



Desafios Sociais e a Investigação em Direito  
Pandemia e Direito

02

1 2



9 0

INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**

# Desafios Societais e a Investigação em Direito

A Comissão Europeia, no âmbito da sua política e investimento em Investigação e Desenvolvimento, identificou alguns temas que, dada a sua importância e centralidade, careceriam de ser alvo de projetos: os denominados desafios societais. Essa abordagem visa reunir diferentes disciplinas e tecnologias de diversas áreas para enfrentar questões essenciais no panorama europeu.

Paralelamente, as Nações Unidas apresentaram uma agenda de desenvolvimento para reunir os países e a população global, com o objetivo de trilhar novos caminhos, melhorando globalmente as condições de vida das pessoas. Foram estabelecidos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, com metas a serem alcançadas até 2030.

Para alcançar metas tão ambiciosas e enfrentar desafios complexos é preciso encontrar soluções elaboradas e arrojadas que envolvam diferentes áreas do conhecimento. O Direito pode contribuir de forma transversal para a resposta a vários desafios societais, sendo essencial para a coesão social e a convivência entre as pessoas, bem como para a estruturação de quadros normativos que contribuam para sociedades mais justas.

O compromisso pelo desenvolvimento social envolve muitos atores, incluindo as unidades de investigação. O Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra visa a excelência nos campos legais e sociais, ao produzir investigação dedicada a temas emergentes, resultado de mudanças sociais e políticas contemporâneas. Para encarar esses problemas, o Instituto Jurídico definiu três áreas de investigação (Pessoa e o Direito; Direito, Risco e Sociedade Técnica; Transformação do Estado e Globalização) com subdivisões para temas específicos.

Trata-se, por um lado, de assumir um precioso património reflexivo e de prosseguir uma dinâmica exemplarmente instalada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Trata-se, por outro lado, de fortalecer a unidade temática, submetendo a investigação às perspetivas condutoras de um mote tripartido (vulnerabilidade / pluralidade / indecidibilidade), permitindo uma tematização crítico-reflexiva e experimentação prática das possibilidades e limites da resposta ou respostas do Direito a esses desafios.

## Pandemia e Direito

A pandemia de COVID-19 é a mais grave crise sanitária dos últimos 100 anos. Como consequência, portugueses, europeus e cidadãos de todo o mundo foram colocados em confinamento, encerrando ou limitando severamente o acesso a serviços, comércio e escolas durante largos meses. O ano de 2020 foi de intensos desafios sanitários e também jurídicos, que continuarão ainda por 2021 e poderão ter mais reflexos no que se poderá vir a constituir como o “novo normal”.

A crise sanitária que despontou na sequência da pandemia de COVID-19 é, em primeiro lugar, um problema de saúde pública. Contudo, ao longo do ano de 2020, as soluções propostas para combater esse problema foram muito além de questões médicas. O surgimento, relativamente súbito, da COVID-19 obrigou os ordenamentos jurídicos a reagir através do recurso, por vezes inédito, a estados de exceção.

Ao colocar em prática um estado de emergência, o poder público está a utilizar uma ferramenta constitucional para concentrar poderes e encontrar uma forma de combater a pandemia predominantemente autoritária. Mas, mais do que as consequências do estado de emergência, outras soluções regulatórias, legislativas e de controle convidam a reflexão do papel do Direito na gestão desta crise sanitária. Muitos têm se questionado quais os limites à liberdade individual, ao controle de circulação e quais são as atividades essenciais que podem ser exceção às restrições impostas. Ou, por outro lado, até que ponto é preciso haver uma forte intervenção e controlo em nome da saúde pública e o bem coletivo. Além dos claros efeitos na saúde de todos e na economia do país, a pandemia de COVID-19 tem também límpidos reflexos nas tarefas de modelação e concretização do Direito.

Alguns desses efeitos estão já a ser sentidos e nem sempre são fáceis de gerir. Em países como a Coreia do Sul e Israel, informações de geolocalização e de câmaras e compras online estão a ser recolhidas para controlar a disseminação do vírus e o cumprimento das regras de isolamento. Há um receio que tais procedimentos abram caminhos que poderão gerar abusos de poder e de controlo excessivo e arbitrário dos cidadãos. Outro efeito está relacionado à livre circulação de indivíduos entre países e dentro do espaço europeu, assim como o controle de fronteiras nacionais, o que pode trazer consigo laivos de nacionalismo e reterritorialização em espaços de cooperação e integração (como a União Eu-

ropeia). Um último exemplo daqueles efeitos encontra-se no mundo do trabalho e na necessidade de criar condições de proteção sanitária, assim como ajustes às novas realidades do teletrabalho. O direito e a justiça, enquanto pilares básicos da estrutura social, acompanham as consequências da pandemia de COVID-19 e devem contribuir da melhor maneira para a mitigação das consequências desta crise sanitária.

## Instituto Jurídico e a Pandemia

O Instituto Jurídico é composto por mais de 80 investigadores que cobrem um conjunto amplo de temas de pesquisa e investigação, o que permite uma análise completa e global de fenómenos complexos, na tradição bem conhecida da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Ao longo do ano de 2020, a ciência tem-se mostrado como o melhor caminho para encontrar soluções à crise sanitária vivida. As contribuições não ficaram restritas às instituições de investigação das ciências da vida, tendo também havido soluções vindas da área da engenharia e da informática. Nesse contexto, as ciências sociais também podem contribuir para a sociedade e o Instituto Jurídico acredita que o Direito tem um papel a desempenhar na reflexão dos desafios constitucionais, dos direitos civis, da saúde pública e outros reptos de foro público e privado.

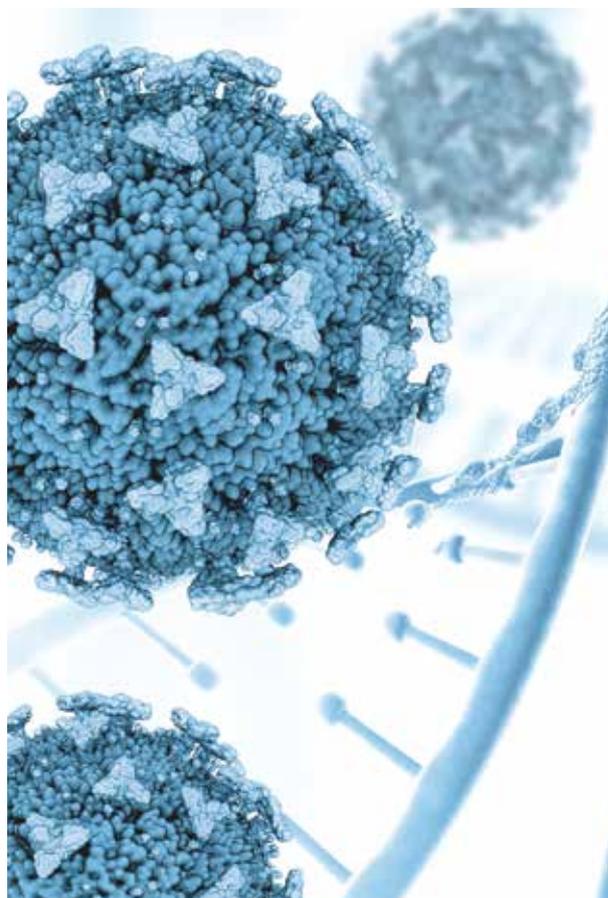
Ainda em abril e maio de 2020, o Instituto Jurídico organizou um ciclo de conversas em rede, sob o lema "Pandemia(s), Incerteza e Direito", com quatro encontros: I. Estado de Emergência em Democracia; II. Políticas de Saúde em Tempos de Pandemia; III. Liberdades e Direitos em tempos de confinamentos (parte 1); IV. Liberdades e Direitos em tempos de confinamentos (parte 2). Com convidados nacionais e internacionais, de dentro da academia e da sociedade civil, foram debatidos temas de interesse nacional, analisando o impacto social e legal das medidas de controle impostas pelo poder público.

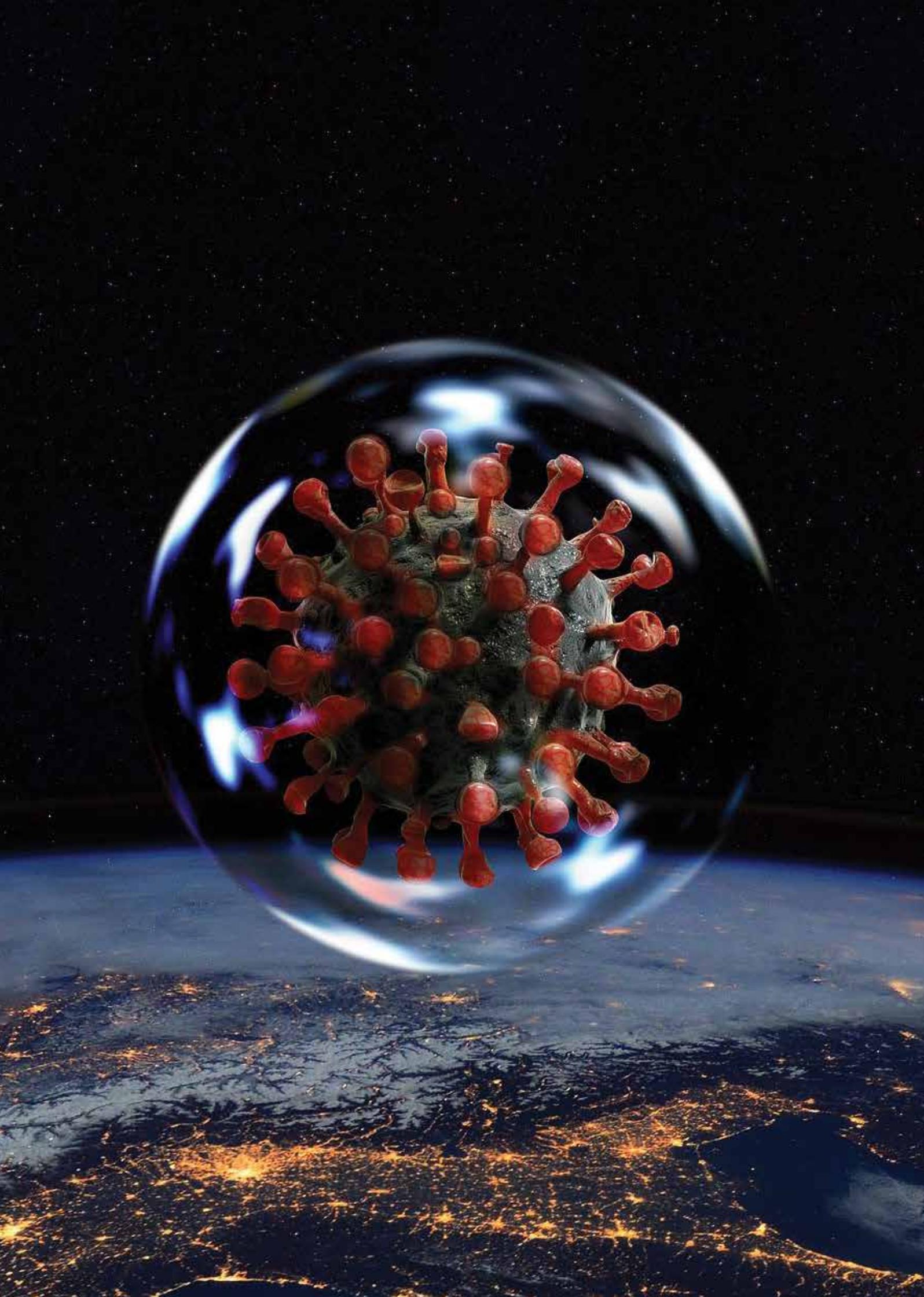
Passado esse primeiro ciclo de conversas, com mais tempo para a análise das consequências da pandemia e da gestão política e jurídica da crise, os investigadores do Instituto Jurídico foram convidados a refletir sobre a pandemia de COVID-19. Dentro das suas áreas de especialização, os investigadores apresentam um olhar sobre as implicações do Direito nesta crise sanitária,

que podem tocar toda a população. Assim, o Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra dá, mais uma vez, o contributo para que a investigação em direito possa ter um impacto positivo na sociedade.

Nesta coletânea, apresentam-se os seguintes textos:

- 1– COVID-19 e alteração das circunstâncias  
*João Pinto Monteiro*
- 2– COVID-19 e estado(s) de exceção sanitária: Um "teste de esforço" aos direitos fundamentais?  
*Ana Raquel Gonçalves Moniz*
- 3– Desafios jurídicos e sanitários colocados pela Pandemia Sars-Cov-2  
*André Gonçalo Dias Pereira*
- 4– Implicações da pandemia COVID-19 no mundo do Trabalho  
*Joana Vicente*
- 5– COVID-19 – Algumas implicações no direito penal  
*Maria João Antunes, Sónia Fidalgo, Ana Pais, Miguel João Costa*
- 6– Contrato de seguro e pandemia  
*Maria Inês de Oliveira Martins*





# COVID-19 e alteração das circunstâncias

*João Pinto Monteiro*

É habitual nas Faculdades de Direito do nosso país leccionar o seguinte problema:

Após um longo reinado, a rainha Victoria faleceu em 1901, sucedendo-lhe o filho Albert Edward – Eduardo VII. A coroação do novo monarca foi marcada para Junho de 1902, e, com o fim de melhor assistirem à passagem da procissão real, muitos súbditos britânicos tomaram de arrendamento, para a data daquela e a preços exorbitantes, apartamentos sitos nas ruas que integravam o trajecto. Sucede que a procissão teve de ser adiada porque Eduardo precisou de ser operado a uma apendicite (intervenção cirúrgica novel e melindrosa à data). Este adiamento frustrou a finalidade que aqueles arrendatários tiveram em mente quando decidiram contratar, e alguns deles recusaram-se a pagar as rendas inflacionadas. No geral, as instâncias judiciais decidiram em sentido favorável aos arrendatários.

A matriz destes casos, que ficaram conhecido como *coronation cases*, reemergiu ciclicamente ao longo do século XX, prosseguindo século XXI adentro: Guerras Mundiais, catástrofes económicas e financeiras, revoluções e muitos outros factos (mais ou menos historicamente impressivos) *imprevisíveis na origem e catastróficos no resultado* rompem a economia – o equilíbrio – que as partes de um contrato haviam delineado aquando da sua conclusão e representado manter-se no futuro.

O advento do coronavírus como fenómeno pandémico é comparável àqueles *coronation cases*, enquanto facto jurídico fundante do direito de modificar (segundo juízos de equidade) ou de resolver o contrato, nos termos do n.º 1 do artigo 437.º do Código Civil; isto é, *enquanto alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*.

Esta decisão de contratar – exteriorizada por uma declaração negocial – é, como qualquer comportamento humano, ordenada à satisfação de utilidades (ou seja, é orientada por motivos) do seu autor, que a toma para através dela ver produzidos certos efeitos práticos, sob a tutela do Direito, que viabilizem aquela satisfação. Por sua vez, tanto a obtenção daquelas utilidades, como a materialização dos efeitos que a visam, dependem da presença (ou da ausência) de certas circunstâncias, cuja verificação (ou não verifi-

cação) o declarante representa aquando da emissão da declaração em que assenta o contrato.

Pode suceder que aquelas representações, que o declarante toma por verdadeiras, já fossem erróneas no momento em que emitiu a declaração de vontade, *caso em que se fala de erro* (erro-vício).

Mas também pode suceder que a divergência entre as representações do declarante e a realidade só surja num momento posterior ao da emissão da declaração de vontade: seja porque o declarante representara que certas circunstâncias, que se verificavam (ou não verificavam) no momento da declaração, continuariam a verificar-se (ou a não verificar-se) no futuro; seja porque o declarante representara que certas circunstâncias, que não se verificavam no momento da declaração, se viriam a verificar no futuro.

É nestes últimos casos que se pode falar, *correctamente, em alteração das circunstâncias*, sempre que estas representações integrem a base do negócio e venham a divergir da realidade por obra de um evento imprevisível, que imponha um excessivo desequilíbrio prestacional que não possa considerar-se coberto pelos riscos próprios do contrato.

A pandemia de COVID-19 é sem dúvida um evento *imprevisível*; por outras palavras, um evento cuja possibilidade de produção não é exigível que tenha sido representada pelos contraentes. Realce-se que nem as próprias farmacêuticas previram a possibilidade de a difusão do vírus se tornar um fenómeno global e incontornável, se atentarmos na cronologia do procedimento de desenvolvimento das respectivas vacinas – e isto pese embora serem esses operadores económicos os mais experientes na matéria, com maior disponibilidade de recursos técnicos e financeiros à disposição e os mais poderosos incentivos comerciais para antecipar aquela possibilidade (a farmacêutica que o fizesse adiantar-se-ia em relação às restantes na produção e distribuição de uma vacina com uma procura segura de largas centenas de milhões de unidades). E compreende-se: há mais de um século que o mundo não testemunhava um evento pandémico equiparável ao actual.

Em muitos casos, este evento imprevisível *afecta a base contratual*: representações da realidade de

cuja correcção dependem os interesses que cada uma das partes quis satisfazer com a celebração do contrato, e sem a satisfação dos quais pelo menos uma delas não teria emitido a respectiva declaração negocial, ou tê-lo-ia feito em termos diversos. Basta pensarmos, a este propósito, em contratos de arrendamento com fim não habitacional, em que este correspondesse ao desenvolvimento de certa actividade comercial como a restauração, que tem sido objecto de severas e reiteradas restrições: o arrendatário acordara na celebração de um contrato representativo de um certo equilíbrio económico que agora se gorou, porque continua a pagar uma renda que era o correspondente de poder prosseguir uma actividade económica apta a satisfazer determinados interesses económicos, que agora se frustram pelo menos em parte.

Em alguns contratos o mesmo evento pandémico pode dar origem a um *desequilíbrio excessivo entre as prestações de ambos os contraentes*, cuja manu-

tenção seria contrária à boa fé (por implicar que uma das partes suportasse um *prejuízo descomunal*), *sem que possa considerar-se que o risco de verificação da pandemia seja próprio do contrato* (porque não existem normas gerais, normas pertencentes a certo tipo contratual, ou estipulações contratuais que determinem o modo por que o risco da verificação do facto em causa – a pandemia – deva ser distribuído entre as partes do contrato).

Dada a novidade e a profundidade do alcance económico da pandemia de COVID-19 (que alguns decerto qualificarão como uma “grande alteração das circunstâncias”) impõe-se uma apurada análise e precisão das suas particularidades que moldam a aplicação do artigo 437.º do Código Civil, mormente em confronto com a impossibilidade legal, com a qual é passível de ser confundida – por haver algumas situações a que ambas as figuras poderão aplicar-se, e outras hipóteses de fronteira em que será difícil a determinação de qual delas será mobilizável.



# COVID-19 e estado(s) de exceção sanitária: Um “teste de esforço” aos direitos fundamentais?

Ana Raquel Gonçalves Moniz

A tutela do bem jurídico-constitucional *saúde pública* e a sua epitomização num direito (objetivo) da saúde demonstrou a sua transversalidade e, no contexto do combate à pandemia, penetrou todos os ramos jurídico-dogmáticos. Todavia, talvez nenhuma matéria tenha sentido (com esta intensidade) os influxos causados pela crise pandémica como os direitos fundamentais. Tal resultou não só da circunstância de o cerne das preocupações dos poderes públicos se concentrar na realização do direito à proteção da saúde (e do impacto nos serviços de saúde, enquanto mecanismo privilegiado dessa proteção), mas também do facto de a garantia da saúde pública haver implicado uma afetação (inclusive, restrição e suspensão) de diversos direitos fundamentais.

Neste horizonte, a convocação do(s) instituto(s) do estado de exceção representou um problema transversal aos vários ordenamentos jurídico-constitucionais. As questões agudizam-se, em particular, quando consideramos que a operacionalização normativa, mas também individual e concreta, das medidas de prevenção e combate à pandemia resultou, sobretudo (embora não exclusivamente), de atuações jurídico-administrativas. Sem a pretensão de exaurir o tema, as nossas reflexões visam por um lado, testar a resiliência dos direitos fundamentais em contextos de crise (sanitária), e por outro lado, aquilatar eventuais vulnerabilidades nos “remédios” jurisdicionais de tutela jusfundamental.

A natureza relativamente súbita do surgimento da COVID-19 obrigou os ordenamentos jurídicos a reagir através do(s) instituto(s) do(s) estado(s) de exceção. No caso português, a mobilização da figura do estado de emergência ocorreu, pela primeira vez, neste momento, sem prejuízo da sua consagração desde a versão originária da CRP. O sistema nacional confrontou-se com a projeção jurídica dos efeitos de uma pandemia no plano dos direitos fundamentais, enquadrada por uma moldura normativa nem sempre clara. A articulação entre estas dimensões leva-nos a considerar, sucessivamente, três questões.

α) O contexto atual pressupõe uma distinção entre situações de normalidade e situações de exceção, na medida em que leva à mobilização de instrumentos de excecionalidade constitucional (como sucedeu com o estado de emergência), bem como

dos “estados de exceção” (especiais) decorrentes da *Lei de Bases da Proteção Civil* e da *Lei de Bases da Saúde* (em articulação com a *Lei do sistema de vigilância em saúde pública*). Estas figuras apresentam a característica comum de consubstanciarem um modo de legalização de atuações que, praticadas sob outro circunstancialismo, seriam inválidas, em cenários de perigo iminente e/ou atual para interesses superiores aos sacrificados, perigo esse não imputável ao autor da lesão. Se a adoção de cada um dos estados de exceção referenciados depende do preenchimento de pressupostos próprios e possui uma duração (em parte) diferenciada, também da perspectiva da afetação dos direitos fundamentais os respetivos efeitos são distintos. Se os estados de exceção constitucional conduzem à possibilidade de *suspensão* dos direitos fundamentais, os estados (especiais) de exceção administrativa apenas admitem a respetiva *restrição* – em consonância com a gravidade das situações que lhes estão subjacentes. Em termos sintéticos, poderemos esquematizar estas diferenças no quadro da página seguinte.

A necessidade de debelar a pandemia originou, em Portugal, quer a declaração do estado de emergência, quer a declaração de calamidade e a adoção de medidas de exceção fundamentadas em razões de saúde pública. A mobilização destes instrumentos revelou algumas perplexidades, demonstrando que, em parte, o nosso sistema jurídico não dispunha de mecanismos totalmente adequados para reagir perante uma crise pandémica. Basta atentar na duração admitida para o estado de emergência (concebido constitucionalmente para vigorar durante um período temporal curto) e as sucessivas renovações de que tem constituído objeto – imprescindíveis perante uma tão prolongada pandemia, com consequências sanitárias (mas também económicas) igualmente extensas. Ademais, e embora, neste plano, as opções não se revelem idênticas nas primeira e segunda vagas, poderemos afirmar que a reação contra a crise tendeu, em determinado momento, a privilegiar o *instrumentarium* das exceções administrativas, o qual se encontra (ainda) insuficiente desenvolvido e acaba por fazer repousar sobre o Governo a responsabilidade (no mínimo, política) pelas medidas adotadas (porquanto não pressupõe a convergência entre órgãos de soberania subjacente ao estado de

Tipologia I	Tipologia II	Base	Fundamentos/ pressupostos	Duração	Afetação de direitos fundamentais
Estados de exceção constitucional	Estado de sítio	CRP	Agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou calamidade pública	Máximo de 15 dias, sem prejuízo de renovações	<b>Suspensão</b> de direitos (mas impossibilidade de suspensão dos direitos à vida, à integridade física, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião)
	Estado de emergência		<i>Idem</i> , mas quando os pressupostos se revistam de menor gravidade		
Estados (especiais) de exceção administrativa	Situação de calamidade*	Lei de Bases da Proteção Civil	Atenuação de riscos coletivos e limitação dos seus efeitos no caso de ocorrência de acidente grave ou catástrofe	N/A	<b>Restrição</b> de direitos (v.g., propriedade privada, livre iniciativa económica privada, deslocação, reunião)
	(A adoção destas medidas não depende de uma específica declaração, podendo aquelas ser emanadas ao abrigo das habilitações legislativas que oferecem, desde que verificados os respetivos pressupostos).	Lei de Bases da Saúde	Defesa da saúde pública	N/A	<b>Restrição</b> de direitos (v.g., liberdade e livre iniciativa económica privada)
		Lei de vigilância em saúde pública	Emergência em saúde pública (eventualmente articulada com a declaração de calamidade)	N/A	<b>Restrição</b> de direitos (v.g., liberdade, deslocação, reunião, livre iniciativa económica privada)

\* A LBPC prevê ainda outros dois níveis (situação de alerta e situação de contingência), mas apenas a situação de calamidade surge concebida como estado de necessidade.

emergência). Eis-nos diante de um aspeto que nos transporta já para a segunda observação.

β) A operacionalização do «direito da crise» implicou um reequilíbrio dos vários poderes, determinando a centralidade do Executivo. Não se trata de uma total novidade, pois que uma das características das respostas nacionais em períodos críticos se pauta, desde a monarquia constitucional, pela atribuição de uma preponderância ao Governo.

Desde logo, a execução nacional da declaração do estado de emergência encontra-se cometida ao Governo. Além disso, a declaração de calamidade, baseada na *Lei de Bases da Proteção Civil*, reforçou a centralidade do Governo. Repare-se, aliás, nos extensos poderes que, no contexto de crises de saúde pública, a *Lei do sistema de vigilância em saúde pública* confere ao membro do Governo responsável pela área da saúde. Neste caso, não estamos apenas perante uma norma habilitante para a emissão de regulamentos, visto que as medidas de exceção aqui contempladas

detêm um alcance muito mais amplo, envolvendo uma habilitação para quaisquer medidas de exceção, incluindo a prática de atos administrativos que envolvam a restrição, a suspensão ou o encerramento de atividades, a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias que tenham sido expostos, de forma e evitar a eventual disseminação da infeção ou contaminação.

γ) A fixação constitucional e legal de pressupostos e condições de estados de exceção indica que não estamos numa zona fora do princípio da juridicidade, mas, pelo contrário, que os poderes públicos se encontram a agir ainda *no quadro de um Estado de direito*, e, por conseguinte, ainda que suspensos ou restringidos, os direitos continuam vigentes no sistema jurídico. Não surpreende que agora os tribunais surjam não só como “guardiães da Constituição”, mas também como verdadeiros defensores da juridicidade (ou do Estado de direito).

Salvaguardadas as hipóteses em que o litígio emerge de uma violação do direito à liberdade, e, por conseguinte, se reconduz à reação contra uma detenção ilegal, os “remédios” utilizados para o controlo da juridicidade da atuação dos poderes públicos no que tange à afetação dos direitos fundamentais relevam, sobretudo, da Justiça Administrativa e/ou da Justiça Constitucional. Entre nós, são já alguns os processos que, tendo chegado ao Tribunal Constitucional ou ao Supremo Tribunal Administrativo. Uma análise preliminar dos dados disponíveis (ainda frugais) permite antecipar algumas reflexões:

- i) Sem prejuízo de, relativamente à jurisdição administrativa, não dispormos de dados sobre os tribunais de primeira instância, afiguram-se, em termos comparativos (com os casos alemão e francês), escassos os processos intentados para defesa dos direitos fundamentais. Não nos parece, porém, poder inferir necessariamente deste dado que as medidas adotadas entre nós não suscitem dúvidas sobre a respetiva constitucionalidade (ou legalidade) – como, aliás, decorre aposição de declarações de voto em dois Acórdãos;
- ii) A ausência de uma ação constitucional de defesa faz resvalar para a Justiça Administrativa os processos dirigidos à tutela de direitos fundamentais, em particular para a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias. Não obliterando que, no ordenamento português, todos os tribunais são órgãos de controlo da constitucionalidade das normas (e, por conseguinte, defensores dos direitos fundamentais), parece inegável o papel desempenhado pela jurisdição administrativa, partilhando o protagonismo assumido tradicionalmente pela Justiça Constitucional neste horizonte;
- iii) A decisão das ações ocorreu de modo célere, traduzindo um autêntico cumprimento do direito de tutela jurisdicional efetiva e consolidando a função dos tribunais como defensores dos direitos fundamentais e do Estado de direito;
- iv) A possibilidade de confronto com experiências jurídicas e jurisdicionais estrangeiras e a existência de um diálogo interjurisdicional representam um passo determinante para a redensificação do Estado de direito, e constituem arrimos relevantes para a aferição da juridicidade das medidas adota-

das e, sobretudo, para a afinação da retórica argumentativa. Tal não pode, contudo, fazer esquecer princípios fundamentais do Direito Administrativo, como o princípio da legalidade da Administração, cuja elasticidade apresenta limites.

Em suma, as considerações anteriores demonstram que um “teste de esforço” dos direitos fundamentais representa, por sinédoque, um “teste de esforço” do próprio Estado de direito, cuja defesa assume especial relevo em momentos de crise. A experiência atual rasga caminhos para reflexões ulteriores, quer a nível do Direito Constitucional, quer no plano do Direito Administrativo:

a) A relativa incipiência de instrumentos jurídicos de resposta à pandemia gerou alguma indefinição no que tange à forma e ao grau de afetação dos direitos. Esta crise veio atestar que, também no plano do(s) direito(s), a *preparedness* representa um aspeto primordial para a evolução dos regimes jurídicos, impondo-se uma reflexão, *a posteriori*, sobre a matéria. Basta atentar nos modos de reação, alguns considerados exemplares, seguidos por Estados que, aquando do surto de SARS de 2003, haviam criado (e posteriormente desenvolvido) mecanismos de organização e do planeamento político-administrativos perante crises de saúde pública (como Singapura, Taiwan ou Macau), que agora permitiram uma resposta mais célere e eficiente;

b) A centralidade assumida pelo Executivo exige que se confira um influxo novo (ou renovado) ao autocontrolo da juridicidade da sua atuação; no campo em que nos movemos, colhem especial sentido as propostas do “constitucionalismo administrativo” e a consciencialização de que a Administração Pública é um ator responsável pela realização dos direitos fundamentais;

c) Constituindo os tribunais a *clef-de-voûte* do sistema de garantia dos direitos, urge desenvolver uma ponderação renovada, à luz da experiência desenvolvida entre nós, mas sem perder de vista os contributos da comparação jurídica, sobre a adequação dos *remedies* disponíveis para a tutela de direitos fundamentais, quer em momentos de estabilidade, quer em momentos de crise.



# Desafios jurídicos e sanitários colocados pela Pandemia Sars-Cov-2

*André Gonçalves Dias Pereira*

Nunca como hoje o Direito da Saúde esteve nas bocas do mundo e na atualidade política e noticiosa. Uma crise extrema de saúde pública, a mais grave pandemia em 100 anos, colocou os portugueses, os europeus e grande parte do mundo em confinamento, encerrando serviços, comércio e escolas durante meses. As vacinas que surgem a cada semana são uma luz de esperança, sendo a ciência, uma vez mais, o caminho para o bem-estar e a felicidade humana, se usada de forma responsável e solidária.

Têm sido meses de intensos desafios sanitários e jurídicos. Apontamos aqui alguns aspetos que mereceram a nossa atenção ao longo destes meses, em termos muito sintéticos: o aumento da mortalidade por doenças não-COVID, a mudança nos rituais fúnebres e necessidade de debater a mudança do regime laboral do trabalho por turnos dos trabalhadores em instalações residenciais (*maxime*, ERPIs [Estabelecimentos residenciais para Pessoas Idosas] e UCCI's [Unidades de Cuidados Continuados Integrados]).

## 1. Vítimas Colaterais da COVID-19

Com o confinamento de março a maio, a COVID-19 foi controlada; as vítimas em Portugal situaram-se a um nível aceitável, mas muitas vítimas colaterais ficaram, em especial os *doentes não-COVID*. A realidade da prestação de cuidados de saúde a doentes "não-COVID", entre meados de março e maio, foi desastrosa. Houve uma quebra *muito significativa* na atividade do Serviço Nacional de Saúde. Um estudo, publicado na *Ata Médica Portuguesa*,<sup>1</sup> conclui que o excesso de mortalidade ocorrido entre 1 de março e 22 de abril foi 3 a 5 vezes superior ao explicado pelas mortes por COVID-19 reportadas oficialmente. No computo geral de 2020, segundo o INE, verificou-se um aumento de mortalidade 13% acima do normal.<sup>2</sup>

De grande gravidade foi a pulsão ociosa que afetou algumas áreas da atividade médica, como as *juntas médicas*. Apesar de o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 ter estabelecido expressamente o contrário, as juntas médicas de avaliação da incapacidade foram suspensas. Apesar da obrigatoriedade legal de cada ARS manter pelo menos uma junta médica em funciona-

mento, tal não aconteceu e, meses volvidos, continuam a funcionar com grave deficiência. Esta situação revela-se altamente danosa para as pessoas com incapacidade que dele dependem – as pessoas mais vulneráveis com incapacidades e deficiências.<sup>3</sup>

Não se levou em devida consideração o direito previsto na Lei de Bases da Saúde – o direito a tempos máximos de resposta garantidos no SNS, tempos adequados para a primeira consulta, para a referência e para a cirurgia, nas várias áreas, regulados pela Portaria n.º 153/2017, de acordo com as boas práticas internacionais. Nos últimos meses, tentou-se voltar a uma certa normalidade. Em razão da violência da segunda vaga, – em janeiro de 2021 – novamente as intervenções e tratamentos programados voltaram a ser afetados – em muitos hospitais. Mas os erros de 2020 não deverão ser repetidos em 2021 e o sistema deverá ter a flexibilidade e a capacidade de se adaptar a estes desafios, mantendo uma adequada prestação de serviços de saúde a toda a população.

## 2. O direito de visita hospitalar e os rituais fúnebres

Todos ouvimos notícias de que as pessoas em final de vida não puderam contar com um último olhar, um último adeus dos seus familiares e entes queridos, e, para muitos católicos, do sacramento da extrema-unção. A poupança em equipamentos de proteção individual para acesso a enfermarias COVID-19 e os perigos de contágio têm sido considerados valores superiores ao direito de visita às pessoas em *estado final de vida*, previsto no artigo 20.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março.

Mas, mais impressionante (porque quiçá de justificação ainda menos clara) é o que se passou (ou não se passou) nos velórios e serviços fúnebres, quer dos doentes com diagnóstico da COVID-19, quer todos os outros – a esmagadora maioria das mortes nestes últimos meses. Ficará para a história a extrema lesão do direito de reunião e de culto religioso e a invasão da esfera da vida familiar, limitando rituais religiosos e regulando os funerais de forma tão restritiva que quase ficaram desertos. Ora, os rituais de fim de vida e das cerimónias fúnebres são uma das notas específicas da construção da civilização e da cultura. Uma das dimensões que nos distingue enquanto *homo sapiens*, enquanto

1 Paulo Jorge Nogueira, Miguel de Araújo Nobre, Paulo Jorge Nicola, Cristina Furtado, António Vaz Carneiro, "Excess Mortality Estimation During the COVID-19 Pandemic: Preliminary Data from Portugal" in *Ata Médica Portuguesa*, Vol. 33, N.º 13, 2020.

2 <https://www.publico.pt/2021/01/09/sociedade/noticia/46-mortes-colaterais-cem-vitimas-COVID-19-1945564>

3 Para mais desenvolvimentos cf. PEREIRA, André G. Dias/ FERREIRA, Ana Elisabete, "Vítimas Colaterais da COVID-19", *Revista de Gestão Hospitalar*, Jan.Mar., 2020, N.º 20, pp. 42-47; SANTOS, Heloísa/

grande primata que antecipa a morte<sup>4</sup> e, como afirma Edgar Morin – “A sociedade funciona não apenas apesar da morte e contra a morte, mas também só existe enquanto organização pela morte, com a morte e na morte.” (Morin, *O Homem e a Morte*, 1970).

Como ensinam as obras de *Hannah Arendt* ou de *Primo Levi*, o problema dos totalitarismos está mais nos aplicadores do que na norma legitimadora da restrição de direitos fundamentais. Neste caso, alguns municípios, no afã de ser protetores da saúde pública, foram além da teleologia da norma que limitava direitos fundamentais. E, sobretudo, a Associação Nacional das Empresas Lutuosas decretou e impôs aos municípios e às famílias a sua interpretação de normas abertas e flexíveis firmadas pela DGS. Sem consideração pela dimensão antropológica, ética e social inerente à prática dos ritos fúnebres. As famílias, aterrorizadas por uma pandemia de um vírus altamente contagioso e por um ‘espírito do tempo’ de ‘totalitarismo do confinamento’ acataram, em dor, em sofrimento, em silêncio... estas regras iníquas e com pouca sustentação epidemiológico-científica.

Com efeito, quando se fizer a História do Direito, em vão se procurará uma letra no Diário da República a impor a desumanização da morte, a impedir a celebração de rituais fúnebres com dignidade e conformes às normas sociais lusas. Foi a DGS, mas sobretudo a Associação representativa do setor que impôs as suas regras! Que colocaram a saúde (ou o medo) dos seus trabalhadores e dos familiares e amigos do falecido à frente do devido respeito à memória do morto.

### 3. Horários de trabalho

Uma parte desproporcional dos óbitos regista-se junto dos idosos que residiam em lares. Com essa preocupação em mente, Heloísa Santos defendeu, no artigo “Direitos Humanos e morte evitáveis”<sup>5</sup>, a existência, em lares para idosos cujas condições o permitam, de um *regime de exclusividade dos cuidadores com internamento rotativo por equipas*. Com efeito, o JAMA<sup>6</sup> publicou os resultados da experiência francesa comparando os lares em regime de in-

4 A doutrina antropológica defende que o Homem de Neandertal também já prestava cultos fúnebres.

5 Cf. <https://www.publico.pt/2020/08/26/ciencia/opiniao/direitos-humanos-mortes-evitaveis-1929249>

6 Joël Belmin/ Nathavy Um-Din/ Cristiano Donadio, “Coronavirus Disease 2019 Outcomes in French Nursing Homes That Implemented Staff Confinement with Residents”, *JAMA New Open*. 2020;3(8): e2017533. doi:10.1001/jamanetworkopen.2020.17533. August 13, 2020 - <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2769241>

ternamento dos funcionários com aqueles em que este não existiu e confirmou a sua grande eficácia, registando-se uma redução significativa do número de infeções e mortes.<sup>7</sup>

Vivemos tempos extraordinários. O quadro jurídico-laboral em vigor não foi feito a pensar em *pandemias* desta gravidade e dimensão, pelo que o debate sobre a legalidade e pertinência desta forma de gerir recursos humanos é pertinente e urgente. Será necessária uma alteração expressa do Código do Trabalho admitindo esta solução que deu provas positivas em França? Ao menos para vigorar durante o período de estado de contingência?<sup>8</sup>

### 4. Projeto de investigação internacional: a atenção ao mundo lusófono

Neste estudo abordamos vários desafios ao Direito, numa visão interdisciplinar, cruzando o direito da saúde, o direito do trabalho e a gestão da saúde. Temas que nos interpelam e que pretendemos aprofundar, com uma rica equipa de colegas do Instituto Jurídico e de colegas de outros países lusófonos (Moçambique, Angola, Brasil e a Região Administrativa de Macau), no âmbito de um projeto aprovado e financiado pela OMS (Organização Mundial de Saúde), intitulado: *Responsabilidade Em Saúde Pública no Mundo Lusófono: Fazendo Justiça Durante e Além da Emergência da COVID*. Trata-se de um projeto Académico que pretende recolher dados relacionados a concretas experiências de dificuldades em responder à pandemia, especialmente atinentes a questões de estigma e discriminação, determinantes da saúde sociais, desigualdades sociais, populações vulneráveis, justiça global da saúde, propostas específicas para responder a contextos de pandemia, como a possibilidade de fornecer equipamento de proteção pessoal, vacinas e tratamentos, bem como políticas públicas específicas destinadas a garantir o acesso a tratamento médico em condições éticas de igualdade com o intuito de apresentar soluções de políticas públicas, permitindo construir sistemas éticos adequados para responder a dificuldades que emergem em situações de pandemia.

7 “This cohort study including 17 nursing homes with staff self-confinement and 9513 nursing homes in a national survey found that nursing homes with staff self-confinement experienced lower mortality related to COVID-19 among residents and lower incidence of COVID-19 among residents and staff members than rates recorded in a national survey.”

8 SANTOS, Heloísa/ PEREIRA, André Dias, “Reflexões éticas e normativas a propósito do artigo Direitos Humanos e Mortes Evitáveis”, *Revista de Gestão Hospitalar*, 2020, Jul-Ago-Set, N.º 22, pp. 70-76.

# Implicações da pandemia COVID-19 no mundo do Trabalho

*Joana Vicente*

1. A pandemia COVID-19, que começou por ser uma crise de saúde pública, tem vindo a alastrar-se à economia e aos mercados de trabalho de todo o mundo, afectando empresas, trabalhadores e suas famílias. Logo em Março de 2020, a Organização Internacional do Trabalho, no seu relatório preliminar de avaliação “COVID-19 and world of work: impacts and responses”, antecipando o impacto da pandemia no mundo do trabalho, salientava a necessidade de tomar medidas urgentes, em grande escala e coordenadas, em torno de três pilares: *proteger os trabalhadores nos locais de trabalho, apoiar o emprego e os rendimentos, estimular a economia e a oferta de trabalho*. Desde então, o Governo português tem vindo a adoptar medidas legislativas de emergência, excepcionais e temporárias, incidindo sobre os mais variados domínios do trabalho, do sector público ao sector privado.

No que diz respeito à protecção dos trabalhadores do risco de infecção, vêm sendo adoptadas formas de organização do trabalho que garantam o distanciamento físico, como é o caso do desfasamento dos horários de entrada e saída dos trabalhadores nos locais de trabalho e a adopção do regime de teletrabalho, independentemente da modalidade do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitam e o trabalhador disponha de condições para as exercer. Para efeitos de acesso e permanência no local de trabalho, as empresas foram ainda autorizadas, excepcionalmente, a medir a temperatura dos seus colaboradores e, mais recentemente, a sujeitar os trabalhadores à realização de testes de diagnóstico de SARS-CoV-2. Cumpre salientar, contudo, que ambas as medidas foram objecto de apreciação crítica pela Comissão Nacional de Protecção de Dados, por não cumprirem um conjunto de requisitos que confirmam garantias mínimas de salvaguarda dos direitos dos titulares dos dados, no caso os trabalhadores. Ainda neste contexto de protecção, a crise pandémica reclamou a adopção de medidas de protecção social na doença e na parentalidade, tais como os regimes temporários de faltas justificadas motivadas pelo isolamento profilático dos trabalhadores ou motivadas pela assistência a familiares daqueles em isolamento, ou ainda decorrentes de encerramento temporário dos estabelecimentos escolares. Com o

intuito de mitigar os efeitos financeiros de algumas das referidas ausências, foram ainda criados subsídios de cariz excepcional.

Já no campo do apoio ao emprego e à economia, vieram a lume um conjunto de apoios extraordinários para a manutenção dos postos de trabalho, com destaque para o regime simplificado de *lay-off* – um regime de redução temporária da actividade das empresas em situação de crise empresarial apoiado financeiramente pelo Estado – e para os subsequentes incentivos financeiros destinados a apoiar a normalização da actividade empresarial. Destinatários de outros apoios financeiros temporários foram também, numa primeira fase, os trabalhadores independentes que registassem paragem ou redução da sua actividade económica e, num segundo momento, os gerentes de micro ou pequenas empresas e empresários em nome individual. A estes apoios foram ainda associadas medidas temporárias de redução e/ou isenção das contribuições para a segurança social bem como de alívio fiscal.

2. Desta breve resenha das principais iniciativas legislativas em matéria social resulta, pois, evidente o impacto da pandemia no universo das relações de trabalho. Mas, se a maioria das medidas vindas de elencar assumem, marcadamente, uma natureza transitória, algumas há que, pese embora o seu escopo inicial também ele conjuntural, terão seguramente implicações de cariz estrutural no domínio laboral, no período pós-pandemia. O fenómeno do teletrabalho – a modalidade de contrato de trabalho desenvolvido num local situado fora das instalações centrais da empresa, através da utilização de meios informáticos ou telemáticos que permitem, simultaneamente, a separação e a comunicação – é disso um bom exemplo.

No contexto da grave situação epidemiológica causada pelo novo Coronavírus, que impõe um elevado grau de isolamento social como forma de prevenir o contágio, o recurso ao teletrabalho (em especial no domicílio) surgiu como um expediente particularmente interessante e adequado à salvaguardar a saúde dos trabalhadores, evitando uma paralisia da actividade económica. A figura, que não era nova no

ordenamento jurídico português (actualmente regulada nos artigos 165.º e ss. do Código do Trabalho), mas até agora de utilização bastante modesta, expandiu-se significativamente em 2020. Em determinados momentos desta crise pandémica, inclusivamente, o recurso ao teletrabalho volveu-se mesmo numa *obrigação* para ambos os sujeitos da relação laboral, prescindindo a lei do acordo das partes para a sua implementação, num desvio àquela que é a solução regra preconizada pelo Código do Trabalho actualmente.

Certo é que esta utilização mais frequente do teletrabalho a que vimos assistindo – independentemente da sua base mais consensual ou autoritária – não deixará indiferentes as dinâmicas organizativas do universo empresarial, mesmo quando a crise sanitária for superada. Muitos trabalhadores terão descoberto nesta experiência de realização da prestação à distância um expediente que reduz os incómodos e as despesas com as deslocações, permite uma melhor conciliação e articulação entre a vida profissional e a vida familiar ou privada, do mesmo modo que, numa óptica patronal, a redução de custos operacionais também se afigura atractiva. É, por isso, expectável que o recurso à figura do teletrabalho permaneça considerável, mesmo quando as pessoas puderem regressar aos seus tradicionais locais de trabalho.

É claro que a estas vantagens há que contrapor os inconvenientes e os riscos do teletrabalho, sobretudo do teletrabalho domiciliário, e que a crise pandémica veio evidenciar. Desde logo, o facto de existirem hoje equipamentos tecnológicos com um potencial de intrusão muito grande e que permitem controlar o trabalhador à distância de forma muito duvidosa. A isto acresce o processo de isolamento social provocado pelo trabalho à distância com efeitos preversos a dois níveis. Por um lado, a conexão permanente, que o teletrabalho permite, potencia abusos no que se refere aos limites da jornada de trabalho impostos por lei e/ou contratualmente fixados assim como pode diluir as fronteiras entre a vida profissional e a vida privada e familiar, acabando, afinal, por comprometer a conciliação entre as duas esferas, inclusivamente, com consequências graves na saúde mental e física dos trabalhadores. Por outro lado, a

atomização decorrente do exercício de funções em teletrabalho enfraquece os laços colectivos e pode contribuir para acentuar o desequilíbrio de poderes numa relação como a de trabalho, estrutural e intrinsecamente assimétrica.

3. Nesse contexto, e estimando-se a manutenção do recurso à figura no período pós-pandemia, necessário se tornará revisitar o enquadramento legal, densificando e clarificando alguns aspectos do seu regime jurídico. De entre as matérias em relação às quais se afigura pertinente uma reflexão e uma intervenção legislativa mais vigorosa destacam-se: (i) a tutela da privacidade, para lá da regra muito genérica que hoje consta do Código do Trabalho; (ii) a tutela em matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais; (iii) a articulação entre o regime de isenção de horário e o estatuto de teletrabalhador; (iv) o alargamento do elenco de situações em que o trabalhador pode optar pelo teletrabalho, hoje apenas circunscrito à categoria dos trabalhadores progenitores com filhos até 3 anos de idade e vítimas de violência doméstica; (v) o reforço do papel da negociação colectiva na disciplina do teletrabalho.



# COVID-19 – Algumas implicações no direito penal

*Maria João Antunes, Sónia Fidalgo, Ana Pais, Miguel João Costa*

A qualificação como “pandemia internacional” da emergência de saúde pública ocasionada pela doença COVID-19 e a declaração subsequente do estado de emergência em todo o território português repercutiram-se no direito penal, nomeadamente em matéria de confinamento obrigatório, de execução de penas de prisão e de concessão de medidas de graça e de escolha de doentes.

## 1. Obrigação de confinamento

Por via do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, que declarou o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, e do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, que procedeu à execução da declaração, passou a estar previsto o confinamento obrigatório, no domicílio ou em estabelecimento de saúde, dos doentes com COVID-19, dos infetados com SARS-CoV2 e daqueles a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tivessem determinado a vigilância ativa.

### 1.1. Violação

Com o objetivo identificado de reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à pandemia, o Decreto governamental estatuiu que a violação da obrigação de confinamento constituía *crime de desobediência*. A opção impôs-se perante a ausência de incriminação que tutele a saúde pública enquanto bem jurídico coletivo digno de pena, já que o crime de propagação de doença, previsto no artigo 283.º do Código Penal, tutela os bens jurídicos (individuais) da vida e da integridade física e não o bem jurídico (supraindividual) da saúde pública.

Tratando-se de um decreto governamental, a estatuição como crime de desobediência, previsto e punido na alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal, foi questionada do ponto de vista da exigência de *reserva de lei*. Há mesmo jurisprudência no sentido de ter sido invadida a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, por lhe competir definir os crimes, salvo autorização ao Governo, segundo o artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição.

A exigência de reserva de lei já não será quebrada quando se subsuma a violação do confinamento obrigatório na alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º, fazendo depender o crime da cominação prévia aí prevista. Subsistem, porém, dúvidas quanto a essa opção político-criminal e certezas quanto à pertinência da previsão de um tipo legal de crime que tutele a *saúde pública*.

### 1.2. Legitimidade

O propósito do Decreto do Presidente da República foi o de legitimar jurídico-constitucionalmente o confinamento obrigatório através da suspensão parcial do exercício do *direito de deslocação*, consagrado no artigo 44.º da Constituição (alínea a) do artigo 4.º). Mas se se entender que o confinamento obrigatório em estabelecimento de saúde ou no domicílio constitui uma *privação da liberdade*, é de concluir que, não tendo sido suspenso o exercício do direito à liberdade, consagrado no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição, a primeira declaração de estado de emergência não legitimou as privações da liberdade ocorridas. Diferentemente da primeira, a declaração por via do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, já decreta que fica parcialmente limitado, restringido ou condicionado o exercício dos direitos à liberdade e de deslocação (alínea a) do artigo 4.º).

Anote-se ainda que, fora do período em que vigorou a primeira declaração do estado de emergência, foi questionada a conformidade constitucional de normas que impuseram uma obrigação de confinamento, convocando para o efeito o direito fundamental à liberdade pessoal, consagrado no artigo 27.º (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 424/2020 e 687/2020).

## 2. Execução de penas de prisão e concessão de medidas de graça

A Lei n.º 9/2020, de 10 de abril, instituiu um “regime excecional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça”, no âmbito da emergência de saúde pública ocasionada pela doença COVID-19, prevendo um perdão parcial de penas de prisão; um

regime especial de indulto das penas; um regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos condenados; e a antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional.

O regime excepcional estabelecido apartou-se de normas vigentes do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, nomeadamente das que se referem ao momento da libertação (artigo 24.º), à modificação da execução da pena de prisão (artigo 118.º e ss.) e à concessão de licenças de saída (artigo 76.º e ss.), apesar de o objetivo da redução do risco de contágio poder ser prosseguido também através delas. Por outro lado, confrontou-nos com soluções criticáveis, como, por exemplo, a de perdoar as penas de prisão de duração igual ou inferior a dois anos de reclusos condenados por decisão transitada em julgado, por contraposição às penas de prisão efetiva em execução em regime de permanência na habitação.

### 3. Escolha de doentes

O Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas da Ordem dos Médicos reconheceu, em abril passado, a necessidade de fazer recomendações de natu-

reza ética para um eventual “cenário de medicina de catástrofe”. Quanto a serviços de medicina intensiva, recomendou reservar os recursos para aqueles que têm, antes do mais, maior probabilidade de sobrevivência após o tratamento; não seguir critérios de prioridade como a ordem de chegada do pedido de admissão ou da chegada aos serviços de urgência hospitalar; não seguir somente o critério da idade; não fazer terapia intensiva a doentes onde o benefício é mínimo e improvável, por doença avançada ou terminal, o que já sucede em situações de não emergência.

Recomendações deste tipo interpelam-nos a partir das causas penais de exclusão da ilicitude e da culpa, na convicção de que a liberdade de escolha do doente deve estar juridicamente conformada e não apenas eticamente disciplinada. E deixam-nos várias interrogações: no confronto entre vidas, deve preferir-se o maior número? Tratando-se de uma vida contra outra, deve preferir-se aquela em relação à qual haja a perspectiva de ser mais longa? O bem jurídico vida é ponderável? É de admitir a interrupção dos processos de tratamento de doentes já ligados a ventiladores para os substituir por doentes chegados posteriormente?



# Contrato de seguro e pandemia

*Maria Inês de Oliveira Martins*

1. Uma primeira pergunta que se coloca é a de saber quais as coberturas seguradoras que podem ser especialmente problemáticas – ou seja, especialmente accionadas em contexto de pandemia. Tratar-se-á presumivelmente, no imediato, das que cubram riscos de cancelamento de viagens e eventos; no curto/médio prazo, das que cubram riscos de saúde e de incapacidade, riscos de vida e ciberriscos; no médio prazo, destacam-se as coberturas de lucros cessantes não ligado a danos numa coisa (vg., por interrupção de uma cadeia logística), bem como as coberturas ligadas a eventos de crédito (seguros de crédito e de caução/garantia), a par, novamente, das coberturas de ciberriscos.

Com o maior accionamento destas coberturas, emerge a divergência de interesses entre seguradores e segurados. Se os seguradores concordarem geralmente em prestar, podem enfrentar desembolsos muito significativos; e, caso adoptem a estratégia de se recusar a prestar, os segurados podem então ver a cobertura recusada ou a vigência do contrato terminada.

2. A recusa da cobertura depende de o segurador invocar com sucesso cláusulas de exclusão da cobertura ou o não acatamento de deveres de controlo do risco. O que, por sua vez, depende da interpretação do contrato de seguro, determinando o âmbito do risco coberto e interpretando cláusulas de exclusão e de imposição de deveres de conduta.

A este respeito, não se deve esquecer que estamos perante contratos geralmente de adesão, celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais. Como tal, estes devem ser interpretados de acordo com as expectativas legitimamente formadas por um declaratório normal à luz da finalidade do concreto contrato (da protecção que o contrato concretamente deveria conferir face aos interesses em causa, para que tivesse utilidade). Em caso de dúvida, vale a doutrina *contra proferentem*.

Certas exclusões gerais, ou previsões gerais de deveres de conduta, podem ser especialmente invocadas no presente contexto. Vale a pena referir um caso debatido em Portugal, perante o pano de fundo dos diplomas legais sobre estado de emergência, e das suas normas que limitam os casos em que é lícita a circulação, inclusivamente automóvel. Perguntou-se se, caso alguém circulasse de automóvel fora das hipóteses permitidas pelo regime do estado de emer-

gência, preencheria uma cláusula prevista num seguro facultativo de responsabilidade civil automóvel, ou num seguro de acidentes pessoais, que excluísse a cobertura das consequências de actos praticados em contravenção a normas legais ou regulamentares aplicáveis. Não parece, porém, que a cláusula de exclusão opere nestes casos. A norma violada, integrante do diploma sobre estado de emergência, não visa prevenir riscos de acidente, mas sim riscos de contágio, pelo que *não há causalidade entre violação da norma e sinistro potencial*. E, em qualquer caso, a exclusão é um *facto impeditivo* do direito do segurado, pelo que caberia ao segurador o ónus da prova de que tal exclusão se preencheu (incluindo desde logo a prova de que o segurado não utilizava o veículo ao abrigo de uma das hipóteses em que tal é autorizado). De resto, após o surgimento deste debate nos meios de comunicação portugueses, algumas seguradoras prontamente esclareceram que não equacionavam invocar tais exclusões nessas hipóteses.

3. Mesmo que não ocorra um sinistro, quando, perante a cobertura em causa, o contexto de pandemia torne a sua ocorrência mais provável, o diferendo pode emergir. O segurador pode querer desembarrasar-se do contrato, deixando-o caducar ou não o renovando, quando o contrato for a prazo; pode denunciá-lo ou rescindi-lo, mas só quando tal seja admissível. Tal poderá ser especialmente visível no caso de seguros cujo risco se tenha agravado, e que comportem vários sinistros ao longo da sua vigência. Pense-se, por exemplo, no seguro de crédito, pelo qual o credor se protege do risco de não cumprimento pelos seus devedores.

Em qualquer caso, pode equacionar-se se a cessação do contrato é lícita ou se defrauda expectativas legitimamente criadas. Porém, para evitar incertezas e desigualdades, é uma matéria em que pode ser aconselhável intervenção através de leis especiais para o contexto da pandemia.

4. Perguntar-se-á ainda se podem *neste momento* ser celebrados seguros que protejam face a impactos do COVID-19. Colocam-se aqui problemas de caracterização do contrato de seguro, e de limitação dos negócios que as seguradoras podem licitamente celebrar (e que tipicamente são apenas seguros e operações conexas, bem como actos instrumentais face a este âmbito).

A solução é linear para os casos de *inexistência do risco*: aqueles em que o sinistro já *ocorreu naquela esfera concreta*, ou tornou-se *impossível a sua ocorrência*. Seria o caso de se celebrar com a data de hoje um seguro de cancelamento de um evento público, quando já se proibiu a realização de eventos públicos em geral. Neste caso, o contrato não pode produzir efeitos como contrato de seguro, pois já não se refere a um risco, mas a uma certeza, dando lugar a dois pagamentos certos (o do prémio contra o da indemnização). O Direito português prescreve directamente a nulidade para estes contratos (44.º do RJCS); ainda que assim não fosse, ela decorreria do facto de os seguradores não terem normalmente autorização para este tipo de negócio.

Diferentes destes são os casos em que a verificação do sinistro é de elevadíssima probabilidade. Aqui, há que determinar se, ao tempo da celebração do contrato, aquele risco era de verificação tendencialmente certa, de modo a que já não se possa falar de um risco e de um seguro. Mesmo riscos de elevada probabilidade podem ser cobertos (vg., um seguro de incapacidade temporária por saúde de um médico do serviço de cuidados intensivos, neste contexto), desde que haja oferta e procura de cobertura para eles.

5. Uma outra questão discutível é a de saber se os seguradores podem reportar-se a um agravamento do risco em termos gerais, por se ter declarado situação de pandemia, ou de estado de emergência. Ou seja, se podem invocar o regime do agravamento do risco, que permite a modificação do contrato ou sua resolução.

A resposta a esta questão é negativa. O regime do agravamento do risco tem que ver com alterações daquela esfera de risco em concreto, dialogando com a avaliação inicial que o segurador fez do risco daquele segurado (através de questionários, exames médicos, inspecções, consulta de registos,...), pela qual mensurou o risco que concretamente suportaria e fixou o prémio em conformidade. A variação de riscos gerais corre por conta do segurador, devendo estar reflectida nas estatísticas e estimativas de que este se serve; o segurador é exactamente o perito na avaliação dos riscos. De outro modo, far-se-ia retornar à esfera do segurado a falha do segurador em, ao fixar os prémios, tomar em consideração dados estatísticos adequados e estimativas prudentes.

De resto, os regimes que permitem a cessação ou modificação do contrato prevêem prazos estritos (os

ordenamentos europeus gravitam em torno do prazo de um mês) para a sua invocação pelo segurador. Ora, desde Janeiro que se sabe da existência de uma epidemia em território chinês, e da sua grande transmissibilidade; e os primeiros casos concretos de infecção foram detectados na generalidade dos países europeus nos meses de Janeiro e Fevereiro – há bem mais de um mês, portanto.

Uma questão contígua é a de saber se a presente alteração do estilo de vida dos sujeitos, determinada pelo confinamento doméstico em contexto de estado de emergência, poderá configurar agravamento de certos riscos na esfera do sujeito em concreto. Tratar-se-ia, por exemplo, de argumentar que o risco de incêndio pelo facto de trabalharmos a partir de casa. Não se pode, porém, concluir sem mais nesse sentido. Há vários pressupostos para a aplicação do regime do agravamento (de outro modo, o seguro não cumpriria a sua finalidade de permitir a planificação da actividade económica dos sujeitos) e um deles é que, no cômputo geral das circunstâncias que se modificaram o saldo seja de agravamento. Se a alteração de circunstâncias traz factores que diminuem e factores que agravam o risco, eles compensam-se entre si. E estar mais em casa também é estar mais vigilante a possíveis focos de incêndio, o que é um factor de diminuição do risco.

6. A respeito das modificações do risco seguro, há no ordenamento português um dado normativo muito recente, e de toda a relevância. Trata-se do Decreto-lei que “estabelece um regime excepcional e temporário relativo aos contratos de seguro, no âmbito da pandemia da doença COVID-19”, aprovado no dia 7 de Maio em Conselho de Ministros, e cujo texto ainda não é conhecido. De todo o modo, nos termos do Comunicado divulgado no site do Governo (<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=345>), “nos contratos de seguro em que se verifique a redução significativa ou mesmo a eliminação do risco coberto, em decorrência direta ou indireta das medidas legais de resposta à epidemia, estabelece-se o direito de os tomadores de seguros requererem o reflexo dessas circunstâncias no prémio, assim como a aplicação de um regime excepcional do seu fracionamento”.

Resta, pois, conhecer os pormenores da regulação. E, no plano dos efeitos práticos, resta saber se esta possibilidade dará impulso à invocação do regime

simétrico, de agravamento do risco, por parte dos seguradores.

7. De acordo com o referido comunicado de Conselho de Ministros, este mesmo diploma aborda também uma outra questão da maior importância: a das consequências da falta de pagamento do prémio.

O regime português do não pagamento do prémio de seguro é, além de pouco transparente (designando por “regime especial” aquele que é na verdade o regime geral e absolutamente imperativo – arts. 58.º e ss. RJCS), draconiano nas suas consequências, obedecendo a uma lógica estrita de “*no premium, no risk*”. Assim, a cobertura do risco depende do prévio pagamento do prémio: a falta de pagamento da primeira fracção do prémio determina a cessação automática do contrato a partir da data da sua celebração e a falta do pagamento de fracções subsequentes determina a cessação automática do contrato a partir da data do vencimento destas (art. 59.º e 61.º). Bem se vê a potencialidade deste regime para a causação de consequências sociais da maior gravidade no contexto de crise económica em que presentemente entramos. Basta que um sujeito falte ao pagamento de uma prestação do prémio para imediatamente ver caducar o contrato, perdendo protecção seguradora.

Nos termos do referido Comunicado, o novo regime transitório “vem flexibilizar o regime de pagamento do prémio de seguro, convertendo-o num regime de imperatividade relativa, ou seja, admitindo que seja convencionado entre as partes um regime mais favorável ao tomador do seguro. Na falta de convenção, e perante a falta de pagamento do prémio ou fracção na respetiva data do vencimento, a cobertura dos seguros obrigatórios é mantida na sua integralidade por um período limitado de tempo, mantendo-se a obrigação de pagamento do prémio pelo segurado”.

Ou seja, na prática, a única medida efectiva parece ser em relação aos seguros obrigatórios, em que se determina a manutenção da cobertura e cobrança dos prémios *a posteriori*. No que toca aos seguros facultativos, tudo o que se passa a permitir é temporariamente, que seja acordado um regime diverso do regime geral draconiano – o que não só é afastar de modo meramente temporário uma imperatividade absoluta que não tem, em geral, razão de ser, como é fazer a implantação de regimes menos drásticos depender da boa vontade do segurador.

8. As últimas palavras devem ser dedicadas a uma tentativa de prever as mudanças que a presente conjuntura acarretará, de futuro, no mercado segurador. Claro está que, perante um contexto de alteração da organização social e económica tão profundo como o que hoje se vive, qualquer exercício de previsão comporta muita incerteza. Mais ainda, quando está em causa um contrato que é especialmente sensível a dados de contexto, já que organiza a protecção contra aqueles que sejam, em cada momento, os riscos reconhecidos como relevantes.

Ora, é típico dos processos de tomada de decisão que o aumento da consciência em relação a certo risco que tenha causado danos no passado recente leve a um aumento da respectiva procura. Pode, por isso, supor-se, no médio/longo prazo, um aumento do interesse por seguros ligados a riscos de interrupção de cadeias logísticas (sobretudo seguros de lucros cessantes não ligados a danos em coisas), embora tal dependa do modo como a produção se reorganize à escala global. Nos sistemas em que a prestação de cuidados de saúde seja intermediada por seguros ou planos de saúde, será de esperar um aumento ou reforço de coberturas obrigatórias. E, em termos gerais, com o salto na direcção da digitalização que foi agora dado, será de esperar um aumento tanto dos ciberriscos, ligados a ataque informático ou mera falha técnica, como da consciência destes riscos e procura de cobertura para eles.

Deve, por outro lado, supor-se que haverá procura de coberturas que cubram especificamente riscos de pandemia (vg., nos seguros relativos à realização de grandes eventos adiados para 2021, os segurados quererão provavelmente que o risco de cancelamento/adiamento/ maiores custos em razão de pandemia). Porém, os riscos ligados a situação de pandemia serão em geral riscos catastróficos, ou seja, com aptidão a afectar toda a carteira do segurador e, sobretudo do ressegurador (no caso de pandemias, nem sequer a dispersão geográfica do risco é viável). Como tal, esta cobertura só surgirá no mercado se houver modos de dispersar o risco para lá da mutualidade de segurados ou ressegurados, de um modo paralelo ao que se foi desenvolvendo para catástrofes naturais. Nesta sede, o *mercado de instrumentos financeiros derivados* poderá ter um papel importante a desempenhar.



Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do «Projeto do Instituto Jurídico UIDB/04643/2020»

# FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR