da outra, nem devem permitir-se benefícios fortuitos a uma das partes que impliquem o prejuízo da outra⁸.

VI) O equilíbrio da balança da Justiça significa que a justa medida é constituída pelo justo meio.

Pelo que a repercussão jurídica do Covid-19 deve ser repartida por igual. Nos contratos com prestações recíprocas a cargo de ambas as partes, realizá-lo-á, no limite, a razão da metade no sacrifício (50% para cada uma). Nos contratos de fim comum, a participação nas perdas implicará uma medida de proporcionalidade atendendo ao contributo de cada um (a isenção de perdas de algum deles configuraria, no cenário de pandemia que atravessamos, um exemplo particularmente expressivo de uma cláusula “leonina”).

VII) A ideia regulativa (ou o valor) da igualdade não pode nem deve ser entendida, porém, em termos formais. Impede-o a medida (objectiva) da “equidade”, à qual se encontra subordinada, por determinação legal, a intervenção do juiz em sede de alteração das circunstâncias⁹.

A igualdade é, portanto, uma igualdade de sentido material: equitativo. Há que concretizá-la.

Tratando-se de operar uma modificação do contrato em virtude da pandemia, as partes encontram-se adstritas a aceitar essa medida. Está, contudo, em causa um processo dinâmico (ainda) em curso, sem desfecho antecipável e com muitas incertezas. Podem ocorrer, portanto, novas alterações que obriguem a supervenientes modificações ao abrigo de uma mesma aplicação do art. 437.º/1, ou então, se necessário, a sucessivas convocações deste preceito.

VIII) Verificada uma situação epidémica com as características da presente, todo o exercício de poderes conferidos pelos contrato – modificado ou não – a uma das partes deve também ser exercido de forma equitativa, de harmonia com o que as circunstâncias exigem.

8 *Ibidem*, 87 ss.

9 Sobre a equidade, pode ver-se o nosso «A equidade (ou a “justiça com coração”)/A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, in *Forjar o Direito*, cit., 671 ss.

O critério do art. 400.º/1 converge com o do art. 437.º/1. A partir do momento da celebração do contrato deixa de ser possível aos sujeitos um exercício arbitrário da sua autonomia. O contrato funda um espaço (jurídico) de razoabilidade intersubjectiva a que as partes se encontram reciprocamente vinculadas¹⁰.

IX) Em qualquer caso: a distribuição de custos e benefícios entre as partes num contrato, por força do art. 437.º/1, perante a superveniência de uma emergência como a actual, não precisa de ser, nem pode muitas vezes ser, “aritmética” (no sentido de matematicamente igual).

Como questão de justiça distributiva numa relação comutativa que é, implica, por exemplo, atenção à capacidade das partes de controlar ou mitigar o processo de desenvolvimento dos danos, e de absorver ou repercutir os prejuízos definitivos.

Estes dois critérios – da dominabilidade ou direccionabilidade do risco, ou da absorção (ou externalização) dos prejuízos – carecem de ser completados: por exemplo, pela exigência de tratamento igual dos clientes (especialmente no caso de empresas que prestam, de modo universal, bens e serviços essenciais), ou pela necessidade de assegurar uma medida proporcionada de manutenção ou satisfação das condições de vida de cada um (constituindo um limite o mínimo existencial imposto pela dignidade da pessoa humana).

X) O princípio da igualdade não deve, portanto, ser entendido em termos formais, antes materiais.

Na concretização das exigências da justiça distributiva intervêm ponderações constitucionais, que podem conduzir a uma hierarquização dos bens contratuais a preservar num cenário de pandemia como o Covid-19. Tratando-se de grandes alterações das circunstâncias, há, portanto, um âmbito de confluência legítima e metodologicamente exigível entre o art. 437.º/1 e, designadamente, o regime constitucional dos direitos fundamentais.

XI) As grandes alterações das circunstâncias, quando surgem, desencadeiam normalmente um quase inevitável espaço de tensão entre o legislador e os tribunais. O primeiro, na tentativa de dar uma resposta genérica, mediante a autoridade

¹⁰ Enfatizou-o Baptista Machado, «A cláusula do razoável», in *Obra Dispersa*, I, Braga, 1991, 457 ss.

da lei, a problemas socialmente sensíveis e transversais que requerem visão estratégica de conjunto e uniformidade de critérios. Os segundos porque, sem deixarem de respeitar e reconhecer as responsabilidades próprias do legislador, se não podem demitir de julgar *hic et nunc*, segundo o Direito, com recurso a critérios universalizáveis (cfr. o art. 8.º/3 do CC), problemas concretos de justiça.

A tensão agrava-se quando as intervenções legislativas são desiguais e criam distorções no sistema jurídico. Opções políticas concretas seguidas pelo legislador podem convocar réplicas imediatas em muitos outros âmbitos à luz do princípio da igualdade, frustrando esse princípio cardinal se não forem correspondidas. E nenhuma lei ou legislador – com ou sem motivações políticas – se encontra acima e consegue escapar ao juízo sindicante do valor superior da Justiça que imediatamente convoca o art. 437.º/1 do CC.

Não constituir certamente vocação dos tribunais solucionar com carácter de generalidade os problemas socio-económicos colocados por uma grande alteração das circunstâncias como a presente pandemia. É mesmo muito de saudar a sua abstenção de procurar transformar de forma pretoriana as estruturas socio-económicas. Mas o poder jurisdicional não está, nem por isso eximido do controlo que, segundo o Direito, lhe compete – por missão (originariamente) própria (e não delegada nem delegável pelo legislador) – do controlo da exigibilidade das obrigações assumidos pelos contratos ao abrigo do art. 437.º do CC.

Cabe, portanto, ao legislador evitar, com a ponderação e não extemporaneidade das suas decisões, intervenções dos tribunais no conteúdo dos contratos em contextos de decisão para estes por vezes, de outro modo, muito complexos e difíceis.

O surgimento de regras legais instituindo em certos domínios um *ius singulare* para responder aos desafios do Covid-19 não permite, pois, por argumento *a contrario sensu*, ilações (automáticas) no sentido da preclusão do controlo dos tribunais para lá do âmbito dessas normas (ou, mesmo, sobrepondo-se a elas, caso a evolução das circunstâncias determine a desadaptação dessas regras para resolver adequadamente as perturbações contratuais surgidas).

XII) Em conformidade com a directriz de que nenhum sujeito parte num contrato pode querer eximir-se de forma unilateral às consequências de uma pandemia, alijando a totalidade do risco contratual para a contraparte, compreende-se que uma cláusula de força maior possa, em virtude do Covid-19, exonerar o

devedor do cumprimento, ou da responsabilidade por incumprimento. Mas não permite ao devedor lançar sobre o credor, na totalidade, o risco da contraprestação, obrigando-o à sua realização ou impedindo a sua restituição.

É, pois, inaceitável uma solução (ou uma regulação legal) que, não obstante a liberação do devedor, faça o credor suportar integralmente o risco da contraprestação. A liberação (total ou parcial) do devedor em consequência do evento de força maior deve repercutir-se proporcionalmente na contraprestação, a fim de não criar desequilíbrios na distribuição do risco contratual.

O art. 437.º/1 é expressão de um cerne de justiça contratual inarredável pela vontade das partes, integrante da ordem pública (contratual). Nenhuma disposição contratual pode ofender esse cerne, que é de ordem pública e exprime uma condição *sine qua non* da juridicidade.

XIII) O legislador que ouse ofendê-lo – por exemplo, impondo num certo tipo de parcerias público-privadas, a alocação das perdas decorrentes do Covid-19 a tão só uma das partes – expõe-se evidentemente a uma apreciação de controlo por parte dos tribunais: um juízo perfeitamente possível dentro dos parâmetros metodológicos que justificam as decisões *contra legem*, mas *intra* ou *secundum ius*.

Porventura, com uma particularidade importante: a preterição, pelo legislador, do equilíbrio contratual no que toca à alocação do risco de uma grande alteração das circunstâncias como a presente pandemia não consubstancia em si uma violação da garantia constitucional da propriedade privada propriamente dita, assegurada pelo art. 62 da Constituição, pese embora a possibilidade de uma interpretação mais generosa do preceito constitucional. Na medida em que escape ao alcance dessa norma, as condições ou as exigências mínimas da justiça contratual não passam a constituir “matéria constitucional”, nem integram só por isso um conceito “material” de constituição.

Não é possível, nem desejável, estender o alcance da constitucionalidade ao da juridicidade, assimilando esta àquela, e dissolvendo-a nela. Com o que o problema da admissibilidade, ou não, de determinações por via legal (infraconstitucionais) de uma distribuição do risco contratual que ofenda frontal e gravemente a justiça convoca incontornavelmente o problema dos limites da constitucionalidade (mesmo entendida em sentido material), e a necessidade de afirmar, para lá deles e acima da Constituição – sempre –, o campo constitutivo da juridicidade e o império do Direito.

MEDIDAS EXCEPCIONAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA RESPOSTA À PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

Prof. Doutor Pedro Fernández Sánchez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: **A)** Enquadramento. **B)** Âmbito objectivo, subjectivo e temporal de aplicação do regime excepcional de contratação pública. **C)** Adopção do ajuste directo por motivos de urgência imperiosa: **C1)** Pressupostos de aplicação desta cláusula; **C2)** O problema especial do Decreto-Lei n.º 20-A/2020, relativo a acções de publicidade institucional. **D)** Alargamento do recurso ao regime simplificado do ajuste directo e problemas na definição da obrigação de publicitação. **E)** Regime material para tramitação do ajuste directo: **E1)** Dispensa de formalidades e de condicionamentos substantivos; **E2)** Idem: formalidades pós-adjudicatórias em especial. **F)** Fiscalização prévia do Tribunal de Contas. **G)** Medidas excepcionais associadas em matéria de realização de despesa pública. **H)** Suspensão de prazos de procedimentos de contratação pública. **I)** Regime excepcionalíssimo de ajuste directo simplificado e ratificação de anteriores contratos celebrados em estado de necessidade administrativa.

A) Enquadramento

1. Na última década, na generalidade das ocasiões em que o legislador português vinha sendo convocado para adoptar medidas excepcionais de contratação pública que dotassem a Administração Pública de maior agilidade para responder a situações de calamidade ou catástrofe natural, as soluções adoptadas centravam-

se no recurso ao procedimento não concorrencial de ajuste directo para flexibilizar a tramitação procedimental e acelerar a celebração dos contratos.

Em geral, essas soluções eram formuladas em termos duplos: enquanto autorização para alargamento dos limiares *quantitativos* dos valores dos contratos que podem ser celebrados através do ajuste directo, mas também enquanto autorização para recurso à cláusula material (*qualitativa*) de adopção do ajuste directo por motivos de urgência imperiosa, sem limite de valor, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹.

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.

A natureza prioritária dessas medidas de contratação pode ser ilustrada pela circunstância de o diploma mais relevante para o enquadramento da actividade pré-contratual da Administração Pública nesta situação pandémica ter sido aprovado e publicado ainda antes da declaração do estado de emergência pelo Presidente da República.

Pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, publicado em 13 de Março, foram fixadas “medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – COVID 19”, as quais, no tocante ao regime excepcional de contratação pública, se centraram nas duas mencionadas soluções de agilização do procedimento de ajuste directo.

Esse constituiu o diploma-quadro sobre o qual vieram a ser aprovadas cinco principais alterações, às quais seguidamente se retornará:

- i) A Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, que versou sobre a isenção do visto prévio do Tribunal de Contas e procedeu a uma ratificação do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020;
- ii) O Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de Março, que clarificou o âmbito subjectivo de aplicação do regime excepcional (para fazê-lo estender a todas as entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º do CCP);

¹ Sobre este “padrão comum” do comportamento legislativo, cfr. a referência fundamental constituída pela obra de JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 81 e 87.

- iii) A Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, que permitiu a dispensa de apresentação de documentos de habilitação e de exigência da caução;
- iv) O Decreto-Lei n.º 18/2020, de 23 de Abril, que autorizou o ajuste directo simplificado até ao limite do cabimento orçamental para certas aquisições de bens e equipamentos na área da saúde;
- v) O Decreto-Lei n.º 20-A/2020, de 6 de Maio, que autorizou agrupamentos de entidades adjudicantes a recorrer a procedimentos de ajuste directo, novamente na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa, devidamente fundamentada, independentemente do preço contratual e até ao limite do cabimento orçamental, para aquisição de espaços para difusão de acções de publicidade institucional, numa medida concretizada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38-B/2020, de 19 de Maio.

B) Âmbito objectivo, subjectivo e temporal de aplicação do regime excepcional de contratação pública

2. Para o aproveitamento rigoroso das potencialidades aplicativas do regime excepcional criado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, as entidades adjudicantes teriam, antes do mais, de proceder a uma cuidadosa delimitação do seu âmbito de aplicação **objectivo**. Seria, com efeito, essa delimitação que permitiria estabelecer uma necessária conexão entre o objecto do concreto contrato a celebrar e esta autorização legislativa que viabilizou uma fortíssima restrição dos princípios da concorrência, da publicidade e da transparência.

O n.º 2 do artigo 1.º do diploma precisou que este regime excepcional se aplica à “prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infecção epidemiológica por COVID-19, bem como à reposição da normalidade em sequência da mesma”.

Não é difícil entender a crucial importância desta delimitação para confirmar a legalidade de qualquer procedimento que se tente adoptar ao abrigo deste regime excepcional: a restrição dos princípios fundamentais prosseguidos pelo regime geral de contratação pública só poderia ser autorizada na medida em que o decisor público comprovasse a presença de uma conexão entre o objecto do contrato a celebrar e esta finalidade legislativa. Deste modo, ficam prevenidos os esforços de estabelecimento abusivo de relações de conexão longínqua ou meramente indirecta do objecto contratual com o âmbito objectivo do diploma. A

título de exemplo, dificilmente se compreenderia que este regime excepcional pudesse ser aproveitado para a contratação de estudos ou consultorias que só remotamente auxiliassem a entidade adjudicante no exercício de tarefas que pudessem vir a contribuir para o combate à pandemia.

No fundo, o decisor precisa de contextualizar o contrato a celebrar no âmbito de um dos dois propósitos esclarecidos no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10-A/2020:

- i) Assegurar “às entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS a possibilidade de aquisição, com a máxima celeridade, dos equipamentos, bens e serviços necessários à avaliação de casos suspeitos e ao tratamento de sintomas e complicações associadas ao COVID-19”; ou
- ii) “Assegurar a disponibilidade de produtos essenciais num quadro de uma generalizada e acrescida procura a nível mundial destes produtos num contexto de diminuição de produção e de constrangimentos à circulação dos bens”.

3. Para este efeito, mostram-se de delimitação mais precisa os conceitos previstos na primeira parte do n.º 2 do artigo 1.º, na medida em que a “prevenção”, a “contenção”, a “mitigação” e o “tratamento” da infecção epidemiológica correspondem às diferentes fases do combate a essa infecção, sendo delimitadas por referência a padrões científicos que não autorizam um alargamento abusivo ou criativo baseado na opinião subjectiva de um decisor.

Em contraste, revela-se mais perigosa a delimitação das hipóteses de aplicabilidade da segunda parte do n.º 2 do artigo 1.º, visto que a “reposição da normalidade” pode apresentar uma extensão muito considerável que ofende de forma inaceitável os princípios gerais da contratação pública.

O perigo envolvido nesta extensão pode ser ilustrado com a experiência histórica das anteriores iniciativas legislativas que, reiteradamente, respondiam a situações de catástrofe natural ou de incêndios, autorizando o compreensível recurso a procedimentos de ajuste directo com fundamento na cláusula de urgência imperiosa, mas fazendo com que a vigência dos diplomas excepcionais fosse estendida por períodos entre um a dois anos, impondo a dúvida sobre como justificar a aplicação do conceito de urgência imperiosa na preparação de procedimentos que apenas se iniciariam mais de doze meses após os eventos que deram origem às necessidades invocadas pela entidade adjudicante. Tratou-se, então, de

uma *manipulação* do conceito de urgência que se não poderia coadunar com o princípio da concorrência².

É este perigoso precedente que pode ser agora retomado com a extensão temporal do âmbito de aplicação de um diploma que – embora justificadamente pensado para responder a uma situação de emergência – cria o risco de convencer os decisores públicos a manter a prolongada invocação de um regime excepcional sob o pretexto de apoio à reposição à normalidade num momento em que pode já não ser mantida qualquer situação de imprevisibilidade e inimputabilidade da urgência à entidade adjudicante³.

4. Neste sentido, mostra-se decisivo que o próprio legislador tome a iniciativa de proceder a uma *extensão expressa* deste regime excepcional a situações que, embora sendo relacionadas com a pandemia, dificilmente poderiam apresentar uma conexão directa com o âmbito de aplicação objectivo do diploma.

Foi esta extensão que foi produzida, desde logo, pelo Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de Abril, que regulamentou uma das prorrogações do estado de emergência, cujo artigo 26.º, n.º 3, alínea c), autorizou a Autoridade para as Condições de Trabalho a adquirir serviços externos que auxiliem a execução da sua actividade.

O mesmo sucedeu com o Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de Março, cujo artigo 11.º, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 10.º da Lei n.º 7/2020, de 10 de Abril, estendeu às entidades adjudicantes que assumam funções de promotores de espectáculos de natureza artística o regime dos artigos 2.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, além de estabelecer medidas que incluem a autorização para aquisição de bens, serviços ou trabalhos complementares, nos termos do disposto nos artigos 370.º 438.º e 454.º do CCP, adaptando-se essas figuras para o reagentamento de espectáculos, e permitindo, quando aplicável, o recurso ao regime de revisão de preços.

2 Com esta crítica formulada à época, cfr. MIGUEL A. RAIMUNDO, “Catástrofes Ambientais e Contratação Pública”, in CARLA AMADO GOMES (coord.), *Direito(s) das Catástrofes Naturais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 260-261; idem, *A Formação dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2013, pp. 978-979; MARCO CALDEIRA, “Problemas de Constitucionalidade de Regimes Avulsos de Contratação Pública”, in PEDRO F. SÁNCHEZ / LUÍS ALVES (coord.), *A Constituição e a Administração Pública*, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 70-72.

3 Sobre o perigo da repetição desta tendência à luz da nova legislação de 2020, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., pp. 91-92 e 103-105.

Finalmente, uma extensão similar foi produzida no âmbito do Decreto-Lei n.º 20-A/2020, o qual aditou ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020 um artigo 2.º-B que, na alínea c) do seu n.º 1, para o recurso ao ajuste directo para aquisição de espaço para difusão de acções de publicidade institucional. Não obstante a justificação para essa aquisição consistir no argumento de que os espaços de publicidade institucional surgiriam “no âmbito da pandemia COVID-19 ou inerentes à mesma”, a verdade é que o objecto dessa publicidade fixado no n.º 5 do artigo 2.º-B incluía âmbitos tão diversos quanto “medidas da área da educação”, “sensibilização para a prevenção contra os fogos florestais em ano de pandemia”, “causas sociais e humanitárias”, “promoção da literacia mediática”, “divulgação de actividades culturais durante e após a pandemia”, além de “outras áreas e matérias que cumpram objectivos similares”. Portanto, só com muitíssima ligeireza se poderia estabelecer uma justificação directa entre a ocorrência da pandemia e o objecto das medidas que o legislador entendeu aproveitar para fixar.

Compreende-se, pois, que estas extensões conferem uma credencial legislativa expressa à aplicação de um regime excepcional que, no silêncio do legislador, dificilmente poderia ter sido alargado para abranger estes casos. Sem tal credencial, nenhuma entidade adjudicante pode lançar mão de um regime excepcional sem contratar uma conexão directa do objecto contratual com o âmbito fixado no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

5. Ainda no que concerne à delimitação do âmbito objectivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, a leitura do disposto no seu artigo 2.º revela que, em geral, esse regime excepcional fica sujeito a uma regra de *taxatividade dos tipos de contratos* abrangidos: a lei não vai além da sua aplicação aos contratos de aquisição de serviços, locação de bens móveis, aquisição de bens móveis e de empreitada de obras públicas.

Não obstante, é razoável admitir que, na medida em que seja possível à entidade adjudicante celebrar um *contrato misto* nas rigorosas condições fixadas pelo n.º 1 do artigo 32.º do CCP – mediante a demonstração da incindibilidade técnica ou funcional de prestações próprias de diferentes tipos contratuais –, as prestações inerentes a outros tipos contratuais que sejam acopladas às prestações de

tipos expressamente referidos pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 também poderão beneficiar desse regime excepcional⁴.

6. No tocante ao âmbito **subjectivo** de aplicação do diploma, é sabido que ele foi inicialmente delimitado de forma muito deficiente, por referência às “entidades do sector público empresarial e do sector público administrativo, bem como, com as necessárias adaptações, às autarquias locais” (cfr. n.º 3 do artigo 1.º).

Além da circunstância de o legislador lançar mão dos conceitos de “sector público empresarial” e de “sector público administrativo” que não têm lastro sedimentado na nossa legislação de contratação pública (embora conhecidos noutros contextos do Direito Administrativo), mostrava-se grave, em todo o caso, a falta de clareza acerca da aplicabilidade do regime a pessoas colectivas que exercem importantíssimas funções em matéria de saúde e de segurança social e que dificilmente seriam abrangidas pela redacção literal então escolhida.

Tornou-se decisiva, pois, a clarificação trazida pelo Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de Março, que – produzindo efeitos desde 13 de Março –, finalmente esclareceu que o âmbito de aplicação subjectivo deste regime abrange todas as entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º do CCP.

Na prática, isso implicou que, no âmbito dos sectores comuns da contratação pública, o critério determinante da aplicação das medidas excepcionais não tem natureza *subjectiva* – porque qualquer pessoa colectiva dele pode beneficiar –, mas sim natureza *objectiva*, em razão da conexão do contrato que essa pessoa colectiva pretende celebrar em face do âmbito objectivo fixado no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Evidentemente, isso não significa esquecer que muitas entidades adjudicantes não prosseguem qualquer actividade que possa apresentar tal conexão e, portanto, nunca beneficiarão destas medidas; mas, em todo o caso, a impossibilidade de aplicação do regime excepcional derivará da delimitação do seu âmbito objectivo, e não do perfil subjectivo de qualquer das entidades adjudicantes.

Mostra-se discutível, ainda assim, a renitência legislativa em permitir a aplicação transversal desse regime a *todas* as entidades adjudicantes previstas no CCP, em virtude da exclusão das pessoas colectivas que actuam nos sectores

⁴ Também neste sentido, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., p. 90.

especiais a que se refere o artigo 7.º desse Código⁵. Não será difícil recordar que algumas das actividades enumeradas no artigo 9.º do CCP como abrangidas por esses sectores – pense-se no caso dos transportes – podem assumir extrema relevância numa situação de emergência. No entanto, na opinião do legislador, as entidades adjudicantes que actuam nesses sectores apenas poderão beneficiar deste regime excepcional se porventura já forem abrangidas pelo artigo 2.º do CCP (sendo então afectadas pela extensão de regime fixada no artigo 12.º deste Código). Se, pelo contrário, a sua qualificação como entidades adjudicantes derivar unicamente do artigo 7.º do CCP, então o regime excepcional não as beneficia.

7. Finalmente, no tocante ao seu âmbito temporal, o regime excepcional de contratação pública é aplicável a partir do dia 12 de Março de 2020, por força do disposto no artigo 37.º, primeira parte, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, visto ser essa a data de aprovação do diploma.

Essa circunstância revela que o legislador veio cometendo sucessivos equívocos quando, em todos os casos em que pretendeu fazer os diplomas posteriores retroagir a sua eficácia à data de início da vigência do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, se referiu sempre ao dia 13 de Março, não se dando conta de que esse era já o segundo dia da vigência deste diploma inicial.

C) Adopção do ajuste directo por motivos de urgência imperiosa

C1) Pressupostos de aplicação desta cláusula

8. Delimitado o âmbito de aplicação do regime excepcional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, pode agora proceder-se a uma apreciação sintética do seu regime material.

Como se antecipou, ele foi baseado em duas medidas centrais de flexibilização da actividade pré-contratual da Administração Pública.

Num primeiro plano, o n.º 1 do seu artigo 2.º procedeu à autorização para celebração de contratos de empreitada, locação ou aquisição de bens móveis ou

⁵ Com crítica idêntica, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., p. 97.

aquisição de serviços – sem limite de valor – através do recurso ao fundamento material de adopção do ajuste directo previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, isto é, “na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa”.

É evidente que, com esta autorização, o legislador procurou fazer algo mais do que meramente reproduzir a solução prevista no CCP e do que informar os decisores públicos acerca de uma alternativa procedimental de que eles já dispunham⁶. Na verdade, não poderia deixar de ser tido em mente o elevadíssimo grau de exigência com que a jurisprudência nacional e europeia vinha escrutinando o cumprimento, em cada caso em que ela seja invocada, de todos os pressupostos do recurso a esta cláusula de supressão da concorrência por motivos de urgência imperiosa. Confrontando-se com as dificuldades que as entidades adjudicantes sentiriam ao se socorrerem dessa cláusula para aquisições cruciais para o país, o legislador nacional tentou sugerir que se consideraria, imediatamente – por mero efeito legal –, que a subsunção de um contrato no âmbito recortado no artigo 1.º satisfaria a demonstração de que ele se enquadra na cláusula de urgência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP. Isto, é claro, sem prejuízo de o órgão decisor não poder deixar de cumprir um dever de fundamentação – aliás, já decorrente do artigo 38.º do CCP para a escolha de qualquer procedimento pré-contratual – quanto a demonstrar que o contrato a celebrar se destinaria à satisfação de uma necessidade descrita nesse diploma excepcional (de modo a justificar a sua integração no âmbito de aplicação desse regime). Contudo, uma vez cumprido esse dever de fundamentação, a lei pretendia que se considerasse permitido o recurso a esta cláusula de ajuste directo sem limite de valor. Sem essa intenção parcialmente inovadora, não se teria compreendido minimamente uma disposição que se limitaria a reiterar uma solução procedimental já existente.

9. Mas o problema reside na circunstância de o legislador português não estar autorizado a dispensar um único dos anteriores pressupostos de aplicação dessa cláusula de urgência. Não seria possível esquecer que o modo tão exigente

6 Já quanto à mesma opção adoptada na legislação de 2018, cfr. MARCO CALDEIRA, “Os Regimes Excepcionais da Contratação Pública Relacionada com os Danos Causados pelos Incêndios Florestais – em Especial, o Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, 2019, p. 77; quanto ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., pp. 103-105.

como a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP foi construída resulta da mera obediência à cláusula presente nas últimas décadas nas Directivas Europeias e que actualmente se encontra reproduzida pela alínea c) do n.º 2 do artigo 32.º da Directiva 2014/24⁷. Assim sendo, pelo menos nos frequentes casos em que o contrato a celebrar apresenta um valor superior ao limiar europeu aplicável, seria inútil qualquer tentativa nacional para libertar o decisor público da necessidade de obedecer a um ou mais dos pressupostos fixados pela normação europeia para a adopção de um procedimento não concorrencial.

Portanto, não obstante a intenção inerente ao disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, ele nunca conseguiria ter o efeito de ampliar as hipóteses de recurso ao ajuste directo previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP. Uma vez que este último preceito já estende o seu âmbito aplicativo até ao ponto máximo que seria permitido pelo Direito Europeu, nenhuma entidade adjudicante poderia aproveitar a remissão prevista no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 para levar *mais longe* o recurso a esta cláusula de ajuste directo do que ela já decorreria do regime geral do CCP.

Nestes termos, o perigo introduzido por uma tal remissão neste regime excepcional consiste em poder fazer o decisor público acreditar que se encontra agora autorizado a comprimir mais do que antes as balizas impostas pelo regime europeu.

Numa palavra, a cláusula presente no Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não pode estender a autorização para a adopção do ajuste directo por critérios materiais mais longe do que ela já resultaria do regime geral previsto no CCP. Os factos extremos que desencadeiam a possibilidade de aplicação desse procedimento não concorrencial podem inegavelmente ocorrer nesta situação de emergência; mas eles são enquadráveis na mesma cláusula geral de urgência imperiosa como já seriam antes da aprovação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. E o regime excepcional presente neste diploma não torna tal cláusula aplicável em mais ocasiões do que já seria antes.

10. É exactamente nesse contexto que se mostra pertinente a Comunicação da Comissão 2020/C 108 1/01 – *Orientações da Comissão Europeia sobre a*

⁷ Para desenvolvimento, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, 2 vols., Almedina, Coimbra 2020, I, pp. 426 e segs..

Utilização do Quadro em Matéria de Contratos Públicos na Situação de Emergência Relacionada com a Crise da COVID-19, que recordou, no seu ponto 2.3, que “a adjudicação por ajuste directo a um operador económico pré-seleccionado continua a ser uma situação de excepção, aplicável se apenas uma empresa for capaz de cumprir os condicionalismos técnicos e de tempo impostos pela extrema urgência”. Isto, naturalmente, sem deixar de reconhecer que os eventos de emergência “devem ser considerados imprevisíveis para qualquer autoridade adjudicante”, mas não podendo esquecer que “todas as condições têm de ser preenchidas cumulativamente e interpretadas restritivamente”, não podendo uma entidade adjudicante usar o ajuste directo como válvula de escape em que tenha incorrido por falta de diligência no lançamento atempado do procedimento que necessitava.

A advertência provida pela Comissão Europeia é certa porque, por um lado, sem jamais perder a razoabilidade, não deixou de tranquilizar os decisores públicos quanto ao facto de, pelo menos no momento actual, ser possível invocar de modo convincente os pressupostos de adopção de um procedimento não concorrencial. Isto porque o “número de doentes com COVID-19 que necessitam de tratamento médico está a aumentar diariamente e, na maioria dos Estados-Membros, prevê-se que continue a aumentar até atingir o pico”, aceitando-se que “estes eventos e, em especial, o seu desenvolvimento específico devem ser considerados imprevisíveis para qualquer autoridade adjudicante”, além de ser claro que, “para satisfazer as necessidades imediatas dos hospitais e das instituições de saúde num prazo muito curto, não é razoável duvidar donexo de causalidade com a pandemia de COVID-19”.

Todavia, o respeito pelo princípio da necessidade na adopção de medidas restritivas da concorrência obrigaria a averiguar, primeiro, se não existiria qualquer alternativa procedimental menos restritiva que não pudesse satisfazer as necessidades aquisitivas. A Comissão Europeia recordou, nesse ponto, que “as regras europeias em matéria de contratos públicos fornecem todos os instrumentos necessários para satisfazer essas necessidades, em conformidade com as disposições da directiva”. Em especial quanto a um mecanismo que é frequentemente esquecido e desaproveitado pelos decisores públicos, os próprios procedimentos concursais com publicidade internacional também permitem uma aceleração de prazos com fundamento em urgência. No caso português, o n.º 3 do artigo 136.º e o n.º 2

do artigo 174.º do CCP já prevêem, para resposta a uma “situação de urgência devidamente fundamentada pela entidade adjudicante”, que os prazos mínimos de apresentação de propostas e candidaturas (respectivamente) sejam reduzidos, no limite, até à sua metade (de 30 para 15 dias). Ademais, o Considerando 46 da Directiva 2014/24 sublinha que, graças à natureza ainda concorrencial desses procedimentos acelerados, a entidade adjudicante fica aqui inclusivamente dispensada de cumprir os apertados pressupostos de adopção do ajuste directo com fundamento em urgência imperiosa: “para tal não é necessário que se trate de uma urgência extrema causada por acontecimentos imprevisíveis e inimputáveis à autoridade adjudicante”.

Assim, à luz do princípio da necessidade na imposição de restrições à concorrência, o apelo à alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP – com ou sem a remissão que foi introduzida pelo n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 – sempre ficaria dependente da demonstração de inexistência de qualquer outra alternativa procedimental menos lesiva.

Em suma, a declaração de um estado de emergência apenas pode auxiliar o decisor público no *esforço de fundamentação* da escolha de um procedimento restritivo da concorrência em cumprimento do artigo 38.º do CCP, tornando mais credíveis as *alegações de facto* que apresente para o efeito. Mas o respeito por esses pressupostos não pode seguramente ser dispensado pela remissão equívoca aprovada pelo diploma excepcional de 2020.

11. Portanto, a adopção do ajuste directo previsto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 continua a pressupor o respeito por *cinco pressupostos* que devem estar *cumulativamente*⁸ verificados para o recurso a esta cláusula⁹:

- i) Deve ocorrer uma situação de urgência imperiosa;
- ii) Essa situação deve ser motivada por circunstâncias imprevisíveis;
- iii) Tais circunstâncias não podem ter sido imputáveis à entidade adjudicante;
- iv) O ajuste directo terá de ser adoptado na medida do estritamente necessário; e

⁸ Quanto à natureza cumulativa dos pressupostos, cfr., entre tantos, os Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de 02-08-1993 (Proc. C-107/92 – *Comissão v. Itália*), n.º 12; de 28-03-1996 (Proc. C-318/94 – *Comissão v. Alemanha*), n.º 14; ou de 15-10-2009 (Proc. C-275/08 – *Comissão v. Alemanha*), n.º 68.

⁹ Para o estudo destes cinco pressupostos, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, *Direito...*, cit., I, pp. 426 e segs..

- v) A situação de necessidade resulta igualmente da impossibilidade de cumprimento dos demais prazos procedimentais.

Evidentemente, o pressuposto decorrente da obrigação de demonstração da situação de urgência imperiosa é conatural à própria invocação da calamidade pública em curso, desde que a entidade adjudicante explique a conexão entre a situação de urgência vivida e o concreto objecto do contrato a celebrar. No fundo, cumpre então esclarecer em que medida as utilidades a adquirir a auxiliam directamente nos propósitos fixados no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

No entanto, todos os demais pressupostos dependerão de uma fundamentação específica e cuidadosamente adequada ao caso.

Tal sucede, muito em especial, com os pressupostos da imprevisibilidade e da inimputabilidade da situação de urgência: na verdade, não seria impossível provar que, embora o contrato seja preparado no contexto de urgência, o decisor público poderia e deveria estar prevenido para o cenário que se veio a verificar e que disporia de condições para iniciar os procedimentos concorrenciais para as aquisições que só mais tarde realizou.

Entenda-se: essa suspeita dificilmente seria imputada a um decisor público nos primeiros dias ou semanas da verificação da situação de pandemia. Como acima se notou, o perigo decorre, sobretudo, da fase de “reposição da normalidade” a que se refere a parte final do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020: é então que se torna possível que a imprevisibilidade e a inimputabilidade deixem de estar verificadas se o decisor tiver deixado transcorrer semanas ou meses desde o início da verificação de uma necessidade aquisitiva que poderia ter satisfeito através de um procedimento concursal se o tivesse iniciado imediatamente, cabendo-lhe unicamente a si a responsabilidade pelo atraso na preparação do contrato.

Na prática, se a vigência do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 se prolonga consideravelmente no tempo, o cumprimento desses dois pressupostos cumulativos torna-se progressivamente mais exigente, porque a demonstração da imprevisibilidade e da inimputabilidade tem de ser aferida no momento em que se pratica a decisão de contratar e se escolhe o tipo de procedimento a adoptar, e não no momento em que surgiu a situação de pandemia que fez desencadear a urgência. Portanto, a imprevisibilidade e inimputabilidade que inicialmente existiam podem verdadeiramente caducar.

Nem seria útil replicar que o propósito do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 foi o de flexibilizar a aplicação desses pressupostos: repita-se que os conceitos de imprevisibilidade e de inimputabilidade são fixados pelo ordenamento europeu e é a este que cabe determinar o modo como estes são densificados e aplicados, sem que caiba a um Estado-Membro diminuir unilateralmente o respectivo grau de exigência.

12. Por seu turno, o pressuposto respeitante ao princípio da necessidade envolve, antes do mais, a confirmação de que o objecto contratual se encontra limitado ao objecto, às quantidades e espécies de prestações e ao prazo de vigência que se mostrem estritamente necessários para acorrer à situação de urgência.

Mas esse princípio da necessidade também reclama a confirmação de que nenhuma outra alternativa procedimental se mostra suficiente. É então que se requer a referida averiguação comparativa quanto à eventual hipótese de recurso aos mecanismos de aceleração de procedimentos que ainda satisfazem a concorrência, nomeadamente a aceleração de prazos de concursos públicos e concursos limitados por prévia qualificação.

Daí que se mostre pertinente a advertência adicional da Comissão Europeia: um procedimento não concorrencial, embora justificado no início de uma situação de urgência que colhe desprevenido qualquer decisor diligente, só pode ser “utilizado para *colmatar a lacuna* até se poder encontrar soluções mais estáveis”, visto que ele “cria a possibilidade de satisfazer necessidades imediatas”. Mas, em respeito do princípio da necessidade, tal procedimento não concorrencial não faz mais do que, precisamente, “*colmatar a lacuna até poderem ser encontradas soluções mais estáveis*, tais como contratos-quadro de fornecimentos e serviços adjudicados através de procedimentos normais (incluindo os concursos acelerados)”.

Assim, o prolongamento da vigência deste regime excepcional da contratação pública deve ser acompanhado por uma progressiva redução da susceptibilidade de utilização da solução prevista no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

C2) O problema especial do Decreto-Lei n.º 20-A/2020, relativo a acções de publicidade institucional

13. Como acima se notou, esta advertência deve ter-se como especialmente aplicável ao muitíssimo problemático regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/2020, de 6 de Maio, que, aditando novas medidas de contratação ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020 através de um artigo 2.º-B, nelas incluiu a permissão para o recurso ao ajuste directo para aquisição de espaço para difusão de acções de publicidade institucional (cfr. alínea c) do n.º 1). Fê-lo, ademais, promovendo, também quanto a esses contratos, a sua *isenção da fiscalização prévia do Tribunal de Contas*, beneficiando do regime que seguidamente se referirá (cfr. artigo 6.º da Lei n.º 1-A/2020, aplicável *ex vi* alínea c) do n.º 1 daquele artigo 2.º-B).

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 38-B/2020, de 19 de Maio, concretizou esta medida, designando a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P. (ESPAP) como líder de um agrupamento de certas entidades adjudicantes da Administração directa e indirecta do Estado, às quais caberia, ademais, proceder ao *adiantamento do preço contratual* às entidades detentoras de órgãos de comunicação social, através de um procedimento de ajuste directo sujeito ao regime especial do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Mas, no caso dos contratos com entidades detentoras de órgãos de comunicação social de âmbito regional e local, cada entidade adjudicante foi autorizada, fora de qualquer agrupamento, a recorrer a procedimentos de ajuste directo simplificado (cfr. alíneas a) e b) do n.º 4 e n.º 5 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 38-B/2020).

14. Deve recordar-se, neste ponto, que a alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º do CCP – beneficiando da cláusula presente na alínea b) do artigo 10.º da Directiva 2014/24 – já permite afastar do regime de contratação pública (e, aliás, o próprio regime de execução de contratos administrativos) na formação de contratos “relativos a *tempos de antena ou fornecimentos de programas*” adjudicados a “serviços de comunicação social audiovisuais ou radiofónicos”. Ao contrário do que sucede na primeira parte dessa cláusula – que versa sobre casos em que um órgão de comunicação social é, ele próprio, entidade adjudicante –, trata-se agora de casos em que é outra entidade adjudicante a adquirir aos serviços de comunicação social as prestações relativas a tempos de antena ou fornecimentos de programas, comportando-se agora os serviços de comunicação social como adjudicatários.

Porém, no Decreto-Lei n.º 20-A/2020, o legislador tem em vista casos em que se adquire espaços para difusão de publicidade institucional, e não o *forne- cimento de programas*. Aliás, se assim não fosse, não se entenderia o motivo por que se careceria do recurso a um procedimento de contratação pública – embora um procedimento simplificado como o ajuste directo – para um contrato que já se encontraria excluído desse regime de direito público e não careceria de qualquer cláusula de exclusão adicional.

Assim, procura-se agora, com este regime excepcional, afastar um procedi- mento pré-contratual para formação de contratos que, *prima facie*, ficariam sub- metidos a um apelo ao mercado concorrencial.

É, pois, por esse motivo que se procura associar tais contratos à situação de pandemia, de modo a permitir mobilizar a cláusula de urgência imperiosa que desencadeia o procedimento de ajuste directo.

Tal é tanto mais assim quando se incumbe as entidades adjudicantes de pro- ceder à *antecipação total do pagamento do preço contratual*, consubstanciando uma *transferência patrimonial directa* num momento em que o respectivo benefi- ciário ainda não terá executado qualquer prestação contratual em favor da entida- de adjudicante (cfr. n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 38-B/2020).

15. Num estudo que versa exclusivamente sobre o Direito da Contratação Pública, não é este o lugar para avaliar os problemas que uma tal transferência patrimonial directa para órgãos de comunicação social, de resto sem prévia densificação legal dos critérios não discriminatórios que a deveriam presidir, suscita no plano jurídico-constitucional – a começar pelos parâmetros impostos pelo n.º 4 do artigo 38.º da Constituição, mas também pela afectação das competências atribuídas à Entidade Reguladora para a Comunicação Social ao abrigo das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 39.º da Constituição, as quais se encontram cobertas por uma reserva de lei (aliás, parlamentar), nos termos do n.º 2 do artigo 39.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

Contudo, mesmo focando a análise no exclusivo plano do Direito da Con- tratação Pública, é inegável que este caso de dispensa da concorrência se mostra realmente espinhoso. É certo que o legislador procurou estabelecer uma conexão entre esse ajuste directo e a ocorrência da pandemia. Como se lê no Preâmbu- lo do Decreto-Lei n.º 20-A/2020 e na Resolução do Conselho de Ministros n.º

38-B/2020, “se já nas circunstâncias normais da vida em sociedade os órgãos de comunicação social desempenham um papel insubstituível, prestando informação, formando e entretendo os cidadãos e escrutinando os poderes públicos, na actual situação de pandemia, o seu papel assume ainda maior relevância, no esclarecimento e prevenção da doença, no combate à desinformação e na oferta de entretenimento e cultura aos cidadãos confinados em casa”.

Nenhum intérprete duvidaria do mérito de uma iniciativa pública na realização de tal esforço informativo. Tão-pouco se duvidaria do interesse público que pode estar envolvido no auxílio a meios de comunicação social que se debatem com graves problemas financeiros. O problema reside, porém, na circunstância de essa iniciativa, sendo formulada com apelo à situação excepcional em curso, se pretender destinada a justificar a adopção de *procedimentos restritivos da concorrência*. Por outras palavras, o dever que impendia sobre o legislador português – à luz das obrigações concorrenciais que o Direito Europeu obviamente não apagou – não consistia em meramente justificar a bondade ou a utilidade de uma publicidade institucional, mas sim o de explicar por que motivo a aquisição dos espaços para a sua realização se não compadeceriam com procedimentos concorrenciais.

Essa obrigação tornou-se necessária na medida em que a alínea c) do n.º 1 deste novo artigo 2.º-B abriu o caminho para a adopção do ajuste directo – permitindo, aliás, o aproveitamento pleno de todo o regime procedimental que seguidamente se abordará –, autorizando que o preço global dos contratos de aquisição em causa atinja o patamar de 15 milhões de euros. A isto acresce a referida autorização a entidades adjudicantes da Administração directa e indirecta do Estado para recurso ao ajuste directo simplificado na formação dos contratos referentes aos órgãos de comunicação social de âmbito regional e local (cfr. alínea b) do n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 38-B/2020).

Deste modo, tornava-se inevitável assegurar o pleno respeito das balizas que a Directiva 2014/24 impõe para a restrição ao princípio da concorrência, tendo em vista o montante dos benefícios económicos envolvidos nos contratos a celebrar.

De resto, talvez por ter noção desta dificuldade, a epígrafe oferecida ao artigo 2.º-B apresentou este regime ao intérprete como um “regime excepcional de agrupamento de entidades adjudicantes”, como se o principal traço tipificador desse regime consistisse numa derrogação ao disposto no artigo 39.º do CCP. Mas

é claro que tal não sucede: pelo menos sob o ponto de vista do Direito Europeu, o efeito decisivo que esse regime produz impacta sobre o próprio princípio da concorrência, autorizando o recurso a ajustes directos para a celebração de contratos de valor muito superior aos limiares de aplicação da Directiva 2014/24. Assim sendo, a derrogação de um procedimento concorrencial só poderia ter lugar na medida em que se continuasse a assegurar o estrito respeito pelos cinco pressupostos que a alínea c) do n.º 2 do artigo 32.º dessa Directiva (e a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP) fixa para o recurso a uma cláusula de urgência imperiosa.

16. Mas não se vê, na verdade, como tal poderá suceder. Antes do mais, a invocação da situação de *urgência imperiosa* provocada pela pandemia não pode ser *manipulada* para abranger casos de contratos que só remotamente nela podem ser justificados. Como se disse já, apesar de o legislador apresentar como justificação para essa aquisição o argumento de que os espaços de publicidade institucional surgiriam “no âmbito da pandemia COVID-19 ou inerentes à mesma”, a verdade é que o objecto dessa publicidade, tal como é fixado no n.º 5 do artigo 2.º-B, inclui âmbitos tão diversos quanto “medidas da área da educação”, “sensibilização para a prevenção contra os fogos florestais em ano de pandemia”, “causas sociais e humanitárias”, “promoção da literacia mediática”, “divulgação de actividades culturais durante e após a pandemia”, além de “outras áreas e matérias que cumpram objectivos similares”.

Parece claro que, em diversos desses casos, a referência ao “ano da pandemia” ou às actividades “durante e após a pandemia” para cada tipologia de publicidade surge apenas como *pretexto* que procura assegurar a conexão entre os contratos a celebrar e a situação de urgência imperiosa. Não existe qualquer traço nas prestações a adquirir que possa ser apresentado como justificando uma emergência inadiável que não permita ao decisor público aguardar por um procedimento concorrencial.

E ainda que se duvidasse dessa conclusão, seria claro que o legislador não poderia, em caso algum, justificar o cumprimento dos pressupostos de *imprevisibilidade* e *inimputabilidade* da situação de urgência: a mera circunstância de se alegar, no n.º 5 do artigo 2.º-B, que as prestações a adquirir se reduzem a um objecto que, “por motivos de urgência imperiosa, seja estritamente necessário e se destina à realização de ações de publicidade institucional, no período de

18 meses”, já se mostra contraditória nos seus próprios termos. Não é possível explicar como manter a alegação de imprevisibilidade de necessidades relativas a publicidade institucional que são descritas como surgindo no momento de ocorrência de uma pandemia mas que devem ser mantidas durante 18 meses e que versam sobre aspectos culturais, sociais, de literacia ou de combate a fogos.

Por último, seguramente não poderia o legislador explicar como essa aquisição, dotada de um espectro temporal tão alargado, teria sido realizada *na medida do estritamente necessário* para evitar impor qualquer restrição supérflua ao princípio da concorrência: não é possível alegar que tais aquisições por ajuste directo se limitem à quantidade de prestações e ao tempo estritamente necessário para a resposta à situação de urgência. Menos ainda é possível alegar que as entidades adjudicantes precisam de acorrer a uma necessidade tão imediata – que afinal se prolonga durante 18 meses – que lhes não permite sequer lançar mão de um procedimento não restritivo da concorrência.

17. Em consequência, mesmo que se abstraísse dos problemas suscitados pelo n.º 4 do artigo 38.º, pelas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 39.º e pela alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição Portuguesa, tem de concluir-se que o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º-B do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 20-A/2020, bem como no n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 38-B/2020, constitui uma *contravenção aos limites fixados pela alínea c) do n.º 2 do artigo 32.º da Directiva 2014/24 e, bem assim, aos princípios da igualdade e da concorrência previstos no artigo 18.º da mesma Directiva*.

Assim sendo, quando os contratos a celebrar ao abrigo desse artigo 2.º-B atinjam – isoladamente ou no seu somatório – os limiares de aplicação da Directiva 2014/24 para qualquer das entidades adjudicantes envolvidas, *ficam as entidades adjudicantes proibidas de recorrer ao procedimento de ajuste directo, em aplicação do princípio do primado do Direito Europeu fixado no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição Portuguesa*¹⁰.

10 Compreenda-se que

D) Alargamento do recurso ao regime simplificado do ajuste directo e problemas na definição da obrigação de publicitação

18. Se a primeira medida prioritária adoptada nesse regime excepcional se mostra não inovadora e essencialmente confirmativa de uma solução já presente na legislação geral, já é mais significativa a segunda medida excepcional, presente no n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Nos seus termos, foi estendido o recurso ao ajuste directo simplificado – previsto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 128.º do CCP – para contratos cujo preço seja igual ou inferior a € 20.000, o que implicou *quadruplicar* o limite geral de € 5.000 previsto no CCP. Neste caso, a lei reservou esta solução para contratos referentes a bens e serviços, afastando a sua utilização no caso de empreitadas – ao contrário do que sucede com a utilização transversal do ajuste directo por motivos de urgência imperiosa a que se refere o n.º 1 do artigo 2.º, que não conhece limites de valor e também beneficia contratos de empreitada.

Ainda assim, não seria possível esquecer que, tendo sido unicamente afastado o regime presente no artigo 128.º do CCP, mantiveram-se plenamente aplicáveis os limites fixados no artigo 129.º do mesmo Código, o que inclui a proibição de qualquer revisão de preços, de celebração de contratos de prazo superior a um ano ou de prorrogação desse prazo.

19. Não obstante o inegável relevo desta medida inovadora, não foi feliz a redacção encontrada para informar as entidades adjudicantes sob os termos de concretização desse regime simplificado.

Num primeiro aspecto que, apesar de tudo, se mostra secundário, não se discerne o motivo da omissão de qualquer remissão para o n.º 2 do artigo 128.º do CCP, visto que o acto de adjudicação sobre uma factura ou documento equivalente não poderia deixar de ter subjacente uma decisão de contratar e uma decisão de escolher o ajuste directo ao abrigo do critério do valor.

Mas o principal equívoco prendeu-se com os métodos de eventual *publicitação* do procedimento informal adoptado.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 2.º teve a cautela de incluir uma referência expressa ao afastamento do n.º 3 do artigo 128.º do CCP, o que – fruto da remissão que este último preceito formula para o artigo 465.º do mesmo Código – implica que se terá pretendido dispensar qualquer obrigação de publicitação, no Portal dos Contratos Públicos, dos contratos relativos a bens e serviços até ao limiar de € 20.000.

Porém, os n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo 2.º, além de imporem a comunicação de quaisquer “adjudicações feitas ao abrigo do presente regime excepcional” – portanto, incluindo ao abrigo de um regime simplificado de ajuste directo – “aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela respectiva área sectorial” (o que só pode ser equacionado para a Administração estadual, mas não para a Administração regional, autárquica e autónoma, à qual esta regra não pode ser aplicada), determinaram que tais adjudicações seriam “publicitadas no portal dos contratos públicos, garantindo o cumprimento dos princípios da publicidade e transparência da contratação”, reiterando que não ficaria prejudicada a “respectiva publicitação, nos termos do n.º 1 do artigo 127.º do CCP”.

Evidentemente, se o legislador pretendia salvaguardar um dever de transparência e publicidade também no caso dos ajustes directos sob regime simplificado, deveria ter-se abtido de proceder a uma remissão específica para o n.º 3 do artigo 128.º do CCP, que regula essa publicitação. Mas se, pelo contrário, entendia que um esforço de publicitação deveria ser dispensado nestes casos, deveria ter então esclarecido que a exigência prevista nos n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 apenas dizia respeito aos ajustes directos adoptados ao abrigo do n.º 1, e não ao abrigo do n.º 2, desse artigo.

A dúvida criada por este gravíssimo equívoco de redacção tem conduzido uma boa parte das entidades adjudicantes a – por motivos de segurança e de diluição dos riscos pessoais para os seus decisores – promover uma publicitação de qualquer dos contratos previstos no Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Tal preocupação, que surge num momento de concentração de esforços na obtenção de prestações

decisivas para a vida e a integridade física dos cidadãos, poderia ter sido dispensada se o legislador tivesse sido mais feliz na redacção que aprovou¹¹.

Em todo o caso, sublinha-se que essa publicitação não é aqui *condição de eficácia* dos contratos, mas apenas o cumprimento de um dever de transparência, atendendo a que o n.º 5 do artigo 2.º determina que a produção de efeitos do contrato se dá logo com a adjudicação.

20. Naturalmente, tratando-se aqui da publicitação “*da adjudicação*”, e não do próprio contrato (como ocorreria na aplicação do artigo 127.º do CCP), não é possível ignorar que o n.º 1 do artigo 128.º do CCP permite que todas as formalidades previstas nesse Código sejam dispensadas, podendo ser o acto de adjudicação praticado sobre uma fatura ou um documento equivalente.

Portanto, a publicitação a que se refere o n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, a ser realizada, só pode incidir sobre a factura ou o documento equivalente sobre o qual tenha incidido o acto de adjudicação. Essa factura ou documento equivalente já identificará a identidade do adjudicatário, o preço contratual e as quantidades de bens ou serviços adquiridos.

E) Regime material para tramitação do ajuste directo

E1) Dispensa de formalidades e de condicionamentos substantivos

21. Para a tramitação dos procedimentos adoptados ao abrigo das duas cláusulas de recurso ao ajuste directo previstas no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, procurou-se adoptar medidas adicionais de flexibilização de algumas das mais importantes fases procedimentais. Tais medidas viriam ainda a ser alargadas com a aprovação posterior de alterações àquele diploma inicial.

¹¹ Como se notará adiante, essa dúvida só não persiste no caso do regime simplificado excepcionalíssimo introduzido pelo Decreto-Lei n.º 18/2020, de 23 de Abril. Nesses casos, o valor muito elevado dos contratos ali abrangidos justifica a determinação expressa de uma obrigação de publicitação que, ademais, obriga (mas só nesses casos excepcionais de aplicação desse diploma) a incluir uma fundamentação para a adopção desse regime simplificado (cfr. n.º 5 do artigo 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, aditado pelo Decreto-Lei n.º 18/2020).

a) Impedimentos ao convite em ajuste directo ou consulta prévia. Num primeiro plano, pelo n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 foi dispensada a aplicação dos conhecidos impedimentos à contratação por ajuste directo previstos nos n.ºs 2 ou 5 do artigo 113.º do CCP, concernentes à contratação reiterada do mesmo operador económico ou à contratação de quem realizou prestações gratuitas em favor da entidade adjudicante, no espaço de três anos económicos¹².

Deixou-se intacta, porém, a aplicabilidade dos impedimentos gerais previstos no artigo 55.º do CCP; e continuou-se também sem se aproveitar a autorização para afastamento excepcional de impedimentos à contratação por motivos extremos de saúde pública que o n.º 3 do artigo 57.º da Directiva 2014/24 veio criar e que o legislador português se recusou a transpor na Revisão do CCP de 2017.

Evidentemente, no que toca ao impedimento previsto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP (contratação reiterada do mesmo operador económico), a dispensa agora aprovada apenas se mostra necessária e produz efeitos úteis para os ajustes directos adoptados ao abrigo do regime simplificado previsto no n.º 2 daquele artigo 2.º, uma vez que só esses dependem do valor do contrato. Pelo contrário, os ajustes directos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, assentando numa cláusula material de adopção do ajuste directo, já não seriam afectados por aquele impedimento, que é inaplicável a qualquer cláusula material alistada nos artigos 24.º a 27.º do CCP.

Tal dispensa pode revelar-se mais útil no tocante ao impedimento consagrado no n.º 5 do artigo 113.º: a circunstância de o CCP não ter expressamente restringido a sua aplicabilidade aos casos de ajuste directo em função do valor do contrato, sem prejuízo de um eventual esforço de interpretação restritiva com apoio em elementos sistemáticos¹³, torna seguramente útil que se esclareça que nenhum impedimento previsto no artigo 113.º deste Código será aplicável aos contratos abrangidos por este regime excepcional.

Todavia, deve sublinhar-se que o n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 apenas afasta os impedimentos ao ajuste directo quanto “aos procedimentos abrangidos pelo presente decreto-lei”, para os quais as entidades adjudicantes não ficam afectadas na sua escolha dos operadores económicos a convidar. Mas nada se diz quanto à possibilidade de os contratos agora celebrados deixarem de

12 Sobre o modo de aplicação geral desses impedimentos, que aqui não caberia abordar, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, *Direito...*, cit., II, pp. 508 e segs..

13 Quanto a este problema e à necessidade de uma interpretação restritiva, *ibidem*, II, pp. 530-531.

relevar para a aplicação futura daqueles impedimentos, quando as entidades adjudicantes voltem a puramente aplicar o regime do CCP.

Isto significa que, salvo se um futuro diploma vier a alterar esta solução:

- i) No tocante ao impedimento à contratação reiterada do mesmo operador económico, previsto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, os preços dos contratos celebrados ao abrigo do ajuste directo simplificado previsto neste decreto-lei são efectivamente *contabilizados para futuros ajustes directos* que sejam celebrados ao abrigo do regime geral do CCP;
- ii) Com ainda maior gravidade, qualquer intenção meritória de particulares que pretendam disponibilizar bens ou serviços gratuitos às entidades adjudicantes, num esforço de participação colectiva no apoio à Administração Pública, acaba por redundar numa gravíssima penalização desses particulares que, salvo se conseguirem recorrer ao regime do mecenato, ficarão impedidos de ser convidados por força do disposto no n.º 5 do artigo 113.º do CCP¹⁴.

E isto porque nada naquele n.º 3 do artigo 2.º faz dispensar a aplicação desses impedimentos a futuros contratos, nem tão-pouco faz afastar os preços dos contratos celebrados ao abrigo do regime excepcional para a aplicação daqueles impedimentos em contratos futuros.

No fundo, o legislador assegura-se de que as entidades adjudicantes se não encontram amarradas por estes impedimentos num momento em que precisam de recorrer a qualquer operador económico disponível para obter prestações em situação de emergência; mas não está preocupado com essa margem de escolha das entidades adjudicantes quando a situação de emergência terminar e voltar a ser aplicado o regime geral do CCP. Por isso, embora tal possa ser criticável, tão-pouco se preocupa com a circunstância de operadores económicos virem a ficar impedidos ao abrigo dos contratos que agora hajam celebrado em situação de emergência.

b) Dispensa de convite a mais do que um operador económico. Num segundo plano, o mesmo n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 também afasta a preferência pela consulta prévia a que se refere o artigo 27.º-A do CCP, dispensando a necessidade de, em geral, o recurso a critérios materiais de ajuste directo redundar no convite a um mínimo de três entidades.

¹⁴ Também com este entendimento, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., p. 108.

Tal como uma amplíssima parte da doutrina já vinha reconhecendo¹⁵, essa obrigação consistia num esforço de reduzida utilidade para a promoção da concorrência, tendo, aliás, sido introduzida no regime geral do CCP unicamente no contexto de preocupações conjunturais suscitadas pela insuficiência do esforço anterior de Portugal para o fomento da competição nos mercados públicos, traduzindo-se numa técnica cosmética, perante as instituições internacionais, para escapar das críticas derivadas da manutenção de um âmbito tão alargado de aplicação do ajuste directo¹⁶.

Justamente em razão da sua fraca valia para a promoção da concorrência, o legislador português discerniu que, na presente situação excepcional, a premência na adopção de um regime mais acelerado de celebração dos contratos tornava injustificável a manutenção de uma medida que é afinal meramente estética. Daí que a aplicação do artigo 27.º-A do CCP tenha sido, com boas razões, dispensada.

Fruto dessa solução legislativa, não existe qualquer espaço para sugerir que o decisor público fica vinculado a averiguar se pode ou não convidar mais do que um operador económico. Essa sugestão, violentando um depoimento expresso da própria lei, representaria uma norma para-legislativa que não pode substituir o Direito vigente.

Na prática, formula-se aqui um juízo binário: se estiverem cumpridos os pressupostos de aplicação do n.º 1 ou do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, o recurso ao ajuste directo será possível – ajuste directo esse que assenta no convite a um operador económico predeterminado (cfr. n.º 2 do artigo 112.º do CCP) –; se não estiverem cumpridos, então o recurso ao ajuste directo será vedado.

c) Adiantamentos de preço. Num terceiro plano, o n.º 6 do mesmo artigo 2.º conferiu uma importante dispensa de cumprimento dos apertados pressupostos

15 Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Apreciação Geral da Revisão do Código dos Contratos Públicos: em Particular, os Novos Regimes dos Artigos 280.º e 313.º do CCP”, in C. A. GOMES / R. PEDRO / T. SERRÃO / M. CALDEIRA (COORD.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 24; VASCO MOURA RAMOS, “Consulta Prévia”, *ibidem*, pp. 535-537; SARA A. MATOS, “Novos Tipos de Procedimentos Pré-Contratuais”, in M. J. ESTORNINHO / A. G. MARTINS (ORG.), *Actas da Conferência – A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, ICJP, Lisboa, 2016, pp. 61-62; PEDRO TELLES, “Ajuste Directo e Consulta Prévia: É Preciso que Tudo Mude para que Tudo Fique na Mesma”, in *E-Pública*, Vol. 4, n.º 2, 2017, §§ 4 e 7.

16 Sobre o contexto do surgimento dessa solução legislativa, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, *Direito...*, cit., I, pp. 352-359 e 408-412.

previstos no artigo 292.º do CCP para que a entidade adjudicante possa efectuar adiantamentos do preço de bens e serviços. Ficam, pois, dispensados os pressupostos que impõem a limitação do adiantamento a 30% do preço contratual e a exigência da prestação de caução pelo montante adiantado, além de tal adiantamento apenas poder corresponder o que já estiver contemplado no contrato, sem que as partes possam prever novos adiantamentos durante a execução contratual.

A solução agora prevista constituiu uma decisiva resposta à exigência formulada por muitos fornecedores que, aproveitando o poder negocial de que dispunham em momento de emergência, colocavam a condição de adiantamento do preço para aceitarem fornecer os bens objecto do contrato.

d) Dispensa de compras centralizadas. Num quarto plano, o n.º 7 do artigo 2.º também dispensou a autorização prévia para que a entidade adjudicante possa proceder, individualmente, a aquisições de bens ou serviços que estejam abrangidos por um acordo-quadro do Sistema Nacional de Compras Públicas, designadamente para as entidades vinculadas nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, ou do artigo 3.º da Portaria n.º 55/2013, de 7 de Fevereiro.

Deste modo se evitaram, neste âmbito excepcional, os preocupantes efeitos do esparrilho a que os decisores públicos das entidades vinculadas àquele Sistema têm sido submetidos pela obrigação de recorrerem a compras centralizadas mesmo em casos em que os acordos-quadro se mostram manifestamente ineficientes e em que qualquer decisor individual poderia obter condições bem mais competitivas no mercado¹⁷.

E2) Idem: formalidades pós-adjudicatórias em especial

22. Completando estas medidas de aceleração procedimental, a Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, aditou duas outras regras de dispensa de formalidades procedimentais – fixando ademais a sua produção de efeitos ao tempo do início da vigência do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (cfr. artigo 6.º).

17 Sobre este problema, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, *Direito...*, cit., II, pp. 813 e segs.; MARCO CALDEIRA, “O Âmbito Subjectivo da Centralização das Compras Públicas em Portugal”, in MIGUEL RAIMUNDO (org.), *Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma Tendência Actual da Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 157 e segs..

Por um lado, foi aditado ao artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 um novo n.º 9, em cujos termos “os *documentos de habilitação*, previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 81.º do CCP, podem ser dispensados, inclusivamente para efeitos de efectuação de pagamentos, sem prejuízo de a entidade adjudicante os poder pedir a qualquer momento”.

Por outro lado, foi também aditado ao mesmo artigo um novo n.º 10, que previu que, “independentemente do preço contratual, a *prestação da caução* pode não ser exigida” – o que já sucederia, mesmo ao abrigo do regime geral, para qualquer contrato de preço inferior a € 200.000 (cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 88.º do CCP).

23. Deve notar-se, quanto a estas duas dispensas, que o mencionado n.º 5 do mesmo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, na parte em que autorizava a produção de efeitos logo após a “adjudicação” – e embora só tivesse em vista permitir adiar a publicitação do contrato no Portal dos Contratos Públicos –, acabava por produzir um fortíssimo efeito colateral por permitir que qualquer fase procedimental posterior à adjudicação – incluindo, naturalmente, estas obrigações de habilitação e de prestação da caução – também ficassem adiadas para serem cumpridas já após o início da execução do contrato. Na prática, podia o adjudicatário iniciar o cumprimento das suas prestações contratuais e só depois proceder à apresentação dos documentos de habilitação e à prestação da caução – na prática, podendo, paradoxalmente, esta última vir a ser prejudicada se o contrato fosse de execução instantânea.

Ora, a solução aditada pela Lei n.º 4-A/2020 foi ainda mais impactante: simplesmente autorizou a entidade adjudicante a dispensar estas duas obrigações pós-adjudicatórias. Em todo o caso, tratando-se de uma dispensa, pode sempre a entidade adjudicante continuar a exigí-las. Mas, se o fizer, não precisa de aguardar pelo início da execução do contrato, visto que estas obrigações não constituem condição de eficácia do contrato.

24. Vale a pena sublinhar que, entre as principais obrigações pós-adjudicatórias num procedimento de contratação pública, a lei apenas omitiu qualquer referência a uma dispensa de redução do contrato a escrito.

Contudo, teve bons motivos para fazê-lo. Como se recordará, a alínea c) do n.º 2 do artigo 95.º do CCP já permite dispensar a redução a escrito do clausulado de um contrato público pelo órgão competente para a decisão de contratar, mediante decisão fundamentada, quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, seja necessário dar imediata execução ao contrato. Naturalmente, esses pressupostos para tal decisão são assimilados àqueles que já são impostos para a adopção de um ajuste directo por urgência imperiosa ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

Por isso, o legislador supôs que, se o objecto dos contratos consistir na aquisição de prestações que carecem de execução imediata, também estará preenchida a previsão normativa do CCP que seria aplicável aos casos em que se torna necessário iniciar imediatamente a execução do contrato, não sendo possível aguardar pelo lapso temporal que seria necessário para reduzir o clausulado contratual a escrito.

F) Fiscalização prévia do Tribunal de Contas

25. À luz da estratégia de acelerar a produção de efeitos pelos contratos celebrados em situação de emergência, não seria possível ignorar o impacto que a exigência de obtenção de um visto prévio pelo Tribunal de Contas poderia produzir.

Por isso, logo na versão inicial do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, o legislador preocupou-se com essa fase integrativa da eficácia do contrato, procedendo, no n.º 8 do seu artigo 2.º, ao alargamento do regime previsto no n.º 5 do artigo 45.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, a todos os contratos abrangidos pelo regime excepcional.

Como se sabe, combatendo a tendência de muitas entidades adjudicantes para iniciarem apressadamente a execução dos seus contratos antes da obtenção do visto prévio do Tribunal de Contas – impondo factos consumados que podiam inutilizar a eventual recusa do visto, quando esta viesse depois a ser notificada –, o n.º 4 do artigo 45.º da Lei n.º 98/97 veio a impor uma proibição geral de produção de efeitos, antes da concessão do visto, por actos e contratos de valor superior a € 950.000. Apenas ficavam salvaguardados, nos termos do n.º 5 desse artigo 45.º, os contratos celebrados na sequência de procedimento de ajuste directo por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela

entidade adjudicante, não imputáveis a esta, e apenas quando não pudessem ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei.

Foi justamente esta exceção que o n.º 8 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 alargou: qualquer contrato celebrado ao abrigo deste regime excepcional também poderia produzir efeitos imediatos, independentemente de aguardar pela concessão do visto ou da declaração de conformidade.

Mas a verdade é que, mesmo nessa redacção inicial, o n.º 8 do artigo 2.º já acabava produzindo um efeito mais ambicioso que nem mesmo a Lei n.º 98/97 havia autorizado: é que, desta vez, permitiu-se mesmo a produção imediata dos efeitos financeiros do contrato – isto é, a realização dos pagamentos imediatos ao adjudicatário. E isto, naturalmente, o regime geral da Lei n.º 98/97 nunca permitira: tão-pouco o n.º 1 do seu artigo 45.º o permitia para contratos de valor inferior a € 950.000¹⁸.

26. Porém, já após a declaração do estado de emergência, a Lei n.º 1-A/2020, no mesmo passo em que ratificou as medidas do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, precisou de ir mais longe neste plano. Pelo n.º 1 do seu artigo 6.º, ficaram simplesmente isentos da fiscalização prévia do Tribunal de Contas os contratos abrangidos por esse diploma inicial.

Além disso, ficaram isentos também todos os contratos que, não sendo por ele abrangidos (por se não subsumirem em qualquer dos dois grupos de contratos previstos nos n.ºs 1 e 2 do seu artigo 2.º), fossem celebrados por entidades do sector da saúde alistadas no artigo 7.º do mesmo diploma¹⁹, desde que essa celebração ocorresse durante o período de vigência da Lei n.º 1-A/2020. Desta vez, tratou-se aqui de uma isenção recortada segundo um âmbito *subjectivo*: qualquer contrato celebrado por tais entidades adjudicantes, desde que tal ocorra durante este período de vigência, beneficia dessa isenção. O perfil das entidades adjudicantes em causa, intimamente ligado com actividades decisivas nesta situação

18 Notando este ponto, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., pp. 114-115.

19 Estão em causa os órgãos, organismos, serviços e demais entidades, incluindo o sector público empresarial, integrados no Ministério da Saúde ou sob sua tutela, mas também a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, o Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, o Hospital das Forças Armadas, o Laboratório Militar de Produtos Químicos e Farmacêuticos e o Instituto de Ação Social das Forças Armadas.

de emergência, justifica essa extensão para todo o universo de contratos que elas celebrem, ainda que não subsumidos no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

27. Apesar disso, é claro que o legislador não poderia esquecer o papel fundamental que o Tribunal de Contas precisa de continuar a desempenhar na fiscalização da legalidade financeira, sobretudo num contexto em que a situação de emergência pode aumentar a tentação para promover violações mais graves aos vectores fundamentais do ordenamento.

Por isso, o mesmo n.º 1 do artigo 6.º ressaltou os regimes de fiscalização concomitante e de fiscalização sucessiva previstos na Lei n.º 98/97. Assim, a legalidade financeira destes contratos excepcionais só não é objecto de uma fiscalização prévia que condicione o início da sua execução; mas a fiscalização pode ter lugar logo após esse momento inicial.

Precisamente para assegurar a efectividade do acesso do Tribunal de Contas a esses contratos, o n.º 2 do mesmo artigo 6.º forçou as entidades adjudicantes a procederem à sua remessa para o Tribunal no prazo máximo de 30 dias após a sua celebração.

28. Por sua vez, quanto aos demais contratos que estão efectivamente sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, o legislador teve presente que a regra de suspensão de prazos procedimentais e processuais que foi fixada na legislação de emergência – que seguidamente se abordará – poderia colocar em perigo as exigências mínimas de celeridade na conclusão dos processos que condicionam a eficácia contratual.

Por isso, o n.º 3 do mesmo artigo 6.º determinou que não ficaram suspensos “os prazos relativos a processos de fiscalização prévia pendentes ou que devam ser remetidos ao Tribunal de Contas durante o período de vigência da presente lei”.

Embora tal não decorresse expressamente da redacção aqui adoptada, não poderia deixar de entender-se, no plano de uma interpretação sistemático-teleológica, que o legislador seguramente também pretenderia abranger os prazos inerentes aos recursos que sejam interpostos de decisões de recusa do visto.

G) Medidas excepcionais associadas em matéria de realização de despesa pública

29. Embora fosse no domínio da contratação pública que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 apresentou algumas das suas medidas mais visíveis, essas regras excepcionais de contratação precisaram de ser acompanhadas por autorizações para dispensa de outras obrigações pré-contratuais que poderiam ser incompatíveis com a situação de emergência. Algumas dessas medidas mostraram-se deveras apelativas em face do impacto que produzem na desburocratização do processo aquisitivo.

Assim, para qualquer procedimento de contratação pública abrangido por este diploma:

- i)* Na ausência de pronúncia em contrário, considerou-se tacitamente deferido qualquer pedido de autorização da tutela financeira e sectorial, quando exigível por lei, logo que decorram 24 horas após a remessa, por via eletrónica, à entidade pública com competência para a autorização (alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º);
- ii)* Essa simples remessa foi já considerada como contendo, por mero efeito legal, a fundamentação suficiente para instruir o pedido de autorização (alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º);
- iii)* Também se consideraram tacitamente deferidas as despesas plurianuais que não sejam expressamente indeferidas, no prazo de três dias, após apresentação do pedido de autorização para portaria de extensão de encargos junto do membro do Governo responsável pela área das finanças, desde que o contrato se enquadre numa lista de bens e serviços elegíveis (alínea c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 3.º);
- iv)* O membro do Governo responsável pela área sectorial passou a ser competente para autorizar – embora aqui de forma expressa, não se prevendo um deferimento tácito – as alterações orçamentais que envolvam reforço de verbas, por contrapartida de outras rubricas de despesa efectiva (alínea d) do n.º 1 do artigo 3.º);
- v)* Considerou-se tacitamente deferida, logo que decorridos três dias após a apresentação do respectivo pedido, a descativação de verbas nos casos em que tal seja devidamente justificado para o cumprimento dos objectivos previstos no artigo 1.º do diploma (alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º);

vi) Ficaram ainda dispensadas as habituais autorizações para a aquisição de serviços relativos a estudos, pareceres, projectos e serviços de consultoria, bem como quaisquer trabalhos especializados, as quais foram confiadas à competência do membro do Governo responsável pela área sectorial (artigo 4.º).

30. Num plano paralelo, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 promoveu uma importante flexibilização da competência para autorizar a celebração de contratos de aquisição de serviços pelas entidades do sector público administrativo e empresarial da área da Saúde e por entidades, que embora sob outra tutela, exercem certas competências que incidem sobre os domínios deste diploma. Nestes casos, a autorização compete ao dirigente máximo ou órgão máximo de gestão, bastando a comunicação posterior aos membros do Governo responsáveis pela tutela.

Esta solução foi estabelecida em benefício de qualquer órgão ou serviço integrado no Ministério da Saúde (Administração directa do Estado) ou de outro instituto ou entidade empresarial sob a sua tutela (Administração indirecta, como a SPMS ou os Hospitais sob forma de entidade pública empresarial). E, fora da tutela do Ministério da Saúde, foi estabelecida também em benefício da Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, do Hospital das Forças Armadas, do Laboratório Militar de Produtos Químicos e Farmacêuticos e do Instituto de Acção Social das Forças Armadas.

Estas medidas completaram as restantes soluções do Capítulo III do mesmo diploma para flexibilização da contratação de recursos humanos, da realização de trabalho extraordinário ou suplementar e da composição de juntas médicas (artigos 5.º, 6.º e 8.º).

31. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de Março, no mesmo passo em que clarificou o âmbito subjectivo de aplicação do regime excepcional de contratação pública, também conferiu uma habilitação excepcional, pelo seu artigo 2.º, para autorização de despesa à Direcção-Geral da Saúde e à Administração Central do Sistema de Saúde, para o reforço de equipamentos, bens e serviços necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção, tendo como único limite de valor a respectiva dotação orçamental e os

correspondentes reforços orçamentais autorizados pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde.

Essa flexibilização revelou-se indispensável para que aqueles serviços responsáveis pela obtenção de utilidades em matéria de saúde recebessem a autonomia decisória suficiente para evitar a demora inerente a uma autorização ministerial que, por mais rápida que surgisse, poderia atrasar o processo aquisitivo durante o número de dias suficiente para causar a perda de vidas.

H) Suspensão de prazos de procedimentos de contratação pública

32. É sabido, porém, que uma das medidas mais impactantes – mas também mais polémicas – desse regime excepcional incidiu sobre o decurso dos prazos dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais – o que, de forma colateral, viria a afectar a correcta tramitação dos próprios procedimentos de contratação pública.

Com efeito, é claro que o esforço envolvido em acelerar os procedimentos de formação de contratos necessários para acorrer às situações de emergência precisava de ser compatibilizado com um outro interesse público fundamental que reclamava a adopção de medidas em sentido oposto: o interesse em reduzir ao mínimo os contactos sociais, para evitar a disseminação do vírus, o que dependia de condicionar fortemente o exercício da actividade no mercado.

É que, apesar de se saber que boa parte da actividade contratual das entidades adjudicantes decorre agora em plataforma electrónica e não exige deslocações físicas para a interacção com os operadores económicos (cfr. artigo 62.º do CCP), dificilmente se acreditaria que a maioria dos interessados em contratar pudesse dispensar em absoluto a realização de contactos pessoais para preparação de todos os actos de que depende a participação num procedimento. Sabia-se, portanto, que cada procedimento de contratação pública que fosse iniciado ou mantido em curso representaria um estímulo para desobedecer às directrizes de redução de contactos sociais.

Esta preocupação conduziu que se incluísse na Lei n.º 1-A/2020 uma disposição que determinou a suspensão dos “*prazos administrativos e tributários que*

corram a favor dos particulares” (cfr. alínea c) do n.º 6 do artigo 7.º)²⁰. Embora o n.º 7 do mesmo artigo ainda tivesse o ensejo de densificar quais os “prazos tributários” que estariam ou não afectados pela suspensão, não se realizou qualquer esclarecimento adicional quanto aos “prazos administrativos”.

É claro que esta redacção enigmática empurrou os operadores jurídicos para uma situação de verdadeiro caos interpretativo e aplicativo, que se viram confrontados com interpretações opostas quanto às questões de saber (i) se a intenção legislativa seria realmente a de suspender os prazos de alguns ou de todos os procedimentos de contratação pública; (ii) se todos os prazos estariam suspensos ou se apenas estariam suspensos aqueles que fossem estabelecidos “em favor dos particulares” (o mesmo é dizer: tratava-se da dúvida de saber se este segmento normativo dizia respeito apenas aos prazos tributários ou também aos prazos administrativos); (iii) em caso afirmativo, como identificar um prazo favorável aos particulares; (iv) em caso negativo (isto é, admitindo que ficariam todos os prazos administrativos suspensos, e não apenas os favoráveis aos particulares), se e como poderia o particular colaborar com a Administração para evitar essa suspensão.

Porém, mesmo abstraindo dessa dificuldade interpretativa, mais problemática foi a circunstância de essa redacção ter tornado manifesto que o legislador português não tinha conseguido atingir o ponto de equilíbrio na formulação de medidas de suspensão da actividade económica. Com efeito, se é verdade que o legislador mantinha a preocupação de reduzir ao mínimo os contactos sociais para evitar a disseminação do vírus – o que dependia de condicionar fortemente o exercício da actividade no mercado –, a Lei n.º 1-A/2020 não soube salvaguardar os âmbitos da actividade contratual que não poderiam ser suspensos nem mesmo

20 Em rigor, a conclusão quanto à intenção legislativa apontar para uma suspensão de prazos procedimentais também dependia, até mesmo ela, de um complexo processo interpretativo, visto que o legislador apenas se referia, nessa versão inicial da lei, à aplicação do regime das férias judiciais – regime esse que, por natureza, é justamente inaplicável a procedimentos administrativos (cfr. artigo 87.º do Código do Procedimento Administrativo). Só no contexto sistemático do diploma se podia discernir estar em causa uma verdadeira suspensão de prazos, tal como a Lei n.º 4-A/2020 viria depois a confirmar. Sobre esta dificuldade interpretativa, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., p. 63.

nos momentos mais críticos da pandemia, sob pena de ruptura no funcionamento da Administração Pública²¹.

Aliás, foi paradoxal observar que a Lei n.º 1-A/2020, não obstante se propor ratificar as medidas excepcionais aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, não teve sequer a clarividência suficiente para recordar o intérprete de que a suspensão geral dos prazos administrativos não prejudicaria o decurso dos procedimentos excepcionais que eram precisamente habilitados pelo mesmo diploma.

Mas, admitindo que essa conclusão quanto à salvaguarda daqueles procedimentos excepcionais poderia, pelo menos, ser extraída no quadro de uma interpretação sistemática, o ponto crucial consistiu em se não discernir sequer a premência de manter em funcionamento certos âmbitos da actividade contratual da Administração, quando incidissem sobre a obtenção de bens, serviços e obras essenciais para o funcionamento dos serviços públicos. Com efeito, na maioria dos casos, os procedimentos para aquisição dessas prestações essenciais não poderiam beneficiar das medidas excepcionais que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 reservou unicamente para o combate à pandemia.

33. Foi à luz dessa falha que, poucos dias depois, o legislador precisou de intervir novamente para aprovar a Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, que recuou na sua posição inicial e afastou os procedimentos de contratação pública da regra geral de suspensão de prazos procedimentais.

Nos termos previstos no n.º 2 do seu artigo 7.º-A, “a suspensão dos prazos administrativos previstos na alínea c) do n.º 9 do artigo anterior não é aplicável aos prazos relativos a procedimentos de contratação pública, designadamente os constantes do Código dos Contratos Públicos”.

21 Algo que o legislador espanhol conseguiu evitar, com a solução equilibrada adoptada pelo Real Decreto 463/2020, de 14 de Março, cuja Disposição Adicional Terceira previu a suspensão dos prazos dos procedimentos administrativos (o que incluiria procedimentos pré-contratuais), mas permitindo que cada entidade adjudicante aprovasse, em cada caso, resoluções fundamentadas para manter medidas necessárias a evitar prejuízos graves na esfera dos particulares interessados (consoante a concordância destes) ou, já sem depender dos interessados, ressaltando os procedimentos relevantes para as necessidades aquisitivas inerentes à situação emergencial.

Por esta via, clarificou-se, *para o futuro*, qualquer dúvida interpretativa acerca do decurso dos prazos procedimentais na contratação pública: *a suspensão não se mantém* e tais prazos podem voltar a correr normalmente²².

34. Todavia, é claro que esta nova solução – em sentido rigorosamente oposto à anterior – criou *dois novos problemas* que os operadores jurídicos teriam de resolver imediatamente.

Num primeiro plano, no que diz respeito ao regime a vigorar *para o futuro*, a solução adoptada incorre num extremo oposto àquele em que caiu a Lei n.º 1-A/2020, provocando a situação que precisamente se pretendia evitar com a aprovação desse primeiro diploma: fazer reiniciar os contactos interpessoais e sociais entre os serviços dos operadores económicos que, a partir de então, se descobriram novamente forçados a responder aos prazos dos procedimentos pré-contratuais.

Num segundo plano, quanto ao regime que aplicou para o período anterior, tornou-se clara a intenção legislativa de consolidação do regime de suspensão de prazos procedimentais aplicável antes da entrada em vigor da Lei n.º 4-A/2020. Com efeito, o mesmo artigo 7.º-A também incluiu um n.º 3 que previu que “os prazos procedimentais no âmbito do Código dos Contratos Públicos que estiveram suspensos por força dos artigos 7.º e 10.º da presente lei, na sua redacção inicial, retomam a sua contagem na data da entrada em vigor da Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril”.

Com essa redacção, o legislador admitiu que:

- i) Entre as dúvidas que se suscitaram com a Lei n.º 1-A/2020, a interpretação normativa correcta será a de que os prazos dos procedimentos de contratação pública *chegaram a estar efectivamente suspensos*;

²² Também neste sentido interpretativo, cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA / MARCO CALDEIRA / TIAGO SERRÃO, *Direito...*, cit., pp. 66-67.

- ii) Além disso, o legislador pretendeu que essa suspensão *seja rigorosamente mantida* até à entrada em vigor da Lei n.º 4-A/2020 – que é fixada pelo seu artigo 7.º no dia seguinte ao da sua publicação, isto é, 7 de abril de 2020²³ –;
- iii) Em consequência, independentemente de qual tenha sido a opinião (previsivelmente divergente) adoptada por cada entidade adjudicante em Portugal, *os prazos dos procedimentos de contratação pública não podem ter corrido até ao dia 7 de abril de 2020* (na prática, ficando suspensos durante 29 dias, entre 9 de Março e 6 de Abril de 2020)²⁴;
- iv) Os operadores económicos não podem ter ficado prejudicados por não terem praticado qualquer acto procedimental durante esse período;
- v) Em todo o caso, do ponto de vista do *mérito legislativo*, veio o legislador reconhecer que essa solução não será feliz, porque só assim se explicará esta retratação legislativa e a aprovação da solução rigorosamente oposta à anterior, terminando a suspensão dos prazos procedimentais²⁵.

I) Regime excepcionalíssimo de ajuste directo simplificado e ratificação de anteriores contratos celebrados em estado de necessidade administrativa

35. O complexo normativo de medidas excepcionais de contratação pública dirigidas à obtenção mais rápida de prestações contratuais viria, todavia, a ser completado pelo regime mais ambicioso de aceleração e desformalização

23 Insista-se em que este n.º 3 do artigo 7.º-A escolhe como termo da suspensão o dia da entrada em vigor da Lei n.º 4-A/2020, e não qualquer das datas que o seu artigo 6.º fixou para a sua “produção de efeitos”. E isto porque essas datas são fixadas por referência ao início da produção de efeitos dos próprios diplomas de Março, o que implicaria que, afinal, a suspensão teria terminado logo no exato momento em que se supunha ter começado, conduzindo a que, por absurdo, os prazos procedimentais nunca tivessem estado efectivamente suspensos. É óbvio que a redacção escolhida para o n.º 3 do novo artigo 7.º-A esclareceu que a intenção legislativa era a de salvaguardar o período de suspensão já decorrido, determinando que o termo da suspensão apenas decorra para o futuro.

24 O artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 previu que “o presente decreto-lei produz efeitos no dia da sua aprovação”, tendo sido aprovado em 12 de Março. No entanto, a Lei n.º 4-A/2020 fixou no seu artigo 5.º uma norma interpretativa, considerando “a data de 9 de março de 2020 [...] como a data de início de produção de efeitos das disposições do artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020”).

25 Esta solução que determina a suspensão dos prazos procedimentais durante 29 dias, com o seu reinício em 7 de Abril, não é afectada pelo novo regime aprovado pela Lei n.º 16/2020, de 29 de Maio, que pretendeu proceder a um esclarecimento adicional quanto ao exacto momento em que terminaria a suspensão dos prazos procedimentais, a qual não teria ficado totalmente cristalina no espírito de muitos intérpretes. Mas o artigo 8.º do novo diploma evitou a revogação do n.º 3 do artigo 7.º-A da Lei n.º 1-A/2020, o que implica que o regime de reinício da contagem dos prazos dos procedimentos administrativos em geral não é aplicável aos procedimentos de contratação pública.

procedimental que a legislação portuguesa alguma vez terá conhecido. Mas, sublinhe-se, essa solução radical não decorreu de um qualquer aventureirismo ou irresponsabilidade legislativa, antes constituindo a resposta necessária a uma situação extrema que algumas entidades adjudicantes na área da saúde precisaram de enfrentar.

Com efeito, estava em causa a aquisição de bens, equipamentos e materiais de saúde – como ventiladores – cujos fornecedores simplesmente não estão dispostos a obedecer às regras procedimentais fixadas na legislação portuguesa de contratação pública, ainda que porventura reduzida ao procedimento mais flexível de ajuste directo. Nalguns casos, a entidade adjudicante descobriu que o fornecedor não iria respeitar as formalidades próprias de qualquer procedimento (v.g., redacção de documentos em língua portuguesa), que pretendia alterar supervenientemente as espécies ou quantidades de bens ou equipamentos previamente acordadas ou que exigia, no próprio acto da entrega, uma alteração superveniente de preço que desrespeitaria as regras gerais de estabilidade contratual inerentes a qualquer sistema concorrencial de contratação pública.

Obviamente, numa aquisição comum, a entidade adjudicante poderia simplesmente reagir recusando a contratação e excluindo qualquer proposta que fosse apresentada por um fornecedor em preterição da legalidade vigente. Mas, nesta situação de emergência, é a entidade adjudicante que surge, em condições de igualdade com qualquer particular, como mera cliente de um fornecedor internacional que impõe as regras de comportamento daquele sector de mercado. A dimensão desses fornecedores internacionais, a total falta de competição para a obtenção dos bens em causa e a urgência com que a entidade adjudicante precisa de adquirir os bens inverteram a lógica inerente ao regime de formação de contratos públicos. Neste caso, o fornecedor é que passou a reter todo o poder negocial, deixando a entidade adjudicante totalmente dependente da vontade negocial do primeiro.

36. Ora, é claro que, para estes casos, nenhuma das duas soluções de recurso ao ajuste directo previstas no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 poderia responder a esta necessidade aquisitiva.

Por um lado, o recurso ao ajuste directo simplificado – que efectivamente teria o mérito de dispensar a generalidade das formalidades que a entidade adjudicante não consegue ver cumpridas pelo fornecedor – encontrava-se limitado a um montante quantitativo de € 20.000 que seria obviamente inútil para a dimensão das aquisições a realizar.

Por outro lado, a solução que mais facilmente permitiria a aquisição de bens de valor mais elevado, consistindo no recurso à cláusula de *adopção do ajuste directo por motivos de urgência imperiosa para contratos de qualquer valor*, tão-pouco se mostraria útil, porque o problema da entidade adjudicante não residia na mera necessidade de substituição do concurso público pelo ajuste directo. É que a dificuldade não consiste na mera inexistência de concorrência (e no tipo de procedimento a adoptar), mas sim no facto de o fornecedor simplesmente não estar disposto a cumprir quaisquer regras do sistema de contratação pública – nem mesmo aquelas que poderiam resultar de um procedimento de ajuste directo comum.

37. Assim sendo, a satisfação destas necessidades aquisitivas só poderia consistir na *criação de uma terceira solução legislativa*, que fosse aditada às duas que já constam do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e que oferecesse ao decisor público a agilidade suficiente para **responder e acompanhar a todo o momento qualquer exigência que um fornecedor dotado de um poder exorbitante lhe formulasse.**

Uma hipótese para esse efeito – como já se havia proposto noutro local – podia consistir no alargamento do *regime de contratação excluída*, promovendo o afastamento de qualquer regra procedimental de contratação pública, fazendo a cláusula constante do n.º 1 do artigo 5.º do CCP abranger este tipo de casos extremos²⁶.

A hipótese alternativa – e que o legislador efectivamente adoptou – consistiu na permissão do *recurso ao regime simplificado do ajuste directo*, mas para valores tão *elevados* quanto seja necessário para responder ao preço dos equipamentos que se pretende adquirir.

26 Já com esta proposta, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, “CCP e Constituição: Problemas na Aplicabilidade de Procedimentos de Contratação Pública à luz da Constituição Portuguesa”, in PEDRO F. SÁNCHEZ / LUÍS ALVES (coord.), *A Constituição e a Administração Pública*, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 52-63.

Só esse regime simplificado, com efeito, podia, sem precisar de incorrer num verdadeiro regime de contratação excluída mas aproximando-se desse regime tanto quanto possível, habilitar a entidade adjudicante a contratar directamente junto de um fornecedor que detém todo o poder negocial no mercado, autorizando que ele fique dispensado do cumprimento de qualquer tipo de formalidades previstas na Parte II do CCP e, se necessário, sendo capaz de dar resposta a qualquer exigência de última hora que o fornecedor lhe faça para alterar preços, quantidades ou outros elementos essenciais da contratação.

38. Porém, era claro que essa nova habilitação legislativa teria de ser prevista em termos muito cautelosos, de modo a delimitar rigorosamente o objecto das aquisições que beneficiarão desse regime excepcional.

É que, insista-se, esta regra constituía a mais séria restrição que se pode conceber aos valores basilares do sistema de contratação pública – porquanto ela vinha dispensar qualquer tipo de formalidades procedimentais na preparação de contratos de valor consideravelmente elevado. Dir-se-ia que esta representa uma regra excepcionalíssima no contexto de um diploma que, só por si, já teria um impacto excepcional no sistema de contratação pública.

Por isso, num sistema jurídico que acolhe na própria Constituição a obrigação de promoção da concorrência (cfr. alínea f) do artigo 81.º, alínea a) do artigo 99.º e alínea c) do artigo 100.º da Constituição Portuguesa)²⁷, ela só podia ser admitida se fosse acompanhada de uma clara delimitação do seu âmbito objectivo (objecto das aquisições) e do seu âmbito subjectivo (entidades adjudicantes beneficiárias) que se mostrasse compatível com o *princípio da proporcionalidade*, além de ser rodeada por fortes cautelas de transparência e publicidade.

Com efeito, essa violenta compressão da concorrência só é aceitável na medida em que se permita demonstrar que ela é levada apenas até ao ponto estritamente necessário ou indispensável para a resposta a esta aquisição de emergência, em virtude de se não vislumbrar qualquer outro meio menos restritivo ou lesivo para assegurar aquela satisfação com o mesmo grau de eficácia.

27 Cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, “CCP e Constituição...”, cit., pp. 36-37.

a) Assim, para assegurar esse crivo de proporcionalidade, o Decreto-Lei n.º 18/2020, de 23 de Abril, aditou um novo artigo 2.º-A ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, prevendo um regime simplificado de ajuste directo sem limite de valor, apenas encontrando o próprio limite do cabimento orçamental.

O seu âmbito *objectivo* (objecto contratual) foi reduzido à “aquisição de equipamentos, bens e serviços necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infecção por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, ou com estas relacionados”, numa lista que inclui – embora neles se não esgote, tendo em conta o uso do advérbio “designadamente” – aqueles bens que são descritos nas alíneas do n.º 1 do mesmo artigo 2.º-A: equipamentos de protecção individual; bens necessários à realização de testes à COVID-19; equipamentos e material para unidades de cuidados intensivos; medicamentos, incluindo gases medicinais; e outros dispositivos médicos. A estes bens foram aditados os serviços de logística e transporte, incluindo aéreo, relacionados com as aquisições, a título oneroso ou gratuito, daqueles bens, além dos serviços relativos à sua distribuição a entidades sob tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde ou a outras entidades públicas ou de interesse público às quais se destinem.

b) Quanto ao seu âmbito *subjectivo*, salvo no tocante a estes últimos serviços (que poderiam ser obtidos por qualquer entidade adjudicante²⁸), este regime excepcionalíssimo apenas poderia ser invocado pela Direcção-Geral da Saúde, pela Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., pelo Instituto Nacional de Saúde de Dr. Ricardo Jorge, I. P., e pela Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E. (SPMS), relativamente a bens que se destinariam a entidades sob tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde.

Esta redução do âmbito subjectivo – distinguindo-se do âmbito alargado que é aplicável a qualquer outra medida prevista no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, em benefício de qualquer entidade adjudicante prevista no artigo 2.º do CCP – evita uma violação do princípio da proporcionalidade que dificilmente teria sido evitada se porventura se procedesse à autorização de recurso a um ajuste directo

28 Teve-se em mente os diversos casos em que entidades privadas tomaram a iniciativa de dispensar bens ou equipamentos decisivos para as entidades adjudicantes nesta situação de emergência, sob a condição de que ficasse por conta destas o respectivo transporte ou distribuição. Não faria sentido que as entidades beneficiárias ficassem impedidas de aproveitar essas ofertas por não poderem rapidamente adquirir os serviços necessários para recebê-las.

simplificado para contratos sem limite de valor em benefício de *qualquer* entidade adjudicante portuguesa.

c) Por sua vez, no plano do influxo do Direito Europeu, tão-pouco se pode ignorar que os montantes envolvidos nestas aquisições seriam suficientemente elevados para desencadear a aplicação das Directivas Europeias de Contratação Pública. Por isso, esta cláusula excepcional especificou que a autorização para utilização do regime simplificado do ajuste directo seria reduzida aos casos em que já fosse aplicável o disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Quando não pudesse ser aplicada a cláusula prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, tão-pouco este regime simplificado poderia ser aproveitado.

Daí que – até de forma redundante, mas para evitar qualquer perigo de aproveitamento de uma lacuna na lei para violação do princípio da proporcionalidade – o n.º 3 do artigo 2.º-A tenha reiterado que esta cláusula apenas seria invocável quando as “circunstâncias invocadas para fundamentar a urgência imperiosa” não fossem, “em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”.

Por outras palavras, essa autorização só poderia ser aplicável aos casos em que se verifique uma situação de urgência imperiosa motivada por acontecimentos imprevisíveis e imputáveis à entidade adjudicante, sendo esse regime adoptado na medida do estritamente necessário para acorrer à necessidade aquisitiva criada. Só dessa forma se assegurou o respeito pelos limites da cláusula de dispensa da concorrência prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 32.º da Directiva 2014/24.

Significa isto que este ajuste directo continua a ser adoptado *ao abrigo de um critério material*, mas distinguindo-se dos demais em virtude de a entidade adjudicante não precisar de cumprir as formalidades inerentes a um ajuste directo comum – as formalidades que o fornecedor jamais aceitaria cumprir.

d) Num quarto plano, o legislador sentiu a necessidade de reforçar as cautelas de *transparência e publicidade* envolvidas numa tão significativa derrogação dos princípios gerais da contratação pública.

Por esse motivo, o n.º 5 desse artigo 2.º-A impôs que “as adjudicações feitas ao abrigo do regime simplificado previsto no presente artigo são comunicadas pelas entidades adjudicantes aos membros do Governo responsáveis pelas áreas

das finanças e da saúde”. Além disso, clarificando as mencionadas dúvidas acerca dos deveres de publicitação aplicáveis ao regime simplificado de ajuste directo previsto no n.º 2 do artigo 2.º, confirmou-se que, neste caso, as adjudicações têm necessariamente de ser “publicitadas no portal dos contratos públicos”, mas incluindo aqui a própria “fundamentação para a adopção deste procedimento”.

Isto implica que a regra geral de publicitação dos contratos a que se refere o artigo 127.º do CCP ficou aqui substituída por uma regra específica de publicitação das adjudicações, a qual tem de incluir a fundamentação para a adopção deste regime excepcional. Portanto, embora seja dispensada a publicitação como condição de eficácia do contrato, fica a entidade adjudicante ainda sujeita a uma publicitação alternativa como medida de publicidade e transparência.

A par dela, o n.º 6 do mesmo artigo 2.º-A obriga todas as entidades adjudicantes beneficiárias deste regime a elaborarem um relatório conjunto, até 60 dias após o período de vigência do decreto-lei, “sobre todas as adjudicações e respectiva fundamentação e circunstancialismo, designadamente justificando a impossibilidade ou grave inconveniência do recurso a outro tipo de procedimento”, o qual é publicado no sítio electrónico da SPMS.

e) Para assegurar que esta contratação mais acelerada não ficaria obstaculizada por exigências adicionais inerentes ao regime de contratação pública e ao regime de realização da despesa pública, o artigo 2.º-A aditado pelo Decreto-Lei n.º 18/2020 reiterou *quatro regras flexibilizadoras* já contidas nos diplomas anteriores:

- i) Voltaram a ser afastados os impedimentos à contratação por ajuste directo previstos nos n.ºs 2 e 5 do artigo 113.º do CCP, referentes à contratação reiterada do mesmo operador económico ou à contratação de quem realizou prestações gratuitas em favor da entidade adjudicante, no espaço de três anos económicos (cfr. n.º 3 do artigo 2.º *ex vi* n.º 4 do artigo 2.º-A, ambos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020);
- ii) Voltou a ser derogada a preferência pelo convite a mais do que um operador económico constante do artigo 27.º-A do CCP, tornando totalmente permissível à entidade adjudicante a contratação directa de qualquer operador pre-determinado (cfr. os mesmos n.º 3 do artigo 2.º e n.º 4 do artigo 2.º-A);

- iii) Voltaram a ser derogados os limites fixados pelo artigo 292.º do CCP à realização de adiantamentos do preço pela entidade adjudicante (cfr. n.º 6 do artigo 2.º *ex vi* n.º 4 do artigo 2.º-A);
- iv) Foi replicada a habilitação excepcional para autorização autónoma de despesa pela Direcção-Geral da Saúde e pela Administração Central do Sistema de Saúde, com o único limite de valor da respectiva dotação orçamental e dos correspondentes reforços orçamentais autorizados pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde (cfr. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-E/2020 *ex vi* n.º 8 do artigo 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020).

Mas, por último, o legislador deste regime excepcionalíssimo constante do Decreto-Lei n.º 18/2020 não ignorou que, antes mesmo da sua aprovação, diversas entidades adjudicantes na área da saúde já haviam precisado de lançar mão desta contratualização totalmente desformalizada para responder às exigências de fornecedores de bens e equipamentos de saúde que alteravam a todo o tempo as condições contratuais previamente acordadas. A aceitação dessas condições leoninas (mas inevitáveis à luz dos bens jurídicos fundamentais da vida e da integridade física dos cidadãos) pelas entidades adjudicantes ocorreu, porém, no âmbito de um procedimento informal que se encontrava desprovido de correspondência com qualquer tipo procedimental previsto na legislação de contratação pública, num momento em que ainda se não dispunha de fundamento legal para o efeito.

Os decisores públicos tiveram de actuar, pois, unicamente ao abrigo da cláusula do *estado de necessidade* prevista no n.º 2 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo.

Tendo isso em mente, o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 18/2020 procedeu a uma verdadeira *ratificação legal* dos procedimentos realizados ao abrigo do estado de necessidade, oferecendo-lhes uma cobertura legal para solidificar a sua segurança jurídica. Nos termos desse preceito, “os procedimentos promovidos antes da publicação do presente decreto-lei que não tenham observado, no todo ou em parte, o regime previsto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, consideram-se realizados, para todos os efeitos, ao abrigo do regime previsto no artigo 2.º-A do mesmo decreto-lei, na redacção dada pelo presente decreto-lei”.

Na prática, isto implica que os decisores que actuaram ao abrigo da cláusula de estado de necessidade podem ver os seus procedimentos supervenientemente cobertos pelo regime previsto no artigo 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Contudo, o recurso a esse regime depende, justamente, das medidas de publicitação e de transparência agora mencionadas e descritas nos n.ºs 5 e 6 desse artigo 2.º-A.

Assim sendo, no tocante aos contratos celebrados antes da publicação do Decreto-Lei n.º 18/2020, as entidades adjudicantes precisam de obedecer às mesmas medidas de publicitação e transparência que serão aplicáveis aos contratos já celebrados ao abrigo do regime entretanto aprovado por esse diploma. Isso inclui:

- i)* A referência na adjudicação – como menção incluída sobre a própria factura ou documento equivalente ou, em alternativa, como ofício autónomo que a acompanha – à justificação sintética da “impossibilidade ou grave inconveniência do recurso a outro tipo de procedimento”;
- ii)* A comunicação desses contratos aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde;
- iii)* A publicitação, no Portal dos Contratos Públicos, da factura ou do documento equivalente sobre o qual tenha incidido o acto de adjudicação;
- iv)* A sua integração numa compilação que dará origem ao relatório a que se refere o n.º 6 do artigo 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

COVID-19 E O (IR)REGULAR FUNCIONAMENTO DAS SOCIEDADES

Prof. Doutor Jorge Coutinho de Abreu

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto

(Sumário)¹

1. Centrarei esta breve comunicação em duas normas prescrevendo medidas excepcionais e temporárias, neste tempo de exceção, relativamente ao funcionamento orgânico das sociedades.

— Uma é a do art. 18º do DL 10-A/2020, de 13 de março, sobre prazos para a realização de assembleias gerais.

— A outra é a do art. 5º, 1, associado ao art. 9º, 1, da L 1-A/2020, de 19 de março, sobre a participação por meios telemáticos em órgãos colegiais (também) de sociedades.

2. Começando pelo art. 18º do DL 10-A/2020: «As assembleias gerais das sociedades comerciais, das associações ou das cooperativas que devam ter lugar por imposição legal ou estatutária podem ser realizadas até 30 de junho de 2020.» O preceito é aplicável:

— Às assembleias gerais (ainda não realizadas) que deviam realizar-se depois de 14 de março (data da entrada em vigor do DL);

— Por imposição legal: do CSC (Código das Sociedades Comerciais) para as sociedades comerciais e civis de tipo comercial (*infra*, nº 3), ou do Código Cooperativo (art. 34º, 2: uma das duas assembleias gerais ordinárias das cooperativas

¹ Seguirei de perto a exposição feita, em jeito de sumário desenvolvido, no webinar de 4/5/2020.

deve reunir-se até 31 de março de cada ano para apreciar e deliberar sobre os documentos de prestação de contas);

— Ou por imposição estatutária: vale primordialmente para as associações de regime geral (Código Civil, art. 173º, 1: «A assembleia geral deve ser convocada pela administração nas circunstâncias fixadas pelos estatutos e, em qualquer caso, uma vez em cada ano para aprovação do balanço.»).

3. Assembleias gerais das sociedades realizáveis «por imposição legal» — por imposição do CSC:

(i) Assembleia geral anual (assim designada na epígrafe do art. 376º) para, designadamente, se deliberar sobre o relatório de gestão e as contas e a aplicação dos resultados e, se for caso disso, eleger ou destituir membros dos órgãos sociais;

(ii) Assembleia geral convocada («de imediato» pelos gerentes, ou pelo presidente da mesa da assembleia geral, solicitado «prontamente» pelos administradores) quando se verifique «perda de metade do capital» (art. 35º).

Importa tratar aqui da assembleia geral anual.

4. Segundo o CSC (arts. 65º, 5, 376º, 1), a assembleia geral anual deve realizar-se no prazo de três ou (quando a sociedade apresente contas consolidadas ou aplique o método da equivalência patrimonial) cinco meses depois do encerramento do exercício. Porque em regra o exercício social coincide com o ano civil, as assembleias gerais anuais relativas ao exercício de 2019 deviam realizar-se até 31 de março ou 31 de maio de 2020, respetivamente.

Em caso de não cumprimento desses prazos, várias consequências poderiam acontecer: por exemplo, responsabilidade civil para com os sócios de administradores (art. 79º) e/ou do presidente da mesa da assembleia (se a falta ou mora da convocatória lhe fosse imputável); aplicação de coima aos administradores que, por causa da não apresentação atempada dos documentos de prestação de contas, impossibilitaram a observância daqueles prazos (art. 528º, 1); punição com multa dos gerentes ou do presidente da mesa da assembleia que não convocaram em tempo devido a assembleia (art. 515º).

5. Estas (e outras) consequências não se verificarão no ano corrente, exatamente por efeito do citado art. 18º do DL 10-A/2020: a assembleia geral anual pode realizar-se até 30 de junho de 2020.

Esta possibilidade ficou aberta, inclusive, para a assembleia que havia sido já convocada para data até 31 de março ou 31 de maio: quem convocou podia, por forma idêntica à usada para a convocatória, revogar a convocação antes da data fixada para a reunião ou modificá-la até (em regra) cinco ou dez dias antes da data da assembleia (art. 378º, 3, por analogia).

6. Entretanto, mantêm-se os prazos estabelecidos no CSC para a elaboração-disponibilização do relatório de gestão e contas (incluindo a proposta de aplicação de resultados) pelo órgão de administração?

— Resulta do art. 263º, 1 (para as sociedades por quotas) e do art. 289º, 1, e) (para as sociedades anónimas) que pelo menos durante os 15 dias anteriores à data da assembleia geral anual devem os documentos de prestação de contas ser facultados à consulta dos sócios.

— E resulta dos arts. 451º, s. (para as sociedades por ações) que o órgão de administração deve apresentar os documentos de prestação de contas aos órgãos de fiscalização até 30 dias antes da data da assembleia geral anual (antes, portanto, de serem facultadas à consulta dos sócios).

— Por aqui se vê — e também pelo art. 376º, 2 e 3 (é dever do órgão de administração solicitar ao presidente da mesa a convocação da assembleia para que se delibere sobre o relatório de gestão e as contas) — a estreita correlação entre a elaboração do relatório e contas, por um lado, e a data da assembleia geral anual, por outro.

— Portanto, se a assembleia anual é convocada, de acordo com o art. 18º do DL 10-A/2020, para depois de 31 de março ou 31 de maio, é a data desta assembleia que serve de referência para os prazos previstos no CSC a respeito da elaboração-disponibilização dos documentos de prestação de contas.²

— E é razoável, na atual conjuntura excepcional, que assim seja: pense-se, por exemplo, no confinamento de pessoal do departamento administrativo ou financeiro das sociedades, na necessidade de atender aos novos dados para se indicar no relatório de gestão os «factos relevantes ocorridos após o termo do exercício» e a «evolução previsível da sociedade» (art. 66º, 5, b) e c)), ou para se propor critério diferente do habitual quanto à distribuição de lucros.

2 Porém, algumas sociedades por ações (as cotadas, designadamente) devem divulgar os documentos de prestação de contas anuais no prazo de quatro meses depois de encerrado o exercício, mesmo que ainda não tenham sido submetidos à apreciação da assembleia geral (art. 245º, 1, do Código dos Valores Mobiliários).

7. Volvendo às deliberações dos sócios, discurso outro deverá fazer-se a propósito de assembleias gerais que não têm de realizar-se «por imposição legal».

— A título exemplificativo, olhemos para os arts. 225º, 2 (amortização ou aquisição de quota de sócio falecido efetivadas nos 90 dias subsequentes ao conhecimento da morte por algum dos gerentes, sob pena de ela ser transmitida para os sucessores), 230º, 4 (se a sociedade não tomar a deliberação sobre o pedido de consentimento para cessão de quota nos 60 dias seguintes à receção do pedido, a eficácia da cessão deixa de depender dele), 242º, 3 (nos 30 dias posteriores ao trânsito em julgado da sentença de exclusão de sócio, deve a sociedade amortizar a quota dele, adquiri-la ou fazê-la adquirir, sob pena de a exclusão ficar sem efeito), 347º, 6 (a amortização de ações permitida estatutariamente deve ser deliberada, sob pena de caducidade, no prazo estipulado nos estatutos ou, nada dizendo estes a respeito, no prazo de seis meses a contar da ocorrência do facto que fundamenta a amortização), 489º, 2 e 3 (convocação da assembleia geral da sociedade dominante nos seis meses seguintes à aquisição do domínio total para a constituição da relação de grupo).

— Em casos tais, há que respeitar os prazos para a deliberação, sob pena de as consequências respetivas se terem por verificadas (transmissão da quota para os sucessores, cessão livre da quota, não exclusão do sócio, não amortização das ações porque extemporânea, constituição da relação de grupo).

O DL 10-A/2020 não possibilita que todo e qualquer procedimento deliberativo seja adiado. Tendo também em conta as várias formas de deliberação (deliberações em assembleia, inclusive total ou parcialmente virtual, deliberações unânimes por escrito, deliberações por voto escrito nas sociedades por quotas), a Covid-19 não justifica um adiamento sistemático das deliberações (ainda que só até 30 de junho).³

8. Passemos à L 1-A/2020, de 19 de março. Que diz no art. 5º, 1: «A participação por meios telemáticos, designadamente vídeo ou teleconferência de membros de órgãos colegiais de entidades públicas ou privadas nas respetivas reuniões, não obsta ao regular funcionamento do órgão, designadamente no que respeita a quórum e a deliberações, devendo, contudo, ficar registado na respetiva ata a forma de participação.»

3 Contudo, será razoável que uma sociedade efetivamente impedida de deliberar por causa da pandemia possa ainda fazê-lo logo que as circunstâncias o permitam.

A norma é também aplicável, logo se vê, aos órgãos plurais societários que funcionem de modo colegial, isto é, adotando deliberações em reuniões dos respectivos membros (em colégio ou conselho).

Aplica-se, portanto, às assembleias gerais (reuniões do órgão coletividade dos sócios) e às reuniões dos órgãos de administração e de fiscalização.

Mas a possibilidade de participação por via telemática resultava já, como regra, do CSC: art. 377º, 6, b) (e 248º, 1) para as assembleias gerais, art. 410º, 8, para as reuniões do conselho de administração (aplicável por analogia às reuniões da gerência — cfr. art. 261º, 1), art. 423º, 1, para o conselho fiscal, e art. 445º, 2, para o conselho geral e de supervisão.

9. Todavia, nestes artigos o CSC permite as reuniões virtuais desde que os estatutos as não proibam.

Mas entra agora em campo o art. 9º, 1, da L 1-A/2020: «o disposto na presente lei, bem como no Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13 de março, prevalece sobre normas legais, gerais e especiais que disponham em sentido contrário».

10. A realização de reuniões virtuais dos órgãos de administração e de fiscalização não enfrentará dificuldades significativas. Em geral, estes órgãos têm poucos membros, que se conhecem e reconhecem, de modo a ficar assegurada a autenticidade das declarações e (apesar de em menor medida) a segurança das comunicações.

11. Não tanto assim quanto às assembleias gerais de sociedades (anónimas, normalmente) com muitos sócios. Imagine-se:

— A sociedade não tem meios técnicos para assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações em assembleia (embora, pelo menos desde a reforma de 2006 do CSC, só não ser permitido o uso de meios telemáticos se os estatutos assim estipularem...) e, ainda assim, é convocada e realizada uma assembleia geral totalmente virtual. Se se verificarem interrupções ou deficiências na transmissão impeditivas de plena participação, etc., podem os vícios de procedimento conduzir à anulabilidade das deliberações; e é possível responsabilizar quem convocou a assembleia.

— A sociedade possui esses meios ou facilidade em adquiri-los, mas não os utiliza; um sócio, confinado por causa da pandemia, não compareceu na assembleia

(físico-presencial) convocada para a sede da sociedade, nem teve possibilidade de fazer-se representar (cfr. arts. 249º, 380º, 381º, 4), nem de votar por correspondência (art. 384º, 9). Não está excluída a hipótese de ele responsabilizar civilmente o autor da convocatória...

12. É, pois, aconselhável que os que têm legitimidade para convocar as assembleias gerais tenham em devida conta as virtualidades das diferentes formas de deliberação nos tempos que correm. Por exemplo:

- Para sociedades com poucos sócios: deliberações unânimes por escrito (se todos os sócios concordarem com as decisões, claro) ou deliberações adotáveis em assembleia físico-presencial (é fácil manter o «distanciamento social»);
- Especialmente para sociedades por quotas: deliberações por voto escrito (art. 247º);
- Para sociedades com muitos sócios: deliberações em assembleia geral parcialmente virtual — possibilitando a presença física de uns e a participação telemática de outros

O CONTEXTO ECONÓMICO: HOJE E NO DIA SEGUINTE

Prof.^a Doutora Francisca Guedes de Oliveira

Faculdade de Economia e Gestão
da Universidade Católica Portuguesa, Porto

Em economia costumamos tentar arrumar as crises graves numa de duas caixas: crises do lado da oferta, com diminuição estrutural da capacidade produtiva e que afetam de forma inequívoca o potencial produtivo e o desemprego natural; e crises do lado da procura, com contração da despesa, e que são tratadas tipicamente como conjunturais e sem grande impacto no potencial e na estrutura económica, mas que podem levar a recessões profundas e graves.

Um dos problemas da crise causada pelo COVID 19 é que não cabe de forma estanque em nenhuma destas caixas: é uma crise claramente do lado da oferta, com a contração (e por ventura destruição) da capacidade produtiva de um conjunto alargado de setores mas também, do lado da procura, com uma diminuição da despesa em consumo privado e investimento (procura interna) e das exportações (procura externa). A contração da despesa interna começa por ser evidente em setores que exigem interação social e mobilidade, como o turismo e a restauração, mas rapidamente se alarga ao resto da economia. O confinamento (obrigatório ou autoimposto), o medo, a insegurança, e a perda de rendimento justificam a contração do consumo.

As empresas, afetadas por uma limitação da mão de obra devido à doença, obrigadas a fechar pelas decisões do poder político e confrontadas com a diminuição da procura, começam a enfrentar problemas complicados que se traduzem numa quebra imediata de liquidez e dificuldade de cumprir com as obrigações que lhes permitem a sobrevivência imediata.

A agravar esta situação verificam-se mecanismos de disseminação já conhecidos de outras crises: a necessidade de liquidez e de rendimento faz aumentar a procura por ativos mais rentáveis e por crédito. O crédito fica mais escasso e caro. Acresce, que a perda de rendimento de famílias e empresas aumenta a probabilidade de incumprimento agravando a resistência do sistema financeiro na concessão de crédito que se precisa fácil e flexível para não amplificar a crise.

Claro que esta análise da crise que se está a instalar não nega o evidente: o problema primeiro e urgente é o de saúde pública. Esse foi o foco destes últimos dois meses e a economia, embora sempre como preocupação de fundo, foi relegada, e bem, para segundo plano. Em certo sentido adormeceu-se e economia para se poder tratar da patologia de saúde pública.

Nos últimos 2 meses a economia esteve numa espécie de estado de coma, necessário para o controlo do contágio e para evitar uma sobrecarga do sistema nacional de saúde que nos poderia colocar num cenário semelhante ao da Itália ou da Espanha.

Os primeiros sinais de “adormecimento” começaram rapidamente a surgir e em março de 2020 registaram-se mais 34,1% de desempregados inscritos no IEFP face a março de 2019 (Pordata).

Nesta primeira fase de reação, a do *lockdown*, revelou-se fundamental a capacidade de manter a economia a respirar: o acesso a liquidez (com várias moratórias de pagamentos, com a possibilidade do Layoff simplificado, com acesso a linhas de crédito), a proteção do emprego e dos rendimentos foram os focos nesta primeira etapa. Garantir mínimos dignos de sobrevivência às famílias e empresas foi a prioridade.

A segunda etapa, na qual estamos a entrar agora, pretende “acordar a economia”. Toda a evidência aponta para que este reanimar deva ser feito de forma cautelosa e sem precipitações. De acordo com Correia et al. (2020) o que deprime a economia não é o lockdown mas a pandemia. Mais, os autores concluem que uma intervenção de contenção rápida e profunda pode garantir as condições para uma posterior recuperação económica mais vigorosa e célere.

Uma abertura inteligente deve garantir mecanismos de monitorização permanente do grau de contágio e da sobrecarga do sistema nacional de saúde enquanto se aguarda por uma vacina e/ou por um antivírico. Esta monitorização

deve permitir avanços e alguns (poucos) recuos. Os recuos devem ser limitados ao mínimo uma vez que a gestão de expectativas de famílias e empresas se pode revelar crucial no sucesso da retoma.

E que recessão nos espera neste contexto?

Se fazer previsões Macroeconómicas é já uma ciência complicada, neste contexto ainda mais o será. As incertezas face ao percurso do contágio, a uma possível segunda vaga, aos timings das vacinas e da própria imunidade, de tratamentos eficazes e da reação dos agentes económicos, levam a que se tenha em cima da mesa cenários muito variados e com uma grande amplitude.

Com base no cenário do FMI (WEO, 2020), instituição reconhecidamente pessimista, as previsões para este e o próximo ano são as seguintes:

	Tx Crescimento PIB			Tx de Inflação			Balança Corrente			Desemprego		
	Projeções			Projeções			Projeções			Projeções		
	19	20	21	19	20	21	19	20	21	19	20	21
Portugal	2,2	-8,0	5,0	0,3	-0,2	1,4	-0,1	0,3	-0,1	6,5	13,9	8,7
EuroArea	1,2	-7,5	4,7	1,2	0,2	1,0	2,7	2,6	2,7	7,6	10,4	8,9
UK	1,4	-6,5	4,0	1,8	1,2	1,5	-3,8	-4,4	-4,5	3,8	4,8	4,4
USA	2,3	-6,0	4,7	1,8	0,6	2,2	-2,3	-2,6	-2,8	3,7	10,4	9,1

Estas previsões assentam em pressupostos de um desacelerar da pandemia no segundo semestre, de uma abertura gradual da economia que deverá estar a funcionar quase em pleno no final do segundo trimestre e na implementação de políticas públicas já anunciadas e de grande profundidade.

O cenário, bastante negro para 2020, melhora substancialmente em 2021. Claro que esta melhoria não nos coloca sequer próximos dos valores de 2019 uma vez que o ponto de partida é consideravelmente baixo.

Quais são as políticas públicas que nos podem permitir esta recuperação rápida e significativa já em 2021?

Em primeiro lugar é necessário permitir que a oferta, a produção, retome. É necessário apoiar a oferta enquanto se dá espaço à procura para recuperar. Apoiar a oferta significa continuar a ajudar no acesso a liquidez, mas não descuidar os problemas de capital. As nossas empresas (médias, pequenas e micro) têm tipicamente problemas de capitalização. Os problemas de capital podem levar à insolvência de empresas, que num contexto de normalidade, seriam rentáveis e

saudáveis. Aqui, há que ser criativo e olhar para os instrumentos disponíveis a nível nacional e a nível europeu. Nestes apoios à oferta é altura de se procurar modelos de produção mais sustentáveis. Os momentos de crise acentuada são, por definição momentos de disrupção, e por isso, podem ser ótimos momentos de renovação. Esta pode ser o momento das políticas públicas indicarem o caminho da sustentabilidade e de uma economia mais circular, mais verde e mais azul. Por último, e ainda do lado da oferta temos que apoiar o emprego. A garantia de que não se perde capital humano e que ser requalifica e redireciona o mesmo dos setores mais fragilizados para os mais vigorosos pode revelar-se fundamental.

A proteção do emprego pode ser precisamente a primeira pedra da recuperação da procura. Adicionalmente, deve-se desenhar políticas criativas de apoio ao rendimento que garantam que se dá oxigénio à procura interna, enquanto a procura externa (fundamental para um mercado pequeno como o nosso) ganhe algum folego adicional.

Tudo isto exige fundos, recursos e imaginação. E exige a solidariedade/racionalidade da Europa. Solidariedade com os mais afetados pela pandemia, racionalidade porque sem uma europa dinâmica, nenhum (reitero, nenhum!) país europeu consegue recuperar em pleno.

Tome-se o exemplo da Holanda. País que depende significativamente da procura externa, com uma balança comercial tipicamente superavitária (exportações líquidas em percentagem do PIB entre 3 e 4%). Mas se olharmos com detalhe para este dado vemos que no comércio extracomunitário a Holanda regista um deficit acentuado (quase -18% do PIB) o que significa, evidentemente, que é o comércio intracomunitário que alimenta o superavit mencionado.

A Holanda não se pode dar ao luxo de ter uma Itália ou uma Espanha numa recessão profunda, pura e simplesmente não pode!

Felizmente parece que a consciência Europeia desta vez demorou menos tempo a acordar. Logo numa primeira etapa a Europa e o Banco Central Europeu reagiram rapidamente:

1. Política Fiscal: Acionou-se de imediato a **cláusula de exceção para flexibilização do deficit**; permitiu-se a mobilização do orçamento da UE para fazer face à crise (37 biliões do fundo de coesão);
2. Política Monetária: Em 18 de março o BCE, decidiu lançar um programa de compras de emergência Pandémico (PEPP) no valor de EUR 750 biliões, por forma a expandir o leque de ativos elegíveis no programa de compras ao setor corporativo (CSPP) e para facilitar a aceitação de garantias.

Já em abril tanto o Eurogrupo como a Comissão, comunicaram programas alargados e profundos de apoio:

1. Eurogrupo (9 abril): pacote de 540 biliões para apoio aos países membros, às empresas e às famílias.
O pacote será disponibilizado via:
 - Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE – apenas Zona Euro) para os estados membros. Até 2% do PIB do Estado, empréstimo com garantias "leves" para financiar custos diretos e indiretos dos sistemas de saúde.
 - BEI - para empresas (com foco nas PME) que deverá ascender a 200 biliões.
 - Comissão (programa SURE) – para proteção do emprego. Será um empréstimo temporário com vista à ajuda nas despesas de proteção do emprego até 100 biliões.
2. Comissão (23 abril): decidem apoiar um plano profundo de recuperação
 - Até um Trilião.
 - Propostas concretas apenas a serem reveladas na segunda ou terceira semana de maio.

Apesar dos montantes impressionantes, ficam ainda a faltar alguns mecanismos e instrumentos que podem efetivamente levar a uma recuperação inédita como resposta a uma crise sem precedentes:

1. Estratégias criativas no que diz respeito à dívida (para não sufocar os Estados com juros crescentes). Pode-se falar de mutualização de dívida, de dívida perpétua, ou de outros instrumentos mais ou menos heterodoxos.

2. Robustecimento de forma significativa do Orçamento da União Europeia. Este orçamento deve servir para financiar uma série de medidas novas e que respondam aos impactos assimétricos de uma crise que, apesar de tudo, teve um início bastante simétrico.
3. Contrabalançar bem empréstimos e subsídios. Os apoios às famílias, empresas e Estados, não devem ser todos via crédito. Para se conseguir recuperar sem um aumento brutal do passivo da economia, parte do apoio deverá ser a fundo perdido. Dar dinheiro, dar recursos, dar oxigénio para que todos possamos respirar melhor novamente.

COVID 19 E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Prof. Doutor Nuno Castro Marques

Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto

Num momento de incertezas, a vontade e força humanas concentram-se na reconstrução de espaços seguros, que a todos confortem. A Academia é um repositório dessas vontade e força, e o Ciclo de Webinars “Covid-19 e o Direito” é um exemplo disso mesmo, fomentando a reflexão sobre o impacto da pandemia no direito e, sobretudo, sobre quais os instrumentos que os seus diferentes ramos apresentam para melhor responderem às necessidades que se colocam.

A Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto respondeu *in tempore*, honrando este dever científico de contribuir para a segurança – no caso, jurídica – em tempos de crise.

O tema a tratar – Covid 19 e o Direito da Concorrência – é extenso e complexo, porque se revela em várias e muito diferentes áreas. A opção que se impunha era, portanto, entre escolher uma dessas específicas áreas e abordá-la de uma forma mais aprofundada ou, então, percorrê-las a todas, embora necessariamente tratando-as de forma mais breve.

Para uma primeira e rápida contextualização da raiz do direito europeu da concorrência (DEC), recorde-se que as suas regras foram tributárias do pensamento Ordoliberal da Escola de Freiburg¹. É também pelas razões subjacentes ao Ordoliberalismo que o DEC possui uma preocupação de intervenção não somente sobre os comportamentos das empresas, mas igualmente sobre comportamentos

¹ Cfr. (GAL, 2004), p. 364; (HILDEBRAND, 2002), p. 3; ou ainda (PERA, 2008), pp. 146-148, que defende que “Reference to the ordoliberal vision of competition influenced the way in which EC competition law was drafted, and in which it has been applied for decades.”

públicos que possam influenciar, de forma sensível, a concorrência entre empresas, isto é, sobre os auxílios de Estado².

Daí que teremos, logo à partida, três planos onde a questão da concorrência se coloca – um primeiro e relativo aos comportamentos das empresas (o chamado *antitrust*); um segundo relativo às concentrações de empresas; e um tal terceiro respeitante aos auxílios de Estado. Mas acrescenta-se que tem vindo a ganhar cada vez mais peso e relevância a ideia e princípio da concorrência na contratação pública, pelo que esta acabará por ser uma quarta vertente de análise.

Iniciando-se pela vertente das concentrações de empresas, porque à mesma se dedicará menos tempo devido à razão simples de o impacto em tal área ser diferido, ou seja, uma consequência mais adiante da crise económica decorrente da quebra abrupta da atividade económica por virtude da pandemia. Mas poderá antever-se uma fase crescente de aquisições de empresas, em que aquelas que se apresentem no futuro próximo em melhores condições económicas e financeiras poderão considerar os próximos tempos como de oportunidade para crescerem por via não orgânica, isto é, por aquisição de concorrentes.

Seja a nível da UE, com o Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas, seja a nível nacional, com a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência ou LdC), e portanto quer a Comissão Europeia, quer a Autoridade da Concorrência (AdC), possuem os instrumentos jurídicos que lhes permitem proibir as concentrações de empresas das quais resultem entraves significativos à concorrência efetiva no mercado europeu ou numa parte substancial deste (ou nacional ou numa parte substancial deste).

Mas também se pode antever uma potencial utilização crescente da denominada “*failing firm defence*”, em que as autoridades da concorrência podem admitir, excecionalmente, a realização de uma concentração que *prima facie* conduz à criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultem entraves significativos para concorrência por se considerar uma ausência de nexo de causalidade

2 Essa constitui apenas uma parte visível das diferenças entre o DEC e outros direitos da concorrência, mormente o norte-americano. Acompanhamos (HAWK, 1989), pp. 5-44, quando evoca os diferentes objetivos políticos que justificam que apesar de abordarem essencialmente as mesmas questões e optarem por soluções “similares”, tais distintos objetivos políticos (e que na UE incluem a integração e o mercado interno, bem como princípios políticos e valores sociais, como sejam a lealdade - evocando o Ordoliberalismo), e pequenas diferenças legislativas e textuais, conduzem a posturas bastante distintas do DEC e do direito da concorrência dos EUA em diferentes vertentes de intervenção da defesa da concorrência, como sejam no controlo de concentrações ou, ainda, na apreciação de restrições verticais.

entre a deterioração das condições de concorrência do mercado e a operação de concentração. Ou seja, numa tal situação o cenário de contrafactual aplicável é o cenário de saída do mercado do concorrente em falência (ou insolvência) iminente, e dos seus ativos, aceitando-se uma neutralidade da operação de concentração.

Note-se que, no que respeita a Portugal e por acaso muito recentemente, a AdC aceitou aplicar, pela segunda vez na sua história, este argumento da falência (ou insolvência) iminente, não se opondo à operação de concentração Grupo HPA Saúde / Hospital São Gonçalo de Lagos, em setembro de 2019³.

A aplicação deste argumento está sujeito à verificação cumulativa de um conjunto de condições, a saber, (i) que a empresa a adquirir esteja em dificuldade financeira e sem perspectivas credíveis de reorganização que permitam a sua recuperação, bem como (ii) a ausência de ofertas de aquisição alternativas que suscitem menores preocupações jusconcorrenciais que a operação notificada, e (iii) a saída do mercado dos ativos/da empresa a adquirir apresenta-se como inevitável na ausência da concentração. Esta “failing firm’ defence” foi inicialmente trabalhada e aceite no DEC, designadamente no quadro da operação de fusão Aegean/Olympic II, decidida em outubro de 2013, e que constituiu a primeira vez que a Comissão autorizou uma concentração que havia proibido alguns anos antes⁴. O argumento da insolvência iminente, que anteriormente não havia tido êxito, foi subsequentemente aceite por causa da alteração das circunstâncias e da crise grega (a exemplo da portuguesa)⁵.

Seja como for, o que é expectável é que o mundo empresarial pós-Covid seja um mundo, pelo menos a médio prazo, mais concentrado em termos de concorrência, o que, como bem se entende, não se afigura positivo. Concorrência é indissociável do princípio fundamental da liberdade de escolha: só existe concorrência em escolhas alternativas, isto é, poder-se fazer uma escolha em detrimento de outra.

3 Decisão de 10.09.2019 no processo Ccent. 45/2018, Grupo HPA Saúde / HSGL, disponível em http://concorrenca.pt/FILES_TMP/2018_45_final_net.pdf

4 Decisão de 9.10.2013, no Case No COMP/M.6796 – AEGEAN/ OLYMPIC II, e disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6796_20131009_20682_4044023_EN.pdf

5 A admissibilidade do argumento da insolvência iminente está prevista igualmente nos § 89 e 90 das Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03), publicadas no JOUE C 31/5, aí se estabelecendo os referidos três critérios.

Mas com bastante mais acuidade ou urgência estarão as outras vertentes da defesa da concorrência, ou seja, o *antitrust* (ou práticas restritivas), os auxílios de Estado e a contratação pública.

Aqui devemos fazer um pequeno interregno para recordar a História e lembrar que já houve outras crises. Mas, e com especial importância, houve oportunidade para se medir, com evidência, o impacto – positivo – da defesa da concorrência enquanto instrumento fundamental para auxiliar na saída e recuperação das crises económicas. É importante frisar este ponto, porque a tendência geral é a contrária: perante crises, as sociedades abraçam mais facilmente argumentos populistas, mas que em nada contribuem para melhorar a situação⁶. Pelo contrário, tendem a agravá-los, como no caso de encerramento de fronteiras, adoção de medidas discriminatórias de produção externa para defesa de produção nacional, entre outras, em que sendo Portugal uma economia de elevada abertura, exposição e dependência do comércio externo será, desde logo, um dos mais prejudicados se esse tipo de argumentário proliferar junto dos seus parceiros comerciais.

Daí que, e concorda-se, este é, também por isso (ou seja, para além do que se tem falado), um momento crucial para a União Europeia e seu futuro: na ausência de um grande Mercado Interno, então quão pior seriam ainda, neste momento, as perspetivas de recuperação económica?

Mas para além deste aspeto, há também no momento de crises uma outra tendência reiterada, a saber, o de se pensar que a concorrência é algo que deve ser “regrado”, ou até suspenso, durante tal período. Isto porque, nessa mesma lógica “securitária/populista”, se apresenta a concorrência como uma ameaça, algo que pode trazer ainda mais perigos ou disrupções quando se acha que, em tais momentos, o que se necessitaria seria de “segurança”. E daí surgem rapidamente as discussões sobre os “cartéis de crise”, a regulação de preços, o estabelecimento de preços administrativos e mínimos, entre outros afloramentos de raiz similar.

Recorrendo à história dos EUA, no pós crise de 1929, o *New Deal* trouxe alterações no campo da defesa da concorrência, com um primeiro período de 1933-1935 marcado pelo National Industrial Recovery Act (NIRA), que no que respeita à concorrência acomodou o pedido das associações industriais para poderem passar a ser adotados códigos de “fair competition”, os quais desde que sujeitos a aprovação presidencial, passariam a constituir regras obrigatórias para

6 Ou como (VICKERS, 2008), a p. 2 elucidativamente refere, “It is a familiar pattern that when the going gets tough, some of the not-so-tough seek exemptions from competition law.”

cumprimento pelos agentes do setor em questão. Naturalmente, o que daí decorria era o fomento da cartelização da economia, mas a par disso iniciou-se uma discussão sobre a inconstitucionalidade do NIRA por, na realidade, haver procedido à suspensão do Sherman Act de 1890 (lei da concorrência norte americana e que proíbe e criminaliza os cartéis e as tentativas de monopolização). E na verdade o NIRA veio a ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal norte americano em 1935⁷, e isso permitiu que a doutrina estudasse e medisse o que foi o output com o NIRA e, depois, sem o NIRA.

Os Profs. (KOVACIC & SHAPIRO, 2000), recordam-nos, a pp. 46-49, que em resultado da crise de 1929, ganhou força a opinião dos que repudiavam o modelo económico competitivo até então implementado, pugnando pela sua substituição por um modelo assente no associativismo e regulação do comércio, exercendo uma forte influência naquele que veio a ser o desenho final do NIRA. A consequência desta diminuição de suporte da concorrência fez-se sentir também nos tribunais, referindo que “By the early 1930s, in the depths of the Depression, even the Court’s stand against naked horizontal output restrictions wavered.” Mas o subsequente descrédito das políticas até então seguidas, que não revelavam os efeitos pretendidos de crescimento económico, levaram à sua revisão, que marca precisamente, segundo os autores, a mudança para um novo período (“By the mid-1930s [...] Franklin Roosevelt turned his ear toward advisors who believed that competition was the key to economic restoration [...] The invigoration of antitrust enforcement in the late 1930s reflected both a heightened suspicion of corporate gigantism and a search for ways to simplify the government’s burden of proof.”

E realmente (COLE & OHANIAN, 2004) demonstraram o impacto negativo na economia decorrente da suspensão de leis da concorrência e permissão de cartelização generalizada (mesmo que por via de omissão de aplicação da lei da concorrência). Segundo os autores, a p. 781, “Our main finding is that New Deal cartelization policies are a key factor behind the weak recovery, accounting for about 60 percent of the difference between actual output and trend output.”. A conclusão dos autores é assim a de que não somente as políticas industriais e comerciais adotadas durante o NIRA foram coincidentes com a persistência da depressão

7 Decisão de 27 de maio de 1935, no caso *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495.

económica ao longo da década de 30, como o seu abandono é coincidente com a forte recuperação económica ocorrida na subsequente década de 40 (p. 813).

Note-se que a posição destes autores é acompanhada por (CRANE, 2008), que referindo-se criticamente às opiniões daqueles que ciclicamente pretendem enfraquecer ou diminuir a concorrência e sua defesa em momentos de crise (“Indeed, antitrust seems to be a luxury that the country cannot afford in any crisis - p. 3), considera ser um erro abandonar ou enfraquecer o antitrust, especialmente em épocas de recessão económica, e que “antitrust laxity may deepen economic recessions.” (p. 10). E também (SHAPIRO, 2010) apresenta uma opinião bastante crítica deste período inicial do *New Deal* e dos efeitos do NIRA, referindo-se às *Lessons from the Great Depression* que nem os fundamentais da economia se alteram durante uma recessão económica mais do que, por exemplo, as alterações decorrentes do advento de novas tecnologias, nem os objetivos das leis de concorrência, como sejam a proteção da concorrência e dos consumidores, se modificam durante uma crise económica (p. 13) e que a manutenção de mercados competitivos durante períodos de dificuldades económicas é, assim, pelo menos tão importante como em períodos de normalidade económica (p. 11), concluindo assim que “History teaches us that reducing antitrust enforcement during economic hard times does not promote economic recovery.” (p. 23).⁸

Feito este interregno, em defesa da concorrência em momentos de crise enquanto instrumento essencial para a própria saída da crise, analisemos então e primeiramente as práticas restritivas da concorrência.

O TFUE proíbe “todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os [EM] e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno” (atual art. 101.º do TFUE), tal como proíbe, por ser “incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os [EM], o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste” (atual art. 102.º do TFUE).

8 Também (SHELANSKI, 2010) defende que “[...] antitrust should not, as at times in the past, be viewed as a luxury to be shed in hard times. Policymakers should view it instead as an essential ingredient for economic productivity and stability that can be sacrificed only with long-lasting costs. Policy makers should have a strong presumption against the sacrifice of careful antitrust review even in periods of economic upheaval.” – p. 231.

Estas normas foram transplantadas para o nosso ordenamento jurídico logo aquando da preparação de Portugal para adesão à então CEE, num primeiro regime de defesa da concorrência (DL n.º 422/83), e na atual LdC temos o art. 9.º a proibir os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional e o art. 11.º a proibir a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

Neste campo das práticas restritivas, abordam-se com mais enfoque dois aspetos, a saber, a questão que vulgo se chama “especulação”, isto é, quando os consumidores consideram e sentem que os vendedores se aproveitam de alguma situação, como seja de escassez, para aplicarem preços elevados ou especulativos na venda de determinados bens (tecnicamente denominam-se preços excessivos).

E abordar-se-á, de igual forma, a questão da cooperação entre empresas. Num momento em que as comunidades anseiam que um avanço científico surja enquanto resposta à pandemia, designadamente sob a forma de vacina profilática, será que o direito da concorrência permite que dois ou mais concorrentes coooperem por forma a tentarem produzir em conjunto uma vacina, explorando de forma partilhada os benefícios daí decorrentes?

Começando pelo primeiro aspeto, e abordando *ab initio* a forma mais simples pela qual um tal resultado iníquo – preços excessivos - pode ocorrer, pense-se num acordo (horizontal ou vertical) pelo qual duas ou mais empresas acordam ou fixam preços (ou por qualquer outra forma adulteram a sua livre formação, por exemplo mediante restrições de quantidades, repartição de clientes, de mercados ou zonas geográficas). Evidentemente que tal situação se subsume de forma clara à proibição do art. 101.º do TFUE ou do art. 9.º da LdC, consoante seja uma ou outra norma aplicável. Tratar-se-se de um acordo de preços que tem objeto falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado, nomeadamente por fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; ou limitar ou controlar a produção ou a distribuição; ou ainda a repartir os mercados ou as fontes de abastecimento. Quem nisso incorra está, assim e naturalmente a cometer um ilícito jusconcorrencial e que quer segundo o DEC, quer segundo o DNC, será punível com coima até 10% do volume de negócios de cada participante.

Mas não podemos realmente ficar por aqui, porque a atual situação trouxe de novo para a ribalta o tipo penal de especulação p. e p. no n.º 1 do artigo 35.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Tal “antigo” diploma, que ainda hoje se encontra em vigor e estabelece o regime jurídico em matéria de infrações antieconómicas e contra a saúde pública, apresenta um interesse superior ao meramente histórico, porquanto foi aí que foi abordada, de forma frontal e pela primeira vez, a novidade decorrente da “[...] consagração aberta da responsabilidade penal das pessoas colectivas e sociedades [...]”, assumindo-se que se tratava “[...] de um tema polémico em termos de dogmática jurídico-penal, [mas que] nem por isso [deveriam] ignorar-se as realidades práticas, pois se reconhece por toda a parte que é no domínio da criminalidade económica que mais se tem defendido o abandono do velho princípio *societas delinquere non potest*.”

Mas não é isso que nos cuida hoje, e portanto analisemos o crime de especulação: o n.º 1 do art. 35.º do DL n.º 28/84 estabelece que “[s]erá punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias quem [...] a) Vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos; [...] b) Alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços ou, independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor; [...] c) Vender bens ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço; [...] d) Vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas.” (sublinhado nosso)

Poder-se-á defender a necessidade de uma interpretação cautelosa, ou até atualista, de tal norma, e que seguramente no seu início, atento o seu enquadramento histórico, político e económico, seria mais – ou sobretudo – vocacionada para a proteção da “estabilidade dos preços”⁹ num paradigma em que a especulação implicaria “[...] a violação de um preço subtraído à livre disponibilidade dos

9 Assim, (COSTA ANDRADE, 1998), p. 409 e (FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE, 1999), pp. 138-139. Note-se que uma tal interpretação atualista poderá mesmo ser “obrigatória” quando se considere que a defesa da “estabilidade dos preços” já não constitui uma competência nacional mas antes, no quadro de pertença à UEM, uma competência exclusiva do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu – cfr. o art. 127.º do TFUE.

operadores económicos.”¹⁰ E se tanto corresponde, seguramente, à quase totalidade das situações enquadráveis nas diferentes previsões da norma, já não será assim, contudo, quando se analisa mais em detalhe a sua al. b), porquanto caberá ainda na qualificação e subsunção ao tipo penal de especulação, quem “[...] alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços [...]”.

Recorde-se que o n.º 1 do artigo 9.º da LdC proíbe os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do território nacional. E se no n.º 1 do artigo 9.º da LdC surge uma lista exemplificativa, não taxativa, de situações proibidas, o exemplo da fixação, direta ou indireta, dos preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação é, obviamente, o primeiro e mais paradigmático exemplo da forma que pode revestir um acordo entre empresas restritivo da concorrência. Ora, o preço que se protege é, necessariamente, o “preço de mercado”, enquanto resultado não adulterado do livre jogo entre a oferta e a procura de dado bem ou serviço, e o que se pretende evitar são, entre outros, comportamentos de “conspiração” ou conluio que interfiram com esse processo, tornando-os ilícitos e punindo-os. Mas o “preço de mercado” resultante do livre jogo entre a oferta e a procura de dado bem ou serviço é, também e por natureza, o preço que resulta do regular exercício da atividade e encontra-se subtraído à livre disponibilidade dos operadores económicos, por o mesmo ser o resultado da referida interação entre oferta e procura e não o resultado de determinação unilateral de um operador económico. Daí ser o preço que indiretamente – nesta perspetiva própria da al. b) do n.º 1 do artigo 35.º do DL n.º 28/84, por contraposição àquelas outras situações de preços determinados diretamente por intervenção do Estado na economia – sempre poderá ser

10 Cfr. de novo (COSTA ANDRADE, 1998). p. 409.

encontrado¹¹. Se assim é, e se se encontra portanto no âmbito da al. a) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC (e na al. a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE) a proibição dos cartéis de fixação de preços, designadamente, subindo-os face àqueles que seriam os de mercado – e assim podendo obter um lucro que, pela própria proibição, se qualifica de ilegítimo –, então esse será também o âmbito do crime de especulação. Dito de outra forma, um cartel de preços é, pela sua própria natureza e objetivo, uma das formas sob que surge o crime de especulação, a saber, “alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços.” – cfr. al. b) do n.º 1 do artigo 35.º do DL n.º 28/84.

A conclusão que se impõe é a de que pelo menos uma das formas pela qual se consuma o crime de especulação se encontra numa relação de extrema similitude – para não dizermos sobreposição ou concurso – com o cartel, a ponto de revelar, como defendemos, uma evidente incongruência sistémica entre a natureza contraordenacional dos cartéis e a natureza criminal da especulação¹². Seria de esperar uma reação sancionatória da ordem jurídica bastante superior relativamente às práticas de cartel quando comparadas com as condutas que, por regra, motivam a atuação das autoridades em sede de aplicação do tipo legal de especulação.

Mas onde a situação adquire maior dificuldade é quando se tratam de práticas unilaterais, e não de acordos ou práticas concertadas. Aí somos remetidos para a questão de saber quando e em que medida um agente económico, que de forma unilateral decidiu praticar “preços excessivos”, pode (ou deve) ser punido.

Pois bem, já acima vimos que os arts. 102.º TFUE e 11.º LdC proíbem a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado. E pode, desde logo, ser considerado abusivo, nomeadamente e entre outras práticas exemplificadas no n.º 2 do art. 11.º da LdC, para seguirmos a nossa Lei, impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas.

11 No mesmo sentido, cfr. (ABREU, 2012), pp. 1426-1428, e que igualmente explicita, a propósito da interpretação do art. 35.º do DL n.º 28/84, que “A que se quererá, então, referir o legislador quando usa a expressão “regular exercício da actividade”? [...] Penso que se referirá aos preços que resultam ou devem resultar da aplicação e encontro da lei da oferta e da procura. Ou seja, estes são os preços que o mercado, em obediência à sua concorrência, deve ditar. [...] Em face do que fica dito, entendemos que especulação de preços não será somente a conduta que desrespeita os preços “subtraídos à livre disponibilidade dos operadores económicos”, mas também aquela que desrespeita os “preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”.”

12 Cfr. (CASTRO MARQUES, 2019)C.

Pois bem, abordemos então a questão, difícil, do que seja um preço excessivo, *retius* quando é que um preço “excessivo” conduz a que se considere que a empresa que o pratica está a cometer um ilícito jusconcorrencial?

Ora, e em primeiro lugar, quer o DEC quer o DNC apenas proíbem o abuso de posição dominante e, portanto, constitui elemento essencial do tipo legal a existência de uma posição dominante. A definição (jurisprudencial) de posição dominante para efeitos do DEC (e aplicada no DNC) é aquela que remonta ao Acórdão do TJ *United Brands*¹³, ou seja, a de que o conceito de posição dominante para efeitos do artigo 102.º TFUE refere-se ao “(...) poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, fornecendo [à empresa] a possibilidade de comportamentos independentes numa medida apreciável face aos seus concorrentes, clientes e, finalmente, consumidores”.

Constitui, portanto, uma questão de grau e necessariamente apreciada de forma casuística, embora da jurisprudência do TJ e da prática decisória da Comissão podemos colher algumas indicações:

- um limite mínimo: uma quota de mercado de 10% exclui a existência de uma posição dominante a menos que se verifiquem circunstâncias excepcionais (Acórdão *Metro I* ¹⁴);
- uma quota de 33% não basta para uma posição dominante quando um concorrente detenha uma quota semelhante, porquanto a análise da posição da empresa deve ser “tomada em consideração conjuntamente com outros factores” (Acórdão *Alsattel c. Novasam*¹⁵);
- com uma quota superior a 50% uma empresa dificilmente deixará de ser considerada dominante, caso fatores adicionais corroborem a importância da parte de mercado;
- uma quota muito elevada, ou seja, superior a 80 ou 85%, é considerada como prova bastante de posição dominante (Acórdão *Hoffmann-La Roche*¹⁶), ainda que com as seguintes *nuances*:

13 Acórdão do TJ, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Comissão das Comunidades Europeias (Bananas Chiquita)*, 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76.

14 Acórdão do TJ de 25 de outubro de 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 26/76.

15 Acórdão do TJ de 5 de outubro de 1988, *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsattel) c. SA Novasam*, proc. C-247/86.

16 Acórdão do TJ de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche*, proc. 85/76.

- i. em circunstâncias excepcionais, a quota elevada não corresponderá a posição dominante se, por exemplo, do “outro lado” estiver um monopsonio;
- ii. a quota elevada deve ser detida há algum tempo (importância da dimensão temporal).

Apesar disso, acaba por ser usual que se conclua pela existência de uma posição dominante com base em quotas de mercado entre os 50% e os 60% (Acórdão do TJ no caso 85/76, Hoffmann-La Roche, já referido, ou no caso C-62/86, Akzo; ou Acórdão TG no caso T-30/89, Hilti).

Portanto, já podemos concluir que o abuso de posição dominante não será a resposta jurídica àquela “pequena” situação do lojista que pretende ter um ganho iníquo na venda, por exemplo, de soluções desinfetantes cutâneas ou outras cuja procura aumentou exponencialmente em contexto da pandemia. Na verdade, não se conhece nenhum produtor ou distribuidor que tenha uma posição notoriamente destacada em tais produtos¹⁷, por forma a que sequer se pudesse colocar a eventual questão de deter uma posição dominante para que, passo seguinte, dela estivesse a abusar.

Em segundo lugar, seria então necessário que o preço fosse excessivo – ou na redação do art. 102.º TFUE e 11.º da LdC, não equitativo. Ora o TJ no já referido acórdão *United Brands*¹⁸ - mas, por exemplo, recentemente reiterado no Acórdão *AKKA/LLA*¹⁹ - esclareceu (§ 249 e ss.) que um preço será excessivo quando não tenha correspondência razoável com o valor económico da prestação fornecida, o que deve ser determinado objetivamente, designadamente, por comparação entre o preço de venda do produto em questão e o seu custo de produção, o que permite inferir o montante da margem de lucro e, assim, apreciar se existe uma desproporção excessiva entre o custo suportado e o preço praticado. Em caso afirmativo, dever-se-á subsequentemente confirmar se se terá imposto um preço não equitativo, seja em si mesmo, seja em comparação com os produtos concorrentes.

Ou seja, o TJ adotou o que se considera um teste duplo para determinar um preço excessivo: primeiro, é preciso examinar se a margem de lucro é excessiva.

¹⁷ Estamos, claro está, a simplificar a questão, porquanto haver-se-ia que analisar o(s) mercado(s) relevantes, em termos geográficos e de produto/serviço.

¹⁸ Acórdão do TJ, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Comissão das Comunidades Europeias (Bananas Chiquita)*, 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76.

¹⁹ Acórdão do TJ, *Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība contra Konkurences padome*, 14 de setembro de 2017, proc. C-177/16.

E, em caso afirmativo, é preciso verificar se o preço é excessivo por si ou quando comparado a produtos concorrentes. E essa comparação com produtos concorrentes pode assumir várias formas, mas o preço para comparação pode ser o preço praticado pela própria empresa em diferentes mercados e onde não possua dominância, ou ainda o praticado em outro momento ou, então, o preço praticado por empresas concorrentes em distintos mercados relativamente a produtos similares.

Porém a aplicação deste teste em tempos de pandemia não é fácil. Em primeiro lugar, qual é o atual valor económico desses produtos que estão com uma procura elevadíssima e nada comparável com o histórico da procura? Por outro lado, se se comparar o preço praticado com aquele praticado por outro concorrente, rapidamente se chega à conclusão que todos estão elevados e em todos os mercados.

Daí que o abuso de posição dominante, na atual situação, não seja o instrumento mais apto para intervir nos eventuais preços iníquos que sejam praticados em bens tornados essenciais no quadro da pandemia (como máscaras, desinfetantes, álcool, luvas, entre outros). Mas deste percurso breve pela figura de abuso de posição dominante por preços excessivos já podemos constatar que o próprio conceito de preços excessivos apresenta dificuldade de operacionalização numa situação de crise disruptiva da produção e distribuição de bens como a atual. E lá atrás também vimos que para que o tipo legal de crime de especulação possa ser aplicado seria necessário, em caso de opção por um quadro de “regularidade de funcionamento de mercado”, que houvesse uma alteração, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da atividade resultariam para os bens ou serviços (al. b) do n.º 1 do art. 35.º do DL n.º 28/84. Claro está, numa situação como a atual a dificuldade de trabalhar o conceito de preços excessivos é exatamente a mesma que conduz a que seja difícil (ou mesmo impossível) determinar quais sejam os preços que deveriam resultar do regular exercício da atividade: uma margem de 100% não é normal quando, por exemplo, a procura seja 10 vezes superior à oferta?

Daí que a opção foi, naturalmente, sair de um quadro de “regularidade de funcionamento de mercado” e ingressar num quadro de preços administrativos. Pelo despacho n.º 4699/2020, de 18 de abril, foi limitada, durante o estado de emergência, a um máximo de 15% a margem de lucro na comercialização, por grosso e a retalho de dispositivos médicos e de equipamentos de proteção individual

identificados no anexo ao Decreto-Lei n.º 14 -E/2020²⁰, de 13 de abril, bem como de álcool etílico e de gel desinfetante cutâneo de base alcoólica. E assim já se encontra uma solução jurídica facilitada por recurso à al. a) do n.º 1 do art. 35.º do DL n.º 28/84: “[s]erá punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias quem [...] a) Vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos.” É uma solução jurídica mais facilitada mas, note-se, já não num quadro de mercado.

Passemos agora para a questão da cooperação entre empresas. Em que medida o direito da concorrência permite que dois ou mais concorrentes cooperem por forma a tentarem produzir em conjunto uma vacina, explorando de forma partilhada os benefícios daí decorrentes?

Sejamos claros, por princípio são proibidos os cartéis de crise²¹. Ou seja, cooperação entre concorrentes que vise apenas (ou maioritariamente) condicionar a concorrência com vista à sobrevivência dos membros do cartel à crise. E sejamos também claros em outro sentido, a saber, que o DEC e o DNC nunca foi impedimento à cooperação entre empresas sempre que os benefícios daí resultantes superem as desvantagens produzidas (é o que se denomina por balanço económico “positivo”).

Assim, o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE estabelece que

“As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas,
- e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

20 Ou seja, das máscaras cirúrgicas, seja para profissionais, seja para uso social, e de uso único ou reutilizáveis, máscaras com viseira integrada, batas cirúrgicas, fatos de proteção integral, Cógulas, Toucas, Manguiotos, Proteção de calçado - Cobre-botas, Proteção de calçado - Cobre-sapatos, Luvas de uso único, Óculos de proteção, Viseiras, e Zaragatoas.

21 Ver, p. ex., (FIEBIG, 1999).

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

Por seu turno, o artigo 10.º da LdC refere que

- “1 — Podem ser considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:
- a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;
 - b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos;
 - c) Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa. [...]”.

Assim, caso se verifique a existência do cumprimento do conjunto – cumulativo – de condições – caso que se denomina por balanço económico positivo – resultará, normalmente, a concessão de uma isenção da aplicação da proibição em questão. As ditas isenções podem ser “individuais” – no sentido em que existe uma decisão individualizada e relativa a uma dada e concreta situação que determina a aplicação do artigo 10.º da LdC (ou do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE) -, ou “por categoria” – que respeitam àquelas situações em que se determinou, *a priori* e tipicamente por ato legislativo ou regulamentar, que dadas “categorias” de acordos entre em empresas, à partida e dentro de determinadas condicionantes, terão uma apreciação, em sede de balanço económico, positiva. Assim, isentam-se tais categorias de acordos.

E a esse propósito é particularmente relevante o Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de Dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento. É em tal regulamento de isenção que podem ser subsumíveis, por exemplo, as atividades de investigação conjuntas para desenvolvimento de medicamentos, vacinas ou outros instrumentos que sejam ou venham a ser aplicáveis ao combate à doença.

Por outro lado, e para aumentar o grau de segurança jurídica das empresas que entendam cooperar em outros âmbitos que não o da investigação e desenvolvimento, mas que se estejam a revelar como importantes à luz das características específicas desta crise, que provocou cortes abruptos na cadeia de produção, fornecimento e transporte de bens, a Comissão emitiu uma Comunicação pela qual adotou um Quadro temporário para a análise de práticas antitrust na cooperação entre empresas em resposta a situações de emergência decorrentes do atual surto de COVID-19²².

No quadro dessa Comunicação, a Comissão manifestou a abertura a formas de cooperação no setor da saúde e que pode, por exemplo, passar por confiar a uma associação comercial (ou a um consultor independente, um prestador de serviços independente ou um organismo público) determinadas tarefas como, por exemplo:

- a. coordenar o transporte comum de matérias-primas;
- b. contribuir para a identificação dos medicamentos essenciais que, tendo em conta a produção prevista, estão sujeitos a riscos de escassez;
- c. agregar informações sobre produção e capacidade, sem partilhar informações específicas das empresas;
- d. desenvolver um modelo para prever a procura a nível dos Estados-Membros e identificar os défices de aprovisionamento;
- e. partilhar informações agregadas sobre os défices de aprovisionamento e solicitar às empresas participantes, numa base individual e sem partilhar essas informações com os concorrentes, que indiquem se podem colmatar os défices de aprovisionamento para satisfazer a procura (por meio das existências ou do aumento da produção).

Considerou a Comissão que estas atividades não representam problemas de um ponto de vista de *antitrust*, desde que sejam objeto de garantias suficientes. Por exemplo, desde que não haja nenhuma transmissão de informações específicas das empresas aos concorrentes, assim se respeitando a Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal.

Passando agora para o tema dos Auxílios de Estado, aqui se inserem as medidas que os Estados-Membros estão a adotar para compensar as empresas pelas

22 Comunicação (2020/C 116 I/02) de 8.04.2020.

perdas sofridas pelo surto do vírus, como compensação pelo encerramento temporário de empresas, concessão de garantias estatais ou, ainda, isenções temporárias de pagamentos de impostos, de segurança social ou outros encargos.

A esse respeito deve ter-se presente que o TFUE estabelece no seu art. 107.º, n.º 1 que salvo disposição em contrário, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, e que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Já serão contudo compatíveis com o mercado interno, nos termos do n.º 2 de tal artigo, quer os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos (al. a)), quer os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários (al. b)). De igual forma, poderão – note-se, já não de uma forma “automática” – ser considerados também compatíveis os auxílios destinados a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro (art. 107.º, n.º 3, al. b) do TFUE)

A exemplo da crise de 2008, a Comissão adotou um Quadro Temporário de Auxílio Estatal para Apoiar a Economia no Contexto do Surto COVID-19, baseado precisamente no art. 107.º, n.º 3, al. b) do TFUE, prevendo cinco tipos de auxílio:

- (i) subvenções diretas, vantagens fiscais seletivas e adiantamentos: os Estados-Membros poderão estabelecer esquemas para conceder até € 800.000 a uma empresa para atender às suas necessidades urgentes de liquidez;
- (ii) garantias estatais para empréstimos contraídos por empresas junto de bancos: os Estados-Membros poderão fornecer garantias estatais para garantir que os bancos concedam financiamento aos clientes que dele necessitam;
- (iii) empréstimos públicos subsidiados às empresas: os Estados-Membros poderão conceder empréstimos com taxas de juros favoráveis às empresas;
- (iv) garantias para os bancos que canalizam os auxílios estatais para a economia: o Quadro Temporário deixa claro que esse auxílio é considerado um auxílio direto aos clientes dos bancos, e não aos próprios bancos; e
- (v) seguros de crédito à exportação de curto prazo, introduzindo flexibilidade adicional na sua aceitação como auxílio.

Para além disso, a Comissão tem adotado decisões individuais ao abrigo do art. 107.º, n.º 2, al. b) e, portanto, nesse quadro não tem havido particulares preocupações. Haverá, contudo, que cuidar que os auxílios são distribuídos de uma forma transparente e transversal, assim se provocando o menor impacto possível na concorrência (por via de não discriminações entre empresas concorrentes).

Estas decisões da Comissão adicionam, naturalmente, ao quadro legal já previamente existente e que já contém, também, um regulamento geral de isenção (Regulamento n.º 651/2014), bem como um regulamento *de minimis* (Regulamento n.º 1407/2013).

Por último, uma muito breve referência à contratação pública. Pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que estabelece medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus — COVID 19, e entre outras medidas, foram estabelecidas regras excecionais “em especial no que respeita a matéria de contratação pública” — cfr. a exposição de motivos do mesmo. E o art. 2.º de tal Decreto-Lei estabeleceu um regime excepcional de contratação pública o qual, note-se, não é aplicável exclusivamente a procedimentos de contratação pública que respeitassem, por exemplo, a bens ou serviços de saúde. Pelo contrário, e a título meramente exemplificativo, o n.º 1 do referido art. 2.º expressamente faz referência à contratação de obras públicas, determinando que “Para efeitos de escolha do procedimento de ajuste direto para a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, independentemente da natureza da entidade adjudicante, aplica -se o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa.”

Ora, devemos ter presente que a regulamentação sobre contratos públicos exige que vários requisitos processuais e substantivos sejam respeitados, tendo por objetivo último que os fundos públicos sejam despendidos da forma mais eficiente possível, de par com a criação de condições equitativas entre os concorrentes.

Contudo, a Diretiva “Public Procurement” (Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos), abre a porta a mecanismos excecionais em caso de extrema urgência. Por exemplo, no seu considerando 50, esclarece que o procedimento por

negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso só deverá ser utilizado em circunstâncias muito excepcionais, que deverão limitar-se aos casos em que a publicação não seja possível, por razões de extrema urgência devido a acontecimentos imprevisíveis ou não imputáveis à autoridade adjudicante, ou em que desde o início seja evidente que a publicação não fomentará mais concorrência nem melhores resultados do concurso, nomeadamente por só existir, objetivamente, um operador económico capaz de executar o contrato. Por outro lado, e por razões óbvias de transparência e escrutínio, as autoridades adjudicantes que recorram a esta exceção deverão explicar por que motivo não existem alternativas ou substitutos razoáveis, inclusive fora do Estado-Membro da autoridade adjudicante.

A chave está, portanto, no conceito de extrema urgência. Toda a contratação pública, em tempo de pandemia, é extremamente urgente? Quaisquer que sejam os bens ou serviços a adquirir e qualquer que seja a entidade adjudicante?

Não nos parece!

E também não podemos olvidar que as regras da contratação pública fundam-se em imperativos de eficiência, concorrência e transparência. E, também, de segurança nas compras dos Estados.

Mesmo que esta situação seja altamente excepcional, a aplicação dos procedimentos tradicionais de contratação pública é o que garante o resultado mais benéfico para a sociedade em geral. O COVID-19 não deve ser usado como um meio para se desviar tais medidas por mais tempo e para além do estrita e objetivamente necessário. Uma vez possível, a solução de compromisso baseada no estado de urgência “normal” (e não de extrema urgência) – o que implica um tempo de resposta rápido combinado com um nível mínimo de concorrência – deve ser reposta.

E a verdade é que ainda nem a pandemia se deu por debelada, e já surgem as preocupantes notícias sobre ajustes diretos de valores particularmente elevados e não objeto de publicitação, nem tampouco de publicação. E recorde-se um intemporal ensinamento: “Business men should not be allowed to escape the risks of the competitive struggle by entering the “paradise” of governmental care. If they prefer the latter to the former, there is conclusive evidence that monopoly lives unfettered under governmental weakness.”²³

23 (CALLMANN, 1949), p. 1112.

Bibliografia

- ABREU, M. A. (2012). O crime de especulação de preços - Previsto no artigo 35º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72(4)*, 1425-1451.
- CALLMANN, R. (1949). The Essence of Anti-Trust. *Columbia Law Review*, 49(8), 1100-1116.
- CASTRO MARQUES, N. (2019). *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência - em particular na criminalização dos cartéis* Porto: Universidade Católica Editora.
- COLE, H. L., & OHANIAN, L. E. (2004). New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis. *Journal of Political Economy*, 112(4), 779-816.
- COSTA ANDRADE, M. d. (1998). A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à Luz do Conceito de “Bem Jurídico” *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários* (Vol. Vol. I - Problemas Gerais, pp. pp. 387-411). Coimbra: Coimbra Editora.
- CRANE, D. A. (2008). Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History. *Global Competition Policy*, 12(1), 2.
- FIEBIG, A. (1999). Crisis Cartels and the Triumph of Industrial Policy over Competition Law in Europe. *Brooklyn Journal of International Law*, 25(3), 607.
- FIGUEIREDO DIAS, J. d., & COSTA ANDRADE, M. d. (1999). Problemas de Especulação e Sucessão de Leis no Contexto dos Regimes de Preços Controlados e Declarados. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. II - Problemas Especiais*, pp. 125-146.
- GAL, M. S. (2004). Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly. *The Antitrust Bulletin, Spring-Summer*, 343-384.
- HAWK, B. E. (1989). La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne? *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 25(1), 5-44.

- HILDEBRAND, D. (2002). The European School in EC Competition Law. *World Competition*, 25(1), 3-23.
- KOVACIC, W. E., & SHAPIRO, C. (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, 14(1), 43-60.
- PERA, A. (2008). Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law. *European Competition Journal*, 4(1), 127-168.
- SHAPIRO, C. (2010). Competition Policy in Distressed Industries. In ABA Section of Antitrust Law (Ed.), *Competition as Public Policy* (pp. 17). Chicago: ABA Publishing.
- SHELANSKI, H. A. (2010). Enforcing Competition During an Economic Crisis. *Antitrust Law Journal*, 77(1), 229-245.
- VICKERS, J. S. (2008). Financial Crisis and Competition Policy: Some Economics. *Global Competition Policy*, 12(1), 1.

COVID-19 E O DIREITO PENAL

Prof.^a Doutora Alexandra Vilela
Faculdade de Direito e Ciência Política
da Universidade Lusófona do Porto

A – INTRODUÇÃO¹

1.- Algumas palavras de contextualização do tema

O primeiro sentimento que quero deixar expresso nesta minha segunda conferência *online* da época COVID-19 é, precisamente, a de que preferia não ter de a fazer, pois tal significaria não termos de passar por estes tempos de pandemia, associada a problemas jurídicos e, obviamente, também penais. Afinal, onde está a Sociedade, está o Direito Penal. Razão, pois, mais do que suficiente para que eu não pudesse declinar o convite que me foi endereçado e o qual agradeço penhoradamente, com a esperança de poder trazer alguma luz sobre a relação entre estas duas realidades que se encontram em confronto no tema do meu *Webinar*.

2.- Alguns princípios e considerações que nos servirão de pano de fundo

Gostaria que todos tivéssemos como pano de fundo, ao longo de toda a minha intervenção, alguns princípios e/ou considerações fundamentais sobre o Direito

¹ O presente texto corresponde à versão desenvolvida da comunicação que apresentei no âmbito do *Webinar* “Covid-19 e o Direito Penal, no dia 7 de Maio de 2020, no âmbito da *Webinar Series* levadas a cabo pela Universidade Lusófona do Porto entre os dias 27 de Abril e 11 de Maio. Beneficiou, e muito, das intervenções efectuadas e encontra-se escrito ao abrigo da antiga ortografia.

Penal, que – penso eu – serem dados adquiridos para todos nós. São eles as seguintes:

- a. O Direito Penal apenas visa proteger bens jurídicos com dignidade penal, ou seja, aqueles que, no fundo, cada comunidade elege como fundamentais para si e cuja violação deverá ser sancionada com uma pena de prisão ou de multa, pois a infracção protege bens jurídicos com dignidade penal;
- b. O Direito Penal é um direito sancionatório estadual a que o Estado deve recorrer em *ultima ratio*, porque a intervenção do Direito Penal apenas deverá ocorrer depois de fracassada a intervenção de todos os outros ramos do direito, para eficazmente combater uma determinada conduta. Ou seja, impõe-se o respeito pelo cânone da carência de pena;
- c. A estas ideias junta-se uma outra, a saber: o Direito Penal, justamente porque é um Direito que tem por escopo a resolução de conflitos essenciais de uma determinada Sociedade, para bem cumprir tal desiderato, não pode prescindir dos dados que lhe são fornecidos por algumas disciplinas essenciais para a criação de normas penais: a criminologia, enquanto estudo empírico do crime, efectuado a partir da realidade social; e a política criminal, aquela que deve analisar a eficácia de cada uma das penas para o combate aos respectivos crimes e da eficácia e justeza das penas face a cada um dos crimes.
- d. A competência legislativa referente à “definição de crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como o processo criminal” pertence, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, à Assembleia da República ou, então, ao Governo, desde que se encontre munido da necessária autorização da sobredita Assembleia da República e, quando legisla em matéria criminal, sobretudo criando normas incriminatórias, deve obediência ao princípio da determinabilidade.
- e. E, se é deste modo que se passam as coisas quanto à actividade de produção de legislação penal, também não é menos verdade que o poder de julgar não pertence nem à Assembleia da República, nem ao Presidente da República, nem ao Governo. Não! A aplicação de penas e de medidas de segurança pertence a um outro órgão de soberania, qual seja, os Tribunais que, nos termos do n.º 1 do artigo 202.º da CRP, “são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”;

- f. Os Tribunais quando aplicam a lei penal deverão ter sempre presente os cânones da interpretação a fim de melhor alcançarem o âmbito de protecção da norma, para, desse modo, realizarem a justiça que o caso a decidir reclama.

Estas considerações introdutórias virão novamente a ser chamadas a propósito da análise de algumas disposições contidas na legislação já conhecida em matéria de Direito Penal sobre o COVID-19 e outras que com este último se relacionam e já existentes. Começemos, pois, pela análise de algumas normas da Lei n.º 9/2020, de 10 de Abril, normas essas que já produziram efeitos e que se localizam em sede de cumprimento ou de execução de pena.

B – O COVID-19 A EXIGIR MEDIDAS QUE JÁ PERTENCEM AO PASSADO

3.- O generalizado direito de graça contido na Lei n.º 9/2020, de 10 de Abril: o Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da doença COVID-19.

O direito de graça (ou as medidas de clemência, como lhe chama TAIPA DE CARVALHO) associa-se ao período a partir da Baixa Idade Média, em que o Rei chama a si o poder de perdoar. Com efeito, ainda segundo o autor, este direito do Rei resplandece naquele período em que o soberano tudo podia fazer: legislar em todas as matérias, julgar crimes, perdoar penas, apagar o crime da vida do perseguido, etc. De facto, se ele, como soberano tudo podia, igualmente, tinha o poder de chamar a si o direito de perdoar os crimes que ele próprio ditava e estabelecia e que em seu nome eram julgados². Todavia, ainda segundo o autor, a arbitrariedade e a voluntariedade real eram as características deste direito de perdoar, pois que se “só o rei podia fazer as leis e se só ele estava acima das suas leis, então só a ele pertencia o direito de perdoar”³.

Dada a já longínqua superação histórica em que se desenvolveu o direito de graça e vivendo nós em um Estado de Direito Material e Democrático, é com alguma perplexidade que, ainda hoje, vejo institutos próprios do direito de graça, como sejam a amnistia, o perdão genérico, o indulto e a comutação das penas,

2 TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª edição, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 40.

3 TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal...*, p. 40.

previstos quer na Lei Fundamental, quer no Código Penal, quer no Código de Execução de Penas. Estamos, com efeito, perante laivos de um Estado Absolutista que contrariam o princípio da separação dos poderes.

É certo que a amnistia há muito que não é concretizada. Porém, já o indulto presidencial e o perdão de penas com maior ou menor parcimónia ainda vão sendo concedidos pelo Presidente da República, aquando do Natal.

Face ao que vem de ser dito, não é difícil perceber que o lançar mão de qualquer “medida de clemência” choca frontalmente com o princípio da separação dos poderes. Na verdade, através do poder legislativo, seja prevendo uma amnistia, seja através do Presidente da República, concedendo um indulto, a pena aplicada pelo Tribunal é alterada e a sua execução interrompida. Eis, pois, a primeira razão de ser de uma das considerações acima efectuadas sob as alíneas *d)* e *e)*, segundo as quais, e em apertadíssima síntese, quem legisla é a Assembleia da República ou Governo e quem administra a justiça e quem julga são os Tribunais. São os Tribunais ainda que fazem executar as penas e acompanham o seu cumprimento (ou o seu não cumprimento).

Isto seria suficiente para criticarmos severamente a Lei n.º 9/2020, de 10 de Abril, em especial no que se refere ao perdão parcial das penas de prisão e ao indulto excepcional das penas, institutos respectivamente previstos nos seus artigos 2.º e 3.º. Não nos podemos, todavia, quedar por aqui.

3.1- O perdão parcial previsto no artigo 2.º da Lei n.º 9/2020

No caso de perdão parcial previsto no artigo 2.º da Lei n.º 9/2020, apenas se salva o facto de serem os tribunais de execução de penas que procedem à sua aplicação. Com efeito, aquele artigo, no seu n.º 8, diz isso mesmo, quando dispõe que compete “aos tribunais de execução de penas territorialmente competentes proceder à aplicação do perdão estabelecido na presente lei e emitir os respetivos mandados com carácter urgente”⁴

No entanto, atendendo o teor do artigo 2.º da Lei n.º 9/2020, quer-nos parecer que, verificados que sejam os pressupostos ali previstos, o juiz de execução de penas pouca ou nenhuma liberdade terá para não aplicar o perdão. Repito: a ser assim, como tudo indica que é, o perdão apenas é dado formalmente pelo respectivo

4 Texto do n.º 8 do artigo 2.º.

Tribunal, já que quem definiu os seus pressupostos, quem o impôs materialmente, foi a Assembleia da República, através da lei.

Depois, e ainda no que tange a este artigo, sem dele fazermos uma crítica exaustiva, porque tal se revelaria impossível aqui e agora, há outra nota que quero apontar, qual seja a de uma escolha pouco rigorosa dos crimes que aqui foram inseridos e dos que daqui foram excluídos. Apenas um exemplo, “ainda por cima”, extraído da mesma alínea. Com efeito, não compreendo a razão pela qual o agente que matou a vítima a seu pedido (artigo 134.º) pode beneficiar de um perdão, porque se trata de um crime onde há uma redução de culpa, assente no pedido de morte da vítima e, em contrapartida, o agente que pratica o homicídio privilegiado, previsto no artigo 133.º, não pode beneficiar desse mesmo perdão. Este último agente, que praticou o homicídio do artigo 133.º, matou a vítima por se encontrar debaixo de um estado de afecto que, tal como o do artigo 134.º, lhe reduz a culpa. Aliás, saliente-se que um daqueles estados, previstos no artigo 133.º, é o facto de o agente matar por compaixão, enquanto “estado de afecto ligado à solidariedade ou à comparticipação no sofrimento de outra pessoa”⁵. Assim, a meu ver, o artigo 133.º deveria estar igualmente contemplado na mencionada alínea.

Não sou, obviamente, nem podia ser, contra o tratamento humano e digno a dar a cada um dos reclusos, mas também não posso, nem devo esquecer, que o Estado, ao encarcerá-los, assume-se como garante das suas vidas e das suas saúdes. E essa obrigação está presente, existe e deve ser cumprida de forma perene, de uma forma geral, todos os dias que o recluso passe no interior do estabelecimento prisional e, em especial, deve ser cumprida outrossim, durante o período em que dure qualquer pandemia.

Ainda mais outra crítica a esta norma e que é a seguinte: o perdão aqui plasmado é concedido não em função de razões humanitária, de doença, etc., mas sim em função de um catálogo de crimes. Mais do que isso: o perdão pode ser concedido mesmo a um recluso que revela baixíssima taxa de reeducação, que não assume o mal que fez, que rejeita qualquer compromisso educativo com a sociedade e, ainda assim, porque não se enquadra no leque dos crimes excluídos, beneficia de forma perfeitamente injustificável do sobredito perdão. Porquê, se ele não se quer reintegrar? Porquê, ainda, conceder um perdão a uma pessoa que nem sequer está doente? Não se percebe.

5 FIGUEIREDO DIAS/ NUNO BRANDÃO, «ART. 133.º», in: *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo I*; 2.ª edição, Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 88.

3.2- O indulto excepcional previsto no artigo 3.º da Lei n.º 9/2020

Vejamos, agora, o artigo 3.º, referente ao indulto chamado de excepcional e com todo o acerto, porque efectivamente ele não segue o processo próprio do indulto geral, que se encontra previsto nos artigos 223.º e seguintes do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Com efeito, o processo de indulto não excepcional carece de um processo de instrução (n.º 1 do artigo 225.º), que decorre no Tribunal de Execução de Penas, é objecto de parecer do Ministério Público (n.º 1 do artigo 226.º) e, depois de tal parecer, o processo é novamente remetido ao juiz de execução de penas que sobre ele se pronuncia (n.º 2 do artigo 226.º).

Não é, todavia, este o processo a que está sujeito o indulto excepcional previsto no artigo 3.º, uma vez que, de toda a sua leitura, não resulta em momento algum que o processo de indulto seja examinado por um magistrado do Ministério Público e/ou por um Juiz⁶. Bem ao contrário: estamos aqui perante um processo de indulto que corre ao arrepio dos órgãos jurisdicionais, o que obviamente, e sem querermos ser repetitivos, não nos parece conforme com a CRP. Por isso, se já era crítica do perdão parcial, mais crítica ainda sou do indulto excepcional, ambos do diploma em análise.

Acresce que, aqui, em sede de indulto excepcional, são igualmente pertinentes as críticas que fiz ao catálogo de crimes mencionados no artigo 2.º e que estão excluídos não só do perdão, como também do indulto, conforme o disposto no n.º 5 do artigo 3.º.

Por outro lado, também é para mim absolutamente incompreensível a generalização contida no artigo 3.º, referente aos reclusos que podem beneficiar do indulto excepcional. São eles os reclusos que tenham 65 ou mais anos de idade, à data da entrada em vigor da Lei n.º 9/2020, e sejam portadores “de doença, física ou psíquica, ou de um grau de autonomia incompatível com a normal permanência em meio prisional no contexto desta pandemia”⁷. Na verdade, cremos que estas expressões tenham densificações no meio próprio e que aí não levantem dúvidas. Todavia, para melhor compreensão do seu significado pelo cidadão

6 Aliás, se atendermos ao n.º 4 do artigo 3.º, verificamos que, efectivamente, as normas referentes ao parecer do Ministério Público e à remessa ao Juiz não constam de tal número.

7 Letra do n.º 1 do artigo 3.º, da Lei n.º 9/2020.

comum, penso que se justificava uma explicação dos casos que ali se pretendem incluir, naquela expressão.

Assim, em bom rigor, ao momento actual, em que a informação e o esclarecimento são permanentes, o cidadão comum pode ter dificuldade em perceber – e deveria perceber – quais os casos que aqui se incluem. Afinal, as leis – sobretudo as penais (e esta *ainda* é uma lei pertencente ao ordenamento jurídico-penal) – devem ser claras e precisas, não devendo, pois, haver lugar a dúvidas quanto aos casos em que o legislador estava a pensar.

E, se bem vejo o problema, ocorre-me perguntar se este doente de 65 anos ou mais, que sofre de doença física ou psíquica e não tem autonomia compatível com a normal permanência em meio prisional no contexto da pandemia, ainda devia estar no estabelecimento prisional. Ocorre-me, ainda, perguntar se, pelo menos, o recluso não devia estar já em um específico sector do estabelecimento prisional, como sejam um sector próprio, destinado especificamente à colocação do recluso em quarto de segurança junto do sector clínico (artigo 9.º, n.º 5, c)), seja a colocação do recluso em sector, dentro do estabelecimento prisional, próprio para reclusos que se encontrem em estado de particular vulnerabilidade (artigo 9.º, n.º 5, d)). Ou mesmo, em última instância, não deveria esse recluso doente e já debilitado encontrar-se num Hospital Prisional?

Penso que às perguntas que acima fizemos apenas há espaço para respostas afirmativas, porque, repete-se, o Estado torna-se garante da vida e da integridade física do recluso, incumbindo-lhe, por isso mesmo, assegurar um conjunto de medidas que formam os princípios gerais de protecção da saúde do recluso. Incumbe-lhe, assim, defender e promover a sua saúde. Ora, se assim é, importa perguntar se o caminho a seguir deveria ter sido *mesmo* este, dos artigos 2.º e 3.º, ou se, o legislador não está a fazer justamente o oposto do que deveria fazer: isto é, ao invés de proteger e acautelar os reclusos doentes, solta-os e entrega-os à sua própria sorte, assim se libertando de mais um problema e esvaziando as prisões de mais uns quantos presos.

Podia falar de outras questões que, a meu ver, se levantam a propósito desta Lei, mas temos de avançar. Não sem que antes, *malgré tout*, manifeste o meu total acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA, quando nos diz que as “condições de prisão constituem muitas vezes um autêntico aspeto desumano e degradante, produto das imperfeições do sistema penal e penitenciário e da carência de infraestruturas, mas em muitos casos, mais não são do que o resultado do exercício

arbitrário e cruel do poder sobre as pessoas privadas da liberdade”⁸. Tudo isso é certo, sem dúvida. Todavia, a solução para este problema, não pode, nem deve passar pelo recurso ao direito de graça.

Como em tempos já afirmei, por sinal em terras longínquas de Portugal, o direito de graça não deixa de ser um acto de invasão do poder político na administração da justiça. Ganham, por isso, total pertinência, pelo menos a meu ver, as considerações introdutórias efectuadas sob as alíneas *d)* e *e)*.

4.- Os crimes de desobediência da época COVID-19, que já pertencem(?) ao passado

No passado mês de Abril, e depois de ter cogitado que tantos crimes de desobediência constituíam um caminho duvidoso para fazer cumprir o confinamento, a abstenção dos passeios fora do concelho e outros, eis que começo a ouvir falar na existência de problemas com os mesmos. Assim que, procurando saber qual era o problema aqui em causa, veio-me parar à mão um artigo de Diogo Cardoso Oliveira, publicado no Público-online⁹, de 17 de Abril de 2020, cujo título era o seguinte: *Com dúvidas sobre o crime de desobediência, Governo aconselha pedagogia em vez de punição*. Mais se transcrevia, nesse mesmo artigo, parte de um relatório do MAI onde constava que “No decurso da execução do Decreto n.º 2-A/20020, de Março, surgiram dúvidas interpretativas quanto ao âmbito de abrangência da cominação do crime de desobediência”.

Ora, assim, sem mais, concordamos com o abandono, neste caso concreto, do recurso ao crime de desobediência, previsto no artigo 348.º. Com efeito, estamos na presença de um tipo aberto que se caracteriza pelo facto de os “elementos constitutivos do ilícito respetivo [serem] descritos apenas parcialmente, devendo ser completados para determinação da matéria proibida”¹⁰. Ou, como diz CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, que, apenas a desobediência devida, só por si, não constitui crime, pois que a *dignidade penal* da conduta exige ainda “que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes: ou uma *disposição legal* que

8 GERMANO MARQUES DA SILVA, «A indignidade da pena de prisão. “Pro Homine”», in: *Temas de Direito*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020, pp. 9-24, p. 19.

9 <https://www.publico.pt/2020/04/17/sociedade/noticia/duvidas-crime-desobediencia-governo-aconselha-pedagogia-punicao-1912738>

10 MIGUEZ GARCIA, CASTELA RIO, «DESOBEDIÊNCIA 348.º», in: *Código Penal – Parte geral e Parte especial*, 2.ª edição, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015, p. 1234.

comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente *cominação* feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado”¹¹.

Conforme nos dá conta CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, a existência deste crime no âmbito do Código Penal foi contestada por FIGUEIREDO DIAS, tendo merecido, nessa mesma sede, igualmente a crítica de SOUSA E BRITO, dada a amplitude com que o crime se encontrava construído¹².

Entrando na análise de alguns crimes de desobediência ligados ao COVID-19, devo dizer que, no caso concreto do artigo 3.º, referente ao confinamento obrigatório, não creio, de todo, que a criminalização da violação da obrigação de confinamento aos doentes COVID-19 e aos infectados com SARS-Cov2, bem como àqueles cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado vigilância activa, seja uma medida sensata.

Na verdade, por um lado, fica-se sem se saber se o infectado com SARS-Cov2 tem conhecimento de que se encontra infectado e como é que a autoridade descobre tal facto, para assim lhe levantar um processo por desobediência. Por outro, também não entendo, e penso que muitos outros cidadãos também não, a noção do significado de “vigilância activa”.

Mas mais ainda: quem lê os mencionados Decretos n.º 2-A/2020 e 2-B/2020, fica sem perceber se há alguns crimes de desobediência espalhados por lá, ou apenas o dos artigos 3.º dos dois diplomas. Isto porquê? Porque, nos dois diplomas legais, se consagra o dever geral de recolhimento domiciliário, dizendo a lei que os cidadãos “só podem circular” se se encontrarem numa das situações previstas na lei. Todavia, aí não se diz que a violação dos deveres constitui crime de desobediência. Ora, será que o cidadão comum, o verdadeiro destinatário da lei, fica esclarecido quanto ao que não pode fazer, porque constitui um crime e quanto àquilo que igualmente não pode fazer, mas que já não é crime? Creio que não.

Com efeito, como acima referi, penso que apenas o artigo 3.º, referente ao confinamento obrigatório, constitui crime de desobediência que se encontra previsto nos dois diplomas.

Quanto ao crime de desobediência, previsto no artigo 348.º, gostaria de salientar, na senda de Faria Costa, que qualquer norma penal em branco, ou seja, “a

11 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «ART. 348.º», in: *Comentário Conimbricense ao Código Penal – Tomo III*, Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 351.

12 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «ART. 348.º», p. 351.

norma que reenvia para outro ordenamento jurídico extra-penal” tem de revestir a forma de lei¹³. Ora, em ambos os casos, estamos perante um Decreto, emanado do Conselho de Ministros, o que não se compadece com a exigência acima identificada. Mais ainda: o teor do artigo 348.º reclama determinação por outras fontes, e apenas o conteúdo dessas fontes dá sentido ao crime de desobediência aqui em causa. Por isso, tais elementos constitutivos do crime apenas poderiam constar ou de uma Lei ou de um Decreto-Lei autorizado¹⁴. Não é o caso.

Um último apontamento a propósito da alínea *j*) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto n.º 2-B/2020: aí se refere que são permitidas “deslocações por outras razões familiares imperativas, designadamente o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais”. Ora, se um progenitor ler esta norma, a fim de aquilatar se pode ou não ir buscar o seu filho, que reside em outro concelho, e se tiver ao seu lado a acta que regula as responsabilidades parentais, certamente fica sem perceber se pode ou não ir buscar a criança que reside com o outro progenitor para assim exercer o seu direito de visita. Porquê? Porque, nesta norma, do artigo 5.º, n.º 1, *j*) se usa a expressão “partilha de responsabilidades parentais”, sendo que esta não é usada pela lei. Com efeito, ou o exercício das responsabilidades é comum a ambos os progenitores e o menor reside na casa de ambos de forma alternada, ou o exercício das responsabilidades parentais de questões relativas à vida corrente do menor é exercida apenas por um progenitor, que, por regra, é com quem ele habita. Por isso, repito: não sei a que casos o legislador se refere quando usa a expressão “partilha de responsabilidades parentais” e o certo é que não é bom para o destinatário da lei.

Para encerrar este ponto, chamo a atenção para as considerações introdutórias que fiz nas alíneas *a*), *b*), *c*) e *d*), quanto ao facto de a criminologia e política criminal contribuírem para a descriminalização, para a despenalização, ou ainda para a despenalização relativa e para a segunda parte da alínea *e*), quando se invoca o princípio da determinabilidade.

13 FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional casa da Moeda, 2017, p. 138 e s.

14 Veja-se, de novo, FARIA COSTA, na mesma obra e páginas.

C – UM POSSÍVEL RUMO (mas não desejado) PARA O DIREITO PENAL DO FUTURO A PROPÓSITO DO COVID-19

Aqui chegados, e tendo novamente presentes as considerações introdutórias efectuadas sob a alínea *f*), gostaria de manifestar o meu desejo de que as autoridades judiciárias não embarquem em ritmos frenéticos de procura de um responsável pelo contágio do COVID-19, através do crime de propagação de doença, que iremos ver em seguida. Por outro, também não gostaria que o legislador entrasse num processo de neocriminalização para sancionar vítimas de pequenos furtos para satisfação de necessidades essenciais, suas ou dos seus familiares mais próximos. Igualmente não gostaria que o legislador criasse um tipo legal de crime em que se puna mais severamente o agente que, para se apropriar de um objecto da vítima, fazendo sua a coisa alheia, use a ameaça de tossir para cima dela, alegando ser portador do COVID-19. A meu ver, tão-pouco é necessário legislar criando um furto agravado em que a vítima do crime sofre de COVID-19. Expliquemos, pois, ainda que de forma sumária, os casos agora equacionados.

5.- O crime de propagação de doença, previsto na alínea *a*) do artigo 283.º do Código Penal: “Quem propagar doença contagiosa e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”

Fico apreensiva quando penso que as autoridades judiciárias poderão passar a olhar para esta norma com maior frequência, nestes tempos de pandemia, sem fim à vista, a propósito da propagação do COVID-19.

Com efeito, basta olharmos para o seu teor, para perceber que os seus elementos típicos são de prova difícil. Isto é, sendo a propagação, em certo sentido, difundir a doença, como nos diz DAMIÃO DA CUNHA¹⁵, e havendo necessidade de criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, impõe-se que seja efectuado o nexos causal entre a colocação em perigo da vida da vítima ou da colocação em perigo da sua integridade física e a conduta “propagar doença contagiosa”. Com efeito, sendo o Homem um ser sociável – agora menos, infelizmente – é bastante provável não se lograr a identificação do agente que propagou

15 DAMIÃO DA CUNHA, «ART. 283.º», in: *Comentário Conimbricense ao Código Penal – Tomo II*, Dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.1009.

a doença. Estes problemas vindos de referir colocam-se com maior pertinência nas condutas negligentes, previstas no n.º 3 do citado diploma legal.

6.- Pede-se ao legislador uma tarefa de contenção legislativa em matéria de neocriminalização face ao Direito Penal dúctil que já temos

6.1.- O artigo 207.º e a natureza particular de alguns crimes e o agente infectado com COVID-19 a poder beneficiar do regime aqui contido

Entendo que o legislador queira ser mais flexível e menos duro com as vítimas do COVID-19 que praticam furtos. Todavia, não é necessário norma especial, no que tange a este crime. Na verdade, o artigo 207.º do Código Penal, que altera a natureza processual do crime de furto e de abuso de confiança simples de semipúblico para particular, pode ser um bom contributo para não penalizar em demasia o autor do crime que é, à vez, portador da doença COVID-19. E, neste ponto, remeto para as considerações efectuadas sob as alíneas *a)*, *b)* e *f)*.

6.2.- O artigo 210.º e o roubo cometido pelo agente infectado com COVID-19 e que dele se prevalece para levar a cabo o seu crime

Esta norma possui, sem dúvida alguma, capacidade para aí incluir o roubo com a ameaça de contágio de doença, na medida em que a liberdade de decisão da vítima é colocada em causa, dado que o agente “ameaça com perigo iminente para a vida ou para a integridade física”¹⁶. Por tal motivo, fica a esperança de que o legislador não se esqueça do n.º 1 do artigo 210.º, naquele excerto que transcrevemos.

Mas mais ainda: se o agente avançar mesmo para uma situação de efectivação do contágio, sempre as instâncias judiciais se poderão socorrer da alínea *a)* do n.º 2, do artigo 210.º, referente à produção de perigo para a vida, facto que constitui uma agravação do crime de roubo simples.

¹⁶ O texto entre aspas corresponde a parte do teor do n.º1 do artigo 210.º do Código Penal.

6.3.- A alínea d) do n.º 1 do artigo 204.º e a vítima do furto infectada com COVID-19 que sanciona de forma mais severa o agente, face ao artigo 203.º, onde se encontra plasmado o furto simples

Ao invés da norma anteriormente referida, que beneficia o agente, esta, aqui em causa, agrava a punição do agente, ao dispor que a sua sanção será mais pesada, quando a vítima escolhida seja alguém que se encontre em situação de particular vulnerabilidade, por exemplo, por causa de doença. No fundo, no caso que nos ocupa, o agente furta aquela pessoa justamente, porque se aproveita dolosamente do facto de a vítima ser portadora do COVID-19, o que objectivamente constitui uma situação de fraqueza do ofendido. Tudo, enfim, razões que apontam a desnecessidade de criar novos crimes, sem primeiro olharmos para os que temos.

D - CONCLUSÃO

Os tempos não correm de feição. Mas tenhamos presente, hoje e amanhã, que o Direito Penal é um direito que ofende gravemente direitos, liberdades e garantias. Por isso, são necessárias cautelas na hora de legislar em matéria penal. Depois, revela-se ainda absolutamente necessário que o legislador se saiba exprimir com clareza e rigor, tendo sempre presente que a indeterminação e as cláusulas gerais são avessas ao Direito Penal. É, outrossim, absolutamente imprescindível que o intérprete sabia “ler”, no sentido de interpretar as normas incriminatórias, para que possa compreender o que é que a norma quer dizer; qual, enfim, o seu âmbito de protecção. Tudo isto sem se esquecer de que ela não existe isolada nem no ordenamento jurídico-penal em especial, nem no ordenamento jurídico em geral.

COVID-19 E A SUA INTERFERÊNCIA NOS PRAZOS PROCESSUAIS

Dr. Luís Filipe Salabert

Faculdade de Direito e Ciência Política
da Universidade Lusófona do Porto

No âmbito dos Webinar organizados pela Universidade Lusófona do Porto sob o tema geral “*COVID-19 e o Direito*”, fui honrado com o convite, que muito gostosamente aceitei, para produzir uma pequena conferência subordinada ao tema específico “*COVID-19 e a sua interferência nos prazos processuais*”, a qual teve lugar no dia 8 de Maio passado.

O que segue é apenas o pequeno apontamento que serviu de *aide memoire* à exposição.

I. Contexto histórico

As notícias que, desde Janeiro de 2020, deram conta da existência de uma doença antes desconhecida, altamente contagiosa e idónea para provocar a morte dos com ela infectados, provocaram na generalidade dos cidadãos, mormente nos nacionais, um medo —em alguns casos, pânico—, potencialmente inibidor do normal curso de vida.

A emergência sanitária (que ainda estamos a viver) impactou no dia a dia dos serviços judiciais levando à perturbação da actividade dos diversos serviços e, como não podia deixar de ser, dos processos neles pendentes e dos processos que devessem neles ser iniciados.

Verificandose uma concentração de casos de infecção nos concelhos de Louxada e de Felgueiras, a Direcção-geral da Saúde adoptou medidas extraordinárias,

rectius o encerramento de todas as escolas e instituições como ginásios, piscinas ou cinemas, além de desaconselhar, a quem residisse naqueles concelhos, deslocações desnecessárias e a participação em reuniões com elevado número de pessoas.

II. Primeiras medidas (administrativas)

Foi essa realidade que, em Março (dia 9), levou a Senhora Directorageral da Administração da Justiça a produzir um despacho que determinou a suspensão (sem prejuízo do serviço urgente) da actividade das secretarias dos núcleos de Lousada (juízo de execução, juízo local cível, juízo local criminal, unidade central e serviços do Ministério Público) e de Felgueiras (juízo local cível, juízo local criminal, unidade central e serviços do Ministério Público) do Tribunal Judicial da Comarca do Porto Este, a qual deveria durar até que fosse levantada pelas Autoridades de Saúde a medida de encerramento das instituições públicas naqueles concelhos.

III. Primeiras medidas (no âmbito do judiciário)

Ainda em Março, no dia 11, foi divulgado um apelo conjunto da Presidência da Comarca do Porto e do Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados, dirigido a todos os Advogados e a todos os Juízes para, por acordo, providenciarem pelo adiamento de todas as diligências, com excepção das que tivessem carácter urgente.

No mesmo dia, foi dada a conhecer a Divulgação 67 do Conselho Superior da Magistratura, a qual reportava aos Magistrados Judiciais que o adiamento de diligências processuais agendadas, que não possuíssem natureza urgente, desde que fundamentadas e reportadas ao Juiz Presidente da Comarca respectiva, se integravam no âmbito da competência funcional dos Juízes titulares dos processos, não carecendo, portanto, de prévia autorização daquele CSM.

IV. Medidas legislativas

A. Decretolei 10A/2020, de 13/03/2020

Este diploma interferiu na tramitação dos processos a dois níveis:

1. O artigo 14º, com a epígrafe “*Justo impedimento, justificação de faltas e adiamento de diligências processuais e procedimentais*” veio considerar que a emissão de uma declaração por uma autoridade de saúde atestadora da necessidade de um período de isolamento de um sujeito processual, seria fundamento para a alegação de justo impedimento e/ou para a justificação da sua não comparência quando convocado, em todos os processos, procedimentos, actos e diligências que corresse os seus termos nos tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, tribunais arbitrais, Ministério Público, julgados de paz, entidades de resolução alternativa de litígios, cartórios notariais, conservatórias, serviços e entidades administrativas, no âmbito de procedimentos contra-ordenacionais, respectivos actos e diligências e no âmbito de procedimentos, actos e diligências regulados pelo Código do Procedimento Administrativo e demais legislação administrativa;

2. O artigo 15º, com a epígrafe “*Encerramento de instalações*” veio estipular que, em caso de encerramento das instalações onde devessem ser praticados os actos processuais referidos no artigo 14º, ou de suspensão de atendimento presencial nesses locais por decisão de autoridade de saúde, considerarseia suspenso o prazo para a prática do acto em causa, contando-se a suspensão desde o dia do encerramento ou da suspensão até ao dia em que, por decisão da autoridade de saúde, fossem reabertas as instalações ou retomado o atendimento presencial.

CRÍTICA:

1. Este diploma, ao invadir a reserva de competência legislativa da Assembleia a República em matéria de direitos, liberdades e garantias (CRP1651/b), estava ferido de inconstitucionalidade orgânica;

2. A regulamentação do “*justo impedimento*” redundou numa limitação efectiva do poder do juiz, ao sujeitar o recurso ao instituto à prévia emissão de uma declaração pela autoridade de saúde, inibindo o recurso a outros meios de prova;

3. A obtenção da declaração da autoridade de saúde exigiria a deslocação dos sujeitos processuais necessitados de um período de isolamento aos centros de saúde... assim “violando” o isolamento!

4. A regulamentação da “suspensão de prazo para a prática de acto processual” exigiria que, no momento da prática de um acto, o sujeito processual (ou o seu mandatário) apurasse se o serviço se encontrava encerrado, uma vez que tal informação não era fornecida —como devia ter sido previsto— pelo CITIUS.

A. **Lei 1A/2020, de 19 de Março**

Este diploma veio “corrigir” a inconstitucionalidade material de que padecia o DL10A/2020, ratificando os seus efeitos (artigo 2º) e determinando que a produção de efeitos da Lei se reportaria à data de produção de efeitos do Decretolei (artigo 10º).

Quanto aos prazos em processos pendentes:

1. Fez aplicar o regime das férias judiciais a todos os processos e procedimentos pendentes nos tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, Tribunal Constitucional, Tribunal de Contas e demais órgãos jurisdicionais, tribunais arbitrais, Ministério Público, julgados de paz, entidades de resolução alternativa de litígios, órgãos de execução fiscal, cartórios notariais e ainda aos procedimentos contraordenacionais, sancionatórios e disciplinares que corram termos em serviços da administração directa, indirecta, regional e autárquica e demais entidades administrativas, designadamente as independentes, incluindo o Banco de Portugal e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (artigo 7º, nºs 1 e 6a);

2. O mesmo regime foi mandado aplicar a todos os prazos administrativos que corram a favor de particulares (artigo 7º, nº 6b) e também aos prazos tributários respeitantes a actos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza, bem como aos prazos para a prática de actos no âmbito dos mesmos procedimentos tributários (artigo 7º, nºs 6c e 7);

3. Suspendeu os prazos nos processos urgentes (artigo 7º, nº 5);

4. Permitiu a realização de diligências, em qualquer processo, quando seja tecnicamente viável a prática de actos processuais e procedimentais remotamente (artigo 7º, nº 8);

5. Permitiu a realização de diligências presenciais de natureza urgente nos processos de promoção e protecção, tutelares educativos, à ordem dos quais existam arguidos presos, ou em que estejam em causa direitos fundamentais, desde que a sua realização não implique a presença de um número de pessoas superior ao previsto pelas recomendações das autoridades de saúde e de acordo com as orientações fixadas pelos conselhos superiores competentes (artigo 7º, nº 9);

6. Suspendeu as acções de despejo, os procedimentos especiais de despejo e os processos para entrega de coisa imóvel arrendada, quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria (artigo 7º, nº 10);

1. Fixou o termo do regime excepcional para a data a definir por decretolei (artigo 7º, nº 2) e determinou que a Assembleia da República, após a data de cessação da situação excepcional, procederá à adaptação, em diploma próprio, dos períodos das férias judiciais a vigorar em 2020 (artigo 7º, nº 11).

Quanto aos prazos em processos a iniciar:

2. Determinou que a situação excepcional constitui causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos (artigo 7º, nº 3) e prescreveu que este regime de suspensão prevalece sobre quaisquer outros regimes que estabeleçam prazos máximos imperativos de prescrição e de caducidade, sendo os mesmos alargados pelo período em que vigorar a situação excepcional (artigo 7º, nº 4).

A. **Lei 4A/2020, de 06/04/2020**

Esta lei veio introduzir a primeira alteração à L1A/2020)

Quanto aos prazos em processos pendentes:

1. Em substituição da aplicação do regime das férias judiciais, prescreve que ficam suspensos todos os prazos para a prática de actos processuais e procedimentais que devam ser praticados no âmbito dos processos e procedimentos que corram termos nos tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, Tribunal Constitucional, Tribunal de Contas e demais órgãos jurisdicionais, tribunais arbitrais, Ministério Público, julgados de paz, entidades de resolução alternativa de litígios e órgãos de execução fiscal ficam suspensos até data a definir por decretolei no qual se declara o termo da situação excepcional (artigo 7º, nºs 1 e 2);

2. Permite a tramitação dos processos e a prática de actos presenciais e não presenciais não urgentes, por via electrónica [APRECIACÃO POR TODAS AS PARTES] (artigo 7º, nº 5a);

3. Permite a proferição de decisão final nos processos em que não seja necessária a realização de novas diligências [APRECIACÃO PELO TRIBUNAL E DEMAIS ENTIDADES] (artigo 7º, nº 5b)

4. Suspende os actos executivos, com excepção dos que ponham em causa a subsistência ou causem prejuízos ao exequente [APRECIACÃO PELO JUIZ] (artigo 7º, nº 6b);

5. Permite a tramitação dos processos urgentes, sem suspensão ou interrupção de prazos, actos ou diligências (artigo 7, nº 7), com subordinação ao seguinte regime:

A) [PROCESSOS URGENTES EM GERAL, V.G. PROCEDIMENTO CAUTELAR, INSOLVÊNCIA] Nas diligências que requeiram a presença física das partes, dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, a prática de quaisquer actos processuais e procedimentais realizase [APRECIACÃO PELO JUIZ] através de meios de comunicação à distância adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente;

B) [PROCESSOS URGENTES EM ESPECIAL, V.G. ARGUIDOS PRESOS] Quando não for possível [APRECIACÃO PELO JUIZ] a realização das diligências que requeiram a presença física das partes, dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, nos termos da alínea anterior, e esteja em causa a vida, a integridade física, a saúde mental, a liberdade ou a subsistência imediata dos intervenientes, pode realizarse presencialmente a diligência desde que a mesma não implique a presença de um número de pessoas superior ao previsto pelas recomendações das autoridades de saúde e de acordo com as orientações fixadas pelos conselhos superiores competentes;

C) [TODOS OS PROCESSOS URGENTES] Caso não seja possível, nem adequado [APRECIACÃO PELO JUIZ], assegurar a prática de actos ou a realização de diligências nos termos previstos nas alíneas anteriores, aplicase também a esses processos o regime de suspensão referido no nº 1;

6. Considera urgentes (artigo 7º, nº 8), para o efeito da aplicação do regime prescrito no artigo 7º, nº 7,

a) Os processos e procedimentos para defesa dos direitos, liberdades e garantias lesados ou ameaçados de lesão por quaisquer providências inconstitucionais

ou ilegais, referidas no artigo 6º da Lei nº 44/86, de 30 de Setembro, [REGIME DO ESTADO DE SÍTIO E DO ESTADO DE EMERGÊNCIA] na sua redacção actual;

- b) O serviço urgente previsto no nº 1 do artigo 53º do DecretoLei nº 49/2014, de 27 de Março, [ROFTJ] na sua redacção actual [O SERVIÇO URGENTE REFERIDO NO Nº 2 DO ARTIGO 36º DA LEI Nº 62/2013, DE 26 DE AGOSTO, REFERE-SE DESIGNADAMENTE AO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NA LEI DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL, NA LEI DE SAÚDE MENTAL, NA LEI DE PROTECÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO E NO REGIME JURÍDICO DE ENTRADA, PERMANÊNCIA, SAÍDA E AFASTAMENTO DE ESTRANGEIROS DO TERRITÓRIO NACIONAL, QUE DEVA SER EXECUTADO AOS SÁBADOS, NOS FERIADOS QUE RECAIAM EM SEGUNDA-FEIRA E NO SEGUNDO DIA FERIADO, EM CASO DE FERIADOS CONSECUTIVOS.];
- c) Os processos, procedimentos, actos e diligências que se revelem necessários a evitar dano irreparável, designadamente os processos relativos a menores em risco ou a processos tutelares educativos de natureza urgente e as diligências e julgamentos de arguidos presos.

7. Prevê a manutenção da suspensão de prazos nos procedimentos que corram termos em cartórios notariais e conservatórias (artigo 7º, nº 9a);

8. Prevê a manutenção da suspensão de prazos nos procedimentos contraordenacionais, sancionatórios e disciplinares que corram termos nos serviços da administração do Estado e entidades administrativas independentes (anterior artigo 7º, nº 6b), especifica que os “*actos e diligências*” anteriormente referidos respeitam a “*actos de impugnação judicial de decisões finais ou interlocutórias*” e prevê a aplicação do mesmo regime aos procedimentos contraordenacionais, sancionatórios e disciplinares que corram termos também na Autoridade da Concorrência, na Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões e nas associações públicas profissionais (artigo 7º, nº 9b);

9. Mantém a suspensão (artigo 7º, nºs 9c e 10) de prazos para a pática de actos em procedimentos administrativos e tributários que corram a favor de particulares (anterior artigo 7º, nºs 6c e 7), explicitando que no conceito de procedimentos tributários se incluem —além dos actos de interposição de impugnação judicial, reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza— também os actos processuais ou procedimentais subsequentes àqueles;

10. Prevê especificamente a não suspensão dos prazos para a prática de actos a realizar exclusivamente por via electrónica no âmbito das atribuições do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I. P. (artigo 7º, nº 12);

11. Prevê a manutenção do regime de suspensão das acções e procedimentos de despejo, até à cessação da situação excepcional em data a definir por decreto-lei (artigo 7º, nºs 1 e 2).

Quanto aos prazos em processos a iniciar:

12. Mantém o regime da suspensão de todos os prazos de prescrição e caducidade (artigo 7º, nºs 3 e 4);

13. Suspende o prazo de apresentação à insolvência (artigo 7º, nº 6a);

NOTAS:

1. Nos processos urgentes, os prazos recomeçaram a contar no dia 07/04/2020.

2. A suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade não tem aplicação aos inquéritos disciplinares laborais em que sejam arguentes entidades privadas;

3. O regime da suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade é aplicável a todas as acções e procedimentos que devam ser propostos ou instaurados na duração da situação de excepção, i. e., os prazos substantivos de propositura de acções de anulação (CC2871) ou de preferência (CC14101) e bem assim os prazos adjectivos de propositura de procedimentos (CPC3731/a, CPC395);

4. A fim de evitar dúvidas sobre o regime da suspensão dos prazos de prescrição e caducidade, bom será que o legislador, no anunciado decreto-lei que virá fixar o *dies ad quem* da situação excepcional, venha a estabelecer um número de dias, certo e único para todas as situações, que acresçam aos prazos suspensos pela entrada em vigor da Lei 1A2020.

SOBRE O USO DE TECNOLOGIAS E DE IA EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA, À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA ÉTICA: PRIVACIDADE VS VIDA

Prof. Doutor Cláudio R. Flores

Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto

RESUMO

Desde janeiro de 2020, a comunidade científica internacional vem desenvolvendo esforços no sentido de mitigar a disseminação e encontrar tratamentos para a pandemia provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2). Tratando-se de um problema eminentemente de saúde pública, na linha da frente desses esforços encontram-se, desde logo, as ciências médicas e farmacêuticas. Tem vindo, também, a revelar-se essencial o contributo das tecnologias, em especial da Inteligência Artificial (IA), em virtude da necessidade de processamento e rápida partilha de dados a que a atual emergência obriga. No presente estudo, podemos observar que esta conjugação de esforços científicos vem revelando, mais do que nunca, ser essencial para responder com prontidão a esta ameaça global. Observa-se, ainda, como as tecnologias digitais têm tornado possível que uma grande parte das atividades sociais e económicas continuem a poder desenvolver-se. No contexto desta corrida global para deter a enfermidade, emergem muitas questões que necessitam, também, do auxílio das ciências sociais, em particular do Direito, nomeadamente, para salvaguardar que as decisões políticas não colocam em risco direitos fundamentais há muito consagrados em tratados, convenções, cartas e constituições dos países democráticos. Ora, perante esta necessidade de esforço global e concertado das diversas áreas científicas, cabe-nos equacionar qual o papel que deverá ser assumido pela Ciência Jurídica perante a excecionalidade da atual situação. No presente estudo, verificamos que a proteção do Direito à Privacidade e a utilização de dados pessoais, vem sendo objeto de controvérsia,

apresentando-se, inclusive, como um possível obstáculo à completa aplicação de todos os recursos tecnológicos disponíveis para debelar o problema mundial de saúde. Face a este cenário, preconiza-se uma abordagem e contribuição jurídica fundada, em três pilares básicos: (i) a imperiosa necessidade de facilitar o desenvolvimento e colocação em prática dos meios que ajudem a mitigar a crise de saúde mundial; (ii) a necessidade de permitir que, perante a excecionalidade da situação sejam, também, adotadas medidas excepcionais e, finalmente (iii) a necessidade de proceder a uma interpretação da legislação pré-existente à luz das atuais circunstâncias, nomeadamente, tendo em consideração a prevalência de alguns direitos fundamentais - Direito à Vida (e à integridade da mesma) - sobre outros, como o Direito à Privacidade e o (subsequente) direito à proteção de dados pessoais, os quais, apesar de fundamentais, num contexto de crise como o atual, não se sobrepõem nem eticamente, nem logicamente àqueles outros dois. Conclui-se que, mediante uma interpretação atualista, que tem em conta a urgência da situação, é possível legitimar soluções técnicas que, respeitando o princípio da proporcionalidade, contribuam para enfrentar com sucesso a presente crise mundial, nomeadamente as que passam pelo recurso a sistemas de diagnóstico e rastreamento da população com recurso às tecnologias disponíveis. Da análise realizada, emerge uma solução que, além de estar em conformidade com as mais recentes orientações das Nações Unidas em matéria de respeito pelos Direitos Humanos no âmbito da resposta à crise, permite ainda um alinhamento das Ciências Jurídicas com os esforços das demais áreas científicas que tentam encontrar respostas para um problema que, pela sua gravidade, transcende as fronteiras políticas, ideológicas e doutrinárias.

PALAVRAS-CHAVE

Direito e Tecnologia; Ética; Inteligência Artificial; AI; Machine learning; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Privacidade; Coronavírus (Covid-19); Contact tracing Apps; Direitos de Personalidade; Direito da União Europeia; Proteção de Dados; Interpretação jurídica

1. TECNOLOGIA NO COMBATE À PANDEMIA. INTRODUÇÃO

“Uma lei só tem sentido quando integrada num ordenamento vivo e muito em especial, enquanto harmonicamente integrada na unidade dos sistema jurídico” - J. Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador.

A incorporação massiva das tecnologias digitais nas mais diversas áreas da Sociedade (a designada, “4.^a revolução industrial»)¹ vinha já merecendo especial acompanhamento por parte da Ciência jurídica mundial.² A atenção tem vindo a centrar-se, em especial, nos temas da recolção e privacidade dos dados pessoais³, nas tecnologias financeiras (*fintech*), envolvendo a utilização de moedas digitais (*cryptocurrencies*) assentes em plataformas de registo descentralizado de transações (*e.g.*, *Blockchain*)⁴ e, cada vez mais, na Inteligência Artificial (IA) e nos riscos associados à mesma, nomeadamente no plano dos Direitos Fundamentais emanados da Ética⁵.

Com emergência da pandemia do Covid-19, esse processo acelerado de transformação social tornou-se ainda mais notório e, podemos estar, já não (apenas) perante uma “revolução”, mas uma “explosão” tecnológica, uma vez que grande parte da vida social, inclusive, laboral, subitamente, passou a processar-se através de dispositivos digitais conectados à Internet⁶.

1 Schwab, Klaus. 2017. *The Fourth Industrial Revolution*. Currency.

2 Lloyd, Ian. 2017. *Information Technology Law*. v, também, Oxford University Press; Hutchinson, Terry. 2017. “Legal Research in the Fourth Industrial Revolution.” *Monash UL Rev* 43: 567.

3 Fuster, Gloria González. 2014. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Springer Science & Business; Pagallo, U. 2017. “The Legal Challenges of Big Data.” *European Data Protection Law Review* 3 (1): 36–46.

4 Arner, Douglas W., Dirk A. Zetzsche, Ross P. Buckley, and Janos N. Barberis. 2017. “FinTech and RegTech: Enabling Innovation While Preserving Financial Stability.” *Georgetown Journal of International Affairs* 18 (3): 47–58.

5 Rissland, E. L. 1990. “Artificial intelligence and law: Stepping stones to a model of legal reasoning”. *The Yale Law Journal*, 99 (8): 1957-1981; Mittelstadt, Brent Daniel, and Luciano Floridi. 2016. “The Ethics of Big Data: Current and Foreseeable Issues in Biomedical Contexts,” 445–80.

6 Ranchordas, Sofia. 2020. “We Teach And Learn Online. Are We All Digital Citizens Now? Lessons On Digital Citizenship From The Lockdown.” I-CONnect. May 13, 2020. <http://www.iconnectblog.com/2020/05/we-teach-and-learn-online-are-we-all-digital-citizens-now-lessons-on-digital-citizenship-from-the-lockdown/>.

De facto, desde o primeiro momento de resposta internacional à mais recente pandemia provocada pelo Covid-19 que as tecnologias digitais, em especial os sistemas equipados com Inteligência Artificial revelaram ser de extrema utilidade para diagnosticar⁷, conter, mitigar e tentar encontrar curas para esta doença⁸.

Logo em janeiro de 2020 foi possível observar como nos países inicialmente mais afetados (*e.g.*, China e Coreia do Sul)⁹, rapidamente começaram a ser utilizadas as mais diversas tecnologias - nomeadamente, a medição de temperatura corporal em espaços públicos e aeroportos com recurso a sistemas de deteção automática, a utilização de *drones*, equipados com câmaras capazes de reconhecer o uso de máscaras de proteção por parte dos transeuntes. Finalmente, começaram a ser adotados também sistemas que permitem, através do sistema de ‘*bluetooth*’ e de geolocalização e com uma aplicação informática instalada no telemóvel (*app*), rastrear os movimentos das pessoas, identificando se as mesmas estiveram em contacto (ou em proximidade) com outras pessoas contagiadas ou potencialmente contagiadas¹⁰.

1.1. Inteligência Artificial e Machine learning

No âmbito da IA, vem suscitando crescente preocupação, o proliferar de sistemas capazes de se programarem (ou ajustarem a programação inicial) sem intervenção humana para tarefas distintas das iniciais (*machine learning*¹¹). Nomeadamente, robôs que recolhendo dados e informações do ambiente circundante (com recurso a câmaras, sensores, etc.) adaptam a sua capacidade para executar tarefas variáveis conforme os factos concretos que se apresentem (de forma muito

7 Naudé, Wim (2020) : Artificial Intelligence against COVID-19: An Early Review, IZA Discussion Papers, No. 13110, Institute of Labor Economics (IZA), Bonn

8 Singularity Hub. 2020. “DeepMind’s Protein Folding AI Is Going After Coronavirus.” Singularity Hub. March 17, 2020. <https://singularityhub.com/2020/03/17/how-deepminds-ai-is-working-to-decode-coronavirus/>.

9 Phelan, Alexandra L., Rebecca Katz, and Lawrence O. Gostin. 2020. “The Novel Coronavirus Originating in Wuhan, China.” *JAMA* 323 (8): 709. <https://doi.org/10.1001/jama.2020.1097>.

10 “Tracking COVID-19: Hunting The Virus With Technology, AI, And Analytics.” Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence. April 2, 2020. <https://hai.stanford.edu/blog/tracking-covid-19-hunting-virus-technology-ai-and-analytics>.

11 Jordan, Michael I., and Tom M. Mitchell. “Machine learning: Trends, perspectives, and prospects.” *Science* 349, no. 6245 (2015): 255-260.

similar ao normal processo cognitivo e de decisão Humana)¹². Esta é atualmente uma área de rápida evolução e que gera preocupações ao nível da segurança global, nomeadamente quanto à possibilidade de as ditas decisões autónomas serem tomadas numa base de eficiência sem atender aos valores Ético-morais próprios do Ser Humano¹³.

Este cenário, onde a recolha e processamento de informação pessoal é sujeita a um tratamento automático obriga os legisladores mundiais a manterem-se atentos e a acompanhar estes desenvolvimentos tecnológicos, para que, em nenhum caso, os princípios éticos que ajudaram a moldar os atuais direitos fundamentais (presentes no nosso texto constitucional e nas cartas e tratados internacionais) sejam afetados.

Neste momento, porém, a grande ameaça à humanidade é o novo coronavírus. Pelo que se impõe a colocação em prática dos mais diversos recursos científicos à disposição da Humanidade, tanto de âmbito médico-terapêutico como tecnológico. Trata-se de uma situação excepcional de emergência de saúde pública, onde é preciso atuar com prontidão. Por isso, não entendemos que seja o momento adequado para se analisar de que forma se deve regular a tecnologia e a recolha de dados, mas o momento para se fazer uso dos meios que existem para resolver a presente ameaça biológica.

Uma vez debelado este problema, então, sim, cabe à Ciência-Jurídica o importante papel de encontrar soluções normativas que protejam a sociedade dos múltiplos riscos associados à 4ª Revolução Industrial.

1.2. APPS e dados pessoais

Ora, são precisamente as mencionadas *apps*, usadas como medida adicional para proceder ao rastreio da população infetada (*contact tracing*) as que mais controvérsia vieram suscitar, sobretudo, pelas questões relacionadas com a salvaguarda da privacidade dos dados pessoais, mas também pelo facto de as mesmas

12 Na atual situação de pandemia alguns desses robôs começaram já a ser utilizados, “Robot Dog Enforces Social Distancing In City Park.” BBC News. May 11, 2020. <https://www.bbc.co.uk/news/av/technology-52619568/coronavirus-robot-dog-enforces-social-distancing-in-singapore-park> ; e <https://www.wsj.com/articles/hospitals-deploy-technology-to-reduce-icu-staff-exposure-to-covid-19-11588843801> .

13 Q. Liu, P. Li, W. Zhao, W. Cai, S. Yu and V. C. M. Leung, “A Survey on Security Threats and Defensive Techniques of Machine Learning: A Data Driven View,” in *IEEE Access*, vol. 6, pp. 12103-12117, 2018, doi: 10.1109/ACCESS.2018.2805680.

poderem ser facilmente associadas a práticas de controlo da vida privada, típicas de regimes totalitários e, nesse contexto, à violação de direitos fundamentais radicados em princípios éticos dominantes nos sistemas democráticos contemporâneos¹⁴.

Apesar destas preocupações, o recurso a *apps* de rastreamento tem vindo a dar mostras de contribuir para, por um lado, reduzir os contágios e, por outro, evitar um indesejável confinamento total da população, face aos danos dessa solução para as economias dos Estados¹⁵.

No entanto, as medidas que envolvem a recolha de dados pessoais suscitam questões jurídicas importantes no que diz respeito, em especial, ao Direito à Privacidade.

A título exemplificativo, no plano nacional, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) deixou já antever uma preferência por fazer um enquadramento legal do uso de mecanismos de recolha de dados pessoais que não tem em consideração as atuais circunstâncias de saúde. Nomeadamente, veio pronunciar-se recentemente no sentido de que as entidades empregadoras estariam a agir ilicitamente nos casos em que procedessem, sem consentimento do trabalhador, à recolha da temperatura corporal deste¹⁶. A CNPD fundamentou este entendimento, essencialmente, com base no RGPD e na alegação de que o interesse público não seria fator decisivo para afastar as imposições daquela norma. Um entendimento que nos parece limitado face às razões que mais à frente iremos desenvolver.

Em todo o caso, sendo este um momento que dispensa o desenvolvimento de tópicos não absolutamente necessários para ajudar a resolver com celeridade a atual situação, optamos, no presente estudo, por centrar-nos em alguns aspetos que, no nosso entendimento, podem contribuir para encontrar algumas respostas para as seguintes questões:

14 Sobre principais riscos inerentes, nomeadamente às *apps*, v. Aragão, Alexandra. “Questões Ético-Jurídicas Relativas Ao Uso de Apps Geradoras de Dados de Mobilidade Para Vigilância Epidemiológica Da Covid-19. Uma Perspetiva Europeia.” Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. pp. 5-9. <https://www.uc.pt/covid19/documentos/artigoalexandraaragao>.

15 V. “How Emerging Technologies Helped Tackle COVID-19 In China.” World Economic Forum. 2020. <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/how-next-generation-information-technologies-tackled-covid-19-in-china/>. Ver ainda, Show Evidence That Apps for COVID-19 Contact-Tracing Are Secure and Effective.” *Nature*

16 Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd). 2020. “Orientações Sobre Recolha de Temperatura Corporal.” <https://www.cnpd.pt/home/covid19/rp19-xiv-1ei-a.pdf>

- (i) Em que medida pode contribuir o Direito, ativamente, para a solução do problema de saúde pública?
- (ii) Como proceder perante um conflito de Direitos Fundamentais, numa situação de emergência sanitária como a que presentemente o Mundo enfrenta?

2. RECOMENDAÇÃO 2020/518 DA COMISSÃO EUROPEIA

O recurso a diversas soluções tecnológicas, em especial às *apps* de rastreio foi, recentemente, objeto de uma Recomendação específica por parte da Comissão Europeia: Recomendação 2020/518 de 8 abril de 2020¹⁷ (daqui em diante, apenas “Recomendação”), na qual, reconhecendo-se o papel central das tecnologias digitais, são apontadas diretrizes que deverão permitir harmonizar a resposta dos vários Estados- Membros da União Europeia¹⁸.

Logo nas considerações iniciais desta Recomendação (Considerando 23) é manifesta a preocupação da Comissão com o respeito pelos Direitos Fundamentais, em particular pelo Direito à Privacidade. Admite-se, no entanto, que possam existir restrições a esse Direito, desde que as mesmas sejam de natureza temporária e proporcionadas ao necessário nesta fase de resposta à pandemia. Para tal, recomenda-se uma cooperação estreita entre as várias entidades públicas e privadas que atuam de forma concertada na procura de soluções para o problema de saúde e na salvaguarda do Direito Europeu em matéria de proteção de dados (nomeadamente, a World Health Organisation, a eHealth Network¹⁹, o European Data Protection Supervisor²⁰, o Health Security Committee²¹, o *European Centre*

17 “RECOMENDAÇÃO (UE) 2020/518 DA COMISSÃO de 8 de Abril de 2020 relativa a um conjunto de instrumentos comuns a nível da União com vista à utilização de tecnologias e dados para combater a crise da covid-19 e sair da crise, nomeadamente no respeitante às aplicações móveis e à utilização de dados de mobilidade anonimizados.” April 8, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0518&from=PT>.
C/2020/3300 OJ L 114, 14.4.2020, p. 7–15 . <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1587153139410&uri=CELEX:32020H0518>

18 Note-se que a União Europeia (UE) vinha já desenvolvendo diversos estudos com vista a definir os contornos legais das novas tecnologias apoiadas em Inteligência Artificial, tendo em conta as suas implicações ao nível económico mas, também, ao nível dos valores éticos que merecem ser assegurados através do Direito, v. “Shaping Europe’s digital future : Artificial Intelligence”. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence>

19 eHealth Network da Comissão Europeia: https://ec.europa.eu/health/ehealth/policy/network_en

20 European Data Protection Board: <https://edps.europa.eu/>

21 Health Security Committee: https://ec.europa.eu/health/preparedness_response/risk_management/hsc/members_en

*for Disease Prevention and Control*²², os governos e autoridades de saúde nacionais e as empresas fornecedoras de serviços de comunicação móvel).

Entretanto, os vários Estados Membros começaram já a desenvolver *apps* em colaboração com a Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing (PEPP-PT)²³, uma iniciativa privada destinada a apoiar os países e empresas no desenvolvimento de *apps* para o rastreamento e controlo da infeção.

Deste trabalho conjunto é perceptível que estas *apps*, no espaço da UE, deverão apresentar algumas particularidades, nomeadamente: o anonimato dos dados dos utilizadores; o não recurso à geolocalização; a adesão voluntária às mesmas; a não conservação dos dados recolhidos em plataformas centralizadas e a destruição desses dados de forma automática passado certo período temporal.

Ou seja, é notória, por parte das entidades competentes europeias, uma orientação geral no sentido de limitar a total capacidade e utilidade daquelas ferramentas tecnológicas, ainda que isso possa implicar uma redução na eficácia das mesmas. Isto apesar de, como reconheceu o *Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence* (CAHAI) do Conselho Europeu, a rápida utilização por parte da China das ferramentas tecnológicas disponíveis, na sua máxima capacidade para combater o vírus²⁴, ter-se revelado um fator determinante para debelar com sucesso a progressão do vírus naquele país tão densamente povoado²⁵.

Quanto a essas orientações importa esclarecer que, tratando-se de uma Recomendação, não estamos perante um texto com valor vinculativo, pelo que não impede que os Estados Membros da UE optem por se desviar das mesmas. Ainda assim, tratando-se de um texto oficial da Comissão, representa sempre um acréscimo à já vasta legislação pré-existente à atual pandemia, potencialmente contribuindo para complexificar a atuação das entidades responsáveis por atuar ao nível dos Estados Membros (num momento crítico em que se desejam respostas

22 *European Centre for Disease Prevention and Control*: <https://www.ecdc.europa.eu/en>

23 Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing: <https://www.pepp-pt.org/>

24 Conjugadas com medidas complementares de restrição aos movimentos da população (confinamento), a antecipação e previsão do surgimento de novos focos da doença e com investigação de vacinas e tratamentos, entre outras medidas.

25 Em matéria de investigação de possibilidades terapêuticas, o Conselho Europeu destacou a contribuição decisiva da utilização de IA para a sequenciação genética do vírus e para obter diagnósticos mais céleres.

V. Council of Europe
<https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.

rápidas para conter a disseminação da doença, conforme aquilo que seja indicado, sobretudo, pelas ciências médicas em cada momento).

Por contraste, com aquelas orientações da Comissão, a organização independente e sem fins lucrativos - European Law Institute (ELI) produziu um conjunto de Princípios²⁶ - “*ELI principles for the covid-19 crisis*” - que entendemos merecerem especial atenção. Estes, não deixam de reconhecer que as medidas extraordinárias de limitação de alguns direitos de fundamentais podem interferir com valores centrais dos Estados de Direito democráticos. Aliás, a manutenção e proteção desses valores, assume-se como a orientação prevalecente em todo o documento elaborado pelo (ELI). No entanto, em matéria de Privacidade e proteção de dados (Princípio 6), apesar de se apelar ao respeito pelo RGPD e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, realça-se que as autoridades públicas e os empregadores devem poder processar dados pessoais na medida do necessário para mitigar a pandemia do Covid-19 e desde que esse processamento de dados se limite ao mínimo necessário de acordo com o princípio da proporcionalidade. Parece-nos, também, relevante a recomendação feita de que o código-fonte que determina a forma de funcionamento das *apps* seja sujeito a escrutínio por parte de organizações não governamentais independentes, de forma a evitar abusos na recolha e processamento de dados. Finalmente, admite-se que estas ferramentas informáticas possam vir a ser obrigatórias, mas, nesses casos, essa decisão teria que ser aprovada no âmbito parlamentar. Esta abordagem mais maleável por parte do ELI parece-nos melhor alinhada com a necessidade de não criar entraves legais às respostas das autoridades nacionais numa situação de urgência.

3. DA HIERARQUIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aquele posicionamento da Comissão Europeia e da CNPD, levanta-nos diversas dúvidas, nomeadamente, em que medida, no contexto e na eminência de uma catástrofe humanitária, fará sentido não aproveitar ao máximo os meios

26 “ELI principles for the covid-19 crisis”. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

tecnológicos (demonstradamente eficazes²⁷) à nossa disposição(?) ou, ainda, se poderemos considerar que o Direito à Privacidade (tratando-se, é certo, de um Direito Fundamental) tem um valor igual ao Direito à Vida e à integridade desta(?)

E, já agora, e independentemente da resposta a estas questões, se seria lícito, à luz da interpretação da legislação existente, que em Portugal, (ainda que de forma extraordinária), se optasse por um uso menos restritivo das tecnologias de controlo da pandemia, se tal se revelasse necessário ou prudente para minimizar o impacto da atual situação de saúde?

Para podermos adiantar as nossas respostas a estas questões, vejamos onde se encontram legalmente previstos os referidos direitos aqui em análise, em alguns dos textos mais relevantes a nível nacional e internacional:

a) Direito à Vida e à Integridade Física e Moral do Ser Humano

- Artigo 3º a 5º, Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- Artigo 2º- 3º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;
- Artigo 24º, Constituição da República Portuguesa e artigo 70º do Código Civil (Tutela geral da personalidade);
- Artigos 131º a 152º- B do Código Penal.

b) Direito à Privacidade (e proteção de dados pessoais)

- Artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- Artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;
- Artigo 26º e 35º da Constituição da República Portuguesa e artigos 75º, 76º e 80º do Código Civil;
- Artigos 190º a 199º do Código Penal;
- Regulamento (UE) 2016/679 (RGPD) ²⁸ (em especial, os artigos 4º, 9º);

27 Kraemer, M. U., Yang, C. H., Gutierrez, B., Wu, C. H., Klein, B., Pigott, D. M., ... & Brownstein, J. S. (2020). The effect of human mobility and control measures on the COVID-19 epidemic in China. *Science*, 368(6490), 493-497. Onde se demonstra que as medidas de controlo impostas na China mitigaram a disseminação do vírus.

28 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

- Diretiva 2002/58/CE (relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas)²⁹;
- Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro (alterada pela Lei n.º 79/2019, de 2 de setembro) e Portaria n.º 71/2015, de 10 de março.

Como se pode observar, ambos os Direitos encontram-se especialmente consagrados tanto no plano nacional, como internacional no âmbito dos Direitos Fundamentais. Também é importante realçar-se, a especial tutela conferida a estes direitos tanto no Direito Civil como no Direito Penal.

Não se pode, ainda, deixar de assinalar que, na sistematização dos referidos direitos, tanto nos diplomas legais nacionais como internacionais, claramente, surge *sempre* prioritariamente prevista a tutela do Direito à Vida e à integridade física (inclusive a ameaça à mesma) em relação ao Direito à Privacidade.

Uma ordenação que parece mostrar, de forma clara, que, pelo menos, no âmbito da legislação nacional e internacional orientada à proteção dos Direitos Humanos, se reconhece a proteção da Vida Humana como um valor prioritário a ser protegido (algo que nos parece, aliás, tanto natural, do ponto de vista Ético-moral, como, lógico - uma vez que a privacidade ou a reserva da vida privada, visa assegurar um direito pertencente a um sujeito enquanto este está, logicamente, vivo)³⁰.

Aliás, se dúvidas subsistissem quanto a essa hierarquia, as mesmas ficariam dissipadas, pelo menos, no âmbito do Direito Penal, ao nível das respetivas molduras das penas aí previstas, porquanto os crimes contra a vida são puníveis com pena até 25 anos de prisão, enquanto que os crimes contra a reserva da vida privada são puníveis com penas de multa e até 3 anos de prisão.

Reforçando este entendimento, nomeadamente quanto à hierarquia dos direitos fundamentais, face à situação de crise humanitária atual, o mais recente relatório das Nações Unidas, relativo à salvaguarda dos Direitos Humanos no contexto da resposta à atual pandemia - *“We are all in this Together: Human*

29 Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas)

30 Sobre a proteção prevista no artigo 71 do Código Civil a “pessoas já falecidas”, v. Mota Pinto, Carlos Alberto. Teoria Geral do Direito Civil. Ed. 4. , 2ª Re. Coimbra Editora, p. 211, onde se esclarece que os direitos de personalidade não se mantêm na “titularidade do defunto”.

*Rights and COVID-19 Response and Recovery*³¹, proclama: “Three rights are at the frontline in the current pandemic: - *Right to life and duty to protect life* - [...] *all States have a duty to protect human life, including by addressing the general conditions in society that give rise to direct threats to life.* [...] - *The right to health and access to health care* - *The right to health is inherent to the right to life.* - *The central challenge to freedom of movement* - *Controlling the virus, and protecting the right to life, means breaking the chain of infection: people must stop moving and interacting with each other. The most common public health measure taken by States against COVID-19 has been restricting freedom of movement: the lockdown or stay-at-home instruction. This measure is a practical and necessary method to stop virus transmission, prevent health-care services becoming overwhelmed, and thus save lives.* [...] *restrictions on free movement should be strictly necessary for that purpose, proportionate and non-discriminatory. The availability of effective and generalised testing and tracing, and targeted quarantine measures, can mitigate the need for more indiscriminate restrictions.*”

4. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA À LUZ DA ÉPOCA ATUAL

Finalmente, entendemos que uma análise que visa, sobretudo, contribuir para agilizar a resposta das autoridades nacionais a muitas das dúvidas legais que vêm sendo suscitadas, não estaria concluída sem que aqui se recordasse aquela que é, porventura, a disposição do Código Civil português que melhor permite legitimar eventuais soluções que, para um não jurista, poderiam ser vistas como ilegais. Referimo-nos ao Artigo 9º do Código Civil Português, onde se prescreve de que modo tem de ser interpretada qualquer norma jurídica: desde logo, deve (i) ter-se em conta a letra da lei, articulando a mesma com (ii) o pensamento legislativo e, finalmente, o intérprete deve ter sempre em consideração (iii) “as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que [...] é aplicada”.

Esta imperatividade de interpretação da lei à luz do tempo em que foi escrita (a determinação completa da *ratio legis*) apresenta-se, assim, como uma porta importante deixada aberta pelo nosso legislador pois, o “tempo” atual, como bem

31 United Nations. 2020b. “COVID-19 and Human Rights We Are All in This Together.” United Nations. April 23, 2020. https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_policy_brief_on_human_rights_and_covid_23_april_2020.pdf, p. 4.

se percebe, é diferente do tempo em que o Código Civil ou em que o RGPD foram elaborados.

Além disto, ainda no âmbito do Código Civil, entendemos que facilmente poderia ser enquadrável no âmbito da figura do “abuso de direito” a recusa de alguém a sujeitar-se a um rastreamento de saúde, com fundamento no Direito à Privacidade, uma vez que o uso completo desse direito subjetivo por parte do seu titular, nas atuais circunstâncias, poderia “exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes” (nos termos do artigo 334º do Código Civil), uma vez que estaria a entrar em colisão com o Direito à Vida e à integridade física de outros sujeitos.

CONCLUSÕES

Não parecem restar dúvidas de que existiu um tempo antes e depois da atual pandemia e deverá ser à luz desta nova realidade que deverão ser interpretadas as normas anteriores, nomeadamente esse conjunto de normas dirigidas a proteger a privacidade dos dados pessoais, uma vez que, como vimos, ainda que fosse possível afirmar a não existência de uma hierarquia no âmbito dos Direitos Fundamentais, a verdade é que não é isso que espelham os diversos textos nacionais e internacionais, onde claramente e logicamente a defesa da Vida e integridade do Ser Humano assumem prioridade.

Verificamos que o extenso quadro legislativo direcionado à proteção de dados, se não for devidamente interpretado, é suscetível de prejudicar e atrasar a resolução do problema urgente de saúde pública global, levando a uma maior demora na resposta por parte das autoridades competentes.

Quanto à Recomendação da Comissão, realce-se o mérito de esta deixar claro que os Estados Membros podem fazer uso de sistemas como as *apps* como forma de melhor controlar a disseminação do Covid-19 e que estas *apps* só deverão ser usadas enquanto se mantiver a atual situação. Ora, se o *contact tracing* com recurso a *apps*, põe em causa o direito à Privacidade e intimidade da vida privada, por outro, ajuda a promover o Direito à liberdade física, e sobretudo o Direito à Vida como é realçado, como vimos, pelas Nações Unidas.

Por isso, entendemos como excessiva, a preocupação da Comissão Europeia com os detalhes técnicos dos sistemas de mapeamento e recolha de dados de

saúde direcionados especificamente a minimizar a propagação de uma epidemia global.

Em todo o caso desta nossa análise, não se pode extrair uma minimização do valor Privacidade e da sua tutela eficaz, o qual é sobretudo importante para evitar que, sob o pretexto de se estar a tentar resolver uma situação de saúde sejam adotadas medidas desviadas daquele interesse que visem apenas controlar a população ou limitar a democracia. Em Portugal, bem como na generalidade dos países da UE esse cenário é, aliás, pouco suscetível de ocorrer face às nefastas experiências totalitárias que ainda permanecem vivas na memória coletiva do Povo Europeu.

Da Ciência jurídica é desejável, perante a emergência de saúde pública internacional, uma contribuição para a solução do problema, que passe pela interpretação do sistema normativo como um todo, à luz das circunstâncias atuais e de forma alinhada e proporcional com as necessidades que sejam indicadas, em cada momento, pelas ciências médicas.

Por isso, na atual crise de saúde pública, é importante ir aos princípios ou valores que merecem proteção legislativa e ordená-los segundo o seu maior ou menor valor ético e segundo a lógica subjacente aos mesmos - pois, tem escassa relevância a privacidade dos dados pessoais face à eminência da ameaça à integridade física e à própria vida.

Saliente-se que qualquer pessoa tem a opção de, voluntariamente, se manter isolada da interação social e, nesse caso, não ficar sujeita a qualquer medida de rastreio de saúde. No entanto, se opta por não o fazer (independentemente do motivo), sabemos que, com isso (no caso específico da atual pandemia) estará a colocar em risco (maior ou menor) não apenas a sua integridade física, mas, também, a dos demais. Pelo que, não poderá senão ser considerado legítimo que o Estado, como garante dos direitos e da segurança de todos os cidadãos, imponha, em circunstâncias excecionais, medidas especiais de controlo do estado de saúde dos indivíduos que convivem em sociedade. Da mesma forma, entendemos ser legítimo e desejável que as próprias entidades empregadoras contribuam para este esforço coletivo dentro dos recursos que disponham. Tudo isto, realce-se - sempre - no contexto da proporcionalidade e de razoabilidade próprias de um Estado de Direito democrático.

BIBLIOGRAFIA

- “AI And Control Of Covid-19 Coronavirus - Overview Carried out by the Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI) Secretariat.” Council of Europe. Accessed May 26, 2020a. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.
- Aragão, Alexandra. “Questões Ético-Jurídicas Relativas Ao Uso de Apps Geradoras de Dados de Mobilidade Para Vigilância Epidemiológica Da Covid-19. Uma Perspetiva Europeia.” Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. <https://www.uc.pt/covid19/documentos/artigoalexandraaragao>.
- Arner, Douglas W., Dirk A. Zetzsche, Ross P. Buckley, and Janos N. Barberis. 2017. “FinTech and RegTech: Enabling Innovation While Preserving Financial Stability.” *Georgetown Journal of International Affairs* 18 (3): 47–58. <https://doi.org/10.1353/gia.2017.0036>.
- Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd). 2020a. “Orientações Sobre Recolha de Temperatura Corporal.” <https://www.cnpd.pt/home/covid19/rp19-xiv-1ei-a.pdf>
- Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas)
- “ELI principles for the covid-19 crisis”. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf
- Fuster, Gloria González. 2014. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Springer Science & Business.
- “How Emerging Technologies Helped Tackle COVID-19 In China.” World Economic Forum. Accessed May 25, 2020b. <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/how-next-generation-information-technologies-tackled-covid-19-in-china/>.
- Hub, Singularity. 2020. “DeepMind’s Protein Folding AI Is Going After Coronavirus.” Singularity Hub. March 17, 2020. <https://singularityhub.com/2020/03/17/how-deepminds-ai-is-working-to-decode-coronavirus/>.

- Hutchinson, Terry. 2017. "Legal Research in the Fourth Industrial Revolution." *Monash UL Rev* 43: 567.
- Jordan, Michael I., and Tom M. Mitchell. "Machine learning: Trends, perspectives, and prospects." *Science* 349, no. 6245 (2015): 255-260.
- Kraemer, M. U., Yang, C. H., Gutierrez, B., Wu, C. H., Klein, B., Pigott, D. M., ... & Brownstein, J. S. (2020). The effect of human mobility and control measures on the COVID-19 epidemic in China. *Science*, 368(6490), 493-497.
- Lloyd, Ian. 2017. *Information Technology Law*. Oxford University Press.
- Mittelstadt, Brent Daniel, and Luciano Floridi. 2016. "The Ethics of Big Data: Current and Foreseeable Issues in Biomedical Contexts," 445–80. https://doi.org/10.1007/978-3-319-33525-4_19.
- Mota Pinto, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. Ed. 4. , 2ª Re. Coimbra Editora
- Pagallo, U. 2017. "The Legal Challenges of Big Data:" *European Data Protection Law Review* 3 (1): 36–46. <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/1/7>.
- Phelan, Alexandra L., Rebecca Katz, and Lawrence O. Gostin. 2020. "The Novel Coronavirus Originating in Wuhan, China." *JAMA* 323 (8): 709. <https://doi.org/10.1001/jama.2020.1097>.
- Q. Liu, P. Li, W. Zhao, W. Cai, S. Yu and V. C. M. Leung, "A Survey on Security Threats and Defensive Techniques of Machine Learning: A Data Driven View," in *IEEE Access*, vol. 6, pp. 12103-12117, 2018, doi: 10.1109/ACCESS.2018.2805680.
- Ranchordas, Sofia. 2020. "We Teach And Learn Online. Are We All Digital Citizens Now? Lessons On Digital Citizenship From The Lockdown." I-CONnect. May 13, 2020. <http://www.iconnectblog.com/2020/05/we-teach-and-learn-online-are-we-all-digital-citizens-now-lessons-on-digital-citizenship-from-the-lockdown/>.
- "Robot Dog Enforces Social Distancing In City Park." BBC News. May 11, 2020. <https://www.bbc.co.uk/news/av/technology-52619568/coronavirus-robot-dog-enforces-social-distancing-in-singapore-park> ; e <https://www.wsj.com/articles/hospitals-deploy-technology-to-reduce-icu-staff-exposure-to-covid-19-11588843801> .

“RECOMENDAÇÃO (UE) 2020/518 DA COMISSÃO de 8 de Abril de 2020 Relativa a Um Conjunto de Instrumentos Comuns a Nível Da União Com Vista à Utilização de Tecnologias e Dados Para Combater a Crise Da COVID-19 e Sair Da Crise, Nomeadamente No Respeitante Às Aplicações Móveis e à Utilização de Dados de Mobilidade Anonimizados.” April 8, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0518&from=PT>.

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Schwab, Klaus. 2017. *The Fourth Industrial Revolution*. Currency.

“Shaping Europe’s digital future : Artificial Intelligence”. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence>

“Show Evidence That Apps for COVID-19 Contact-Tracing Are Secure and Effective.” *Nature* 580 (7805): 563–563. <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01264-1>.

“Tracking COVID-19: Hunting The Virus With Technology, AI, And Analytics.” Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence. April 2, 2020. <https://hai.stanford.edu/blog/tracking-covid-19-hunting-virus-technology-ai-and-analytics>.

United Nations. 2020b. “COVID-19 and Human Rights We Are All in This Together.” United Nations. April 23, 2020. https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_policy_brief_on_human_rights_and_covid_23_april_2020.pdf.

“What If We Could Fight Coronavirus with Artificial Intelligence?” European Parliament. 2020. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/641538/EPRS_ATA\(2020\)641538_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/641538/EPRS_ATA(2020)641538_EN.pdf).

“What If We Could Fight Coronavirus with Artificial Intelligence?” European Parliament. 2020. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/641538/EPRS_ATA\(2020\)641538_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/641538/EPRS_ATA(2020)641538_EN.pdf).

“What If We Could Fight Coronavirus with Artificial Intelligence?” Accessed May 25, 2020c.

