UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

ANO XXVII • Nº 54 • 2023

法 律 學 院 學 報

NÚMERO 54, ANO XXVII, 2023

DIRECTOR
Tong Io Cheng

SUBDIRECTORES
Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan e Iau Teng Pio

DIRECTOR EXECUTIVO
Manuel M. E. Trigo

ADJUNTOS DO DIRECTOR EXECUTIVO
Miguel Quental e Jiang Yi Wa

CONSELHO EDITORIAL
Tong Io Cheng, Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan, Iau Teng Pio, Manuel Trigo, Liu Gao Long, Paulo Canelas de Castro, Muruga Perumal Ramaswamy, Miguel Lemos, Teresa Sousa Robalo, Ng Kei Kei, João Ilhão Moreira, Isabel Mousinho de Figueiredo, Célia Matias, Jiang Yi Wa, Chu Lam Lam, Hugo M. R. Duarte Fonseca, Ma Zhe, Iong Man Teng, Tou Wai Fong e Miguel Quental

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO
Almeida Machava, Amiel Janja, Amina Adão Saide Abdala, António Malheiro de Magalhães, Célia Matias, Cristina Dias, Edmundo Lima de Arruda Jr, João António Valente Torrão, José Octávio Serra Van-Dúnem Neto, Luís Pessanha, Ma Zhe, Marco Carvalho Gonçalves, Mário Ferreira Monte, Ng Kei Kei, Paulo Daniel Comoane e Paulo Canelas Castro

PROPRIEDADE
Universidade de Macau

CAPA, DESIGN, EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E SECRETARIADO
Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

ENDEREÇO
Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,
Avenida da Universidade, Faculdade de Direito (E32), Taipa, Macau, China
Email para receber a apresentação de artigos
boletim.fll@um.edu.mo

PERIODICIDADE
Semestral

DATA DE PUBLICAÇÃO
Dezembro de 2023

PAGINAÇÃO E IMPRESSÃO
Jimmy Label Co.

TIRAGEM
500 Exemplares

ISSN n.° 0873-9854

Condições de colaboração: O Boletim da Faculdade de Direito está aberto à colaboração dos interessados sem prejuízo da apreciação dos trabalhos a publicar pelo Conselho Editorial. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos seus autores. O Boletim da Faculdade de Direito reserva-se ao direito de editar os textos recebidos para, sem lhes alterar o conteúdo, os fazer corresponder aos critérios gráficos adoptados.

NUMBER 54, YEAR XXVII, 2023

EDITOR-IN-CHIEF
Tong Io Cheng

ASSOCIATE EDITORS
Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan and Iau Teng Pio

EXECUTIVE EDITOR
Manuel M. E. Trigo

EXECUTIVE ASSISTANT EDITORS
Miguel Quental and Jiang Yi Wa

EDITORIAL BOARD
Tong Io Cheng, Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan, Iau Teng Pio, Manuel Trigo, Liu Gao Long, Paulo Canelas de Castro, Muruga Perumal Ramaswamy, Miguel Lemos, Teresa Sousa Robalo, Ng Kei Kei, João Ilhão Moreira, Isabel Mousinho de Figueiredo, Célia Matias, Jiang Yi Wa, Chu Lam Lam, Hugo M. R. Duarte Fonseca, Ma Zhe, Iong Man Teng, Tou Wai Fong and Miguel Quental

CONTRIBUTORS IN THIS ISSUE
Almeida Machava, Amiel Janja, Amina Adão Saide Abdala, António Malheiro de Magalhães, Célia Matias, Cristina Dias, Edmundo Lima de Arruda Jr, João António Valente Torrão, José Octávio Serra Van-Dúnem Neto, Luís Pessanha, Ma Zhe, Marco Carvalho Gonçalves, Mário Ferreira Monte, Ng Kei Kei, Paulo Daniel Comoane e Paulo Canelas Castro

OWNERSHIP
University of Macau

COVER DESIGN, EDITING, DISTRIBUTION, AND SECRETARIAT
Center for Law Studies of the Faculty of Law of the University of Macau

ADDRESS
Center for Law Studies, Faculty of Law, University of Macau
Avenida da Universidade, Faculty of Law (E32), Taipa, Macau, China
Email for article submissions: boletim.fll@um.edu.mo

FREQUENCY
Semi-annual

PUBLICATION DATE
December 2023

PAGINATION AND PRINTING
Jimmy Label Co.

CIRCULATION
500 copies

ISSN n.° 0873-9854

Conditions for Collaboration: The Faculty of Law Bulletin invites contributions from interested parties, subject to the review and approval of the Editorial Board. The published works are the sole responsibility of their authors. The Faculty of Law Bulletin reserves the right to edit submitted texts to ensure that they conform to the adopted graphic standards without altering their content.

ÍNDICE

Nota de Abertura 13
Estatuto Editorial 15

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

O interesse processual no Direito Processual Civil de Macau
Ng Kei Kei 21

Duas Sociedades Comerciais, em que um Administrador é Comum a Ambas, Estão Legalmente Impedidas de Participar no Mesmo Concurso de Empreitada de Obras Públicas, em Consórcios Distintos com Outras Empresas?
João António Valente Torrão 47

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO SELECCIONADOS POR REVISÃO POR PARES

Arbitragem Voluntária nos Contratos Administrativos: Problemas Relacionados com a Arbitrabilidade Objectiva – o Regime Jurídico de Macau
Amiel Janja 83

VÁRIA

Desafios da Situação Pandémica ao *Ius Publicum* Português: Configuração de um «novo» Estado de Emergência Sanitária, como «Terceira via» do Direito de Necessidade Constitucional
António Malheiro de Magalhães 115

Direito e Sociedade, Desafios Pós Pandemia COVID-19: o Caso de Angola
José Octávio Serra Van-Dúnem 131

Pandemia da COVID-19: Ações do Governo Brasileiro, Responsabilidade e Lições
Edmundo Lima de Arruda Junior 145

As Transformações Legislativas Operadas no Ordenamento Jurídico Moçambicano no Âmbito da Resposta à Pandemia da COVID-19
Paulo Daniel Comoane 165

A Restrição de Direitos Fundamentais em Nome da Saúde e da Segurança: que Lições a Retirar da Experiência Pandémica COVID-19?
Mário Ferreira Monte 183

A COVID-19 e a Garantia dos Direitos Fundamentais em Moçambique: um Olhar ao Direito à Saúde e Direito à Educação e Lições para o Futuro
Almeida Machava 197

As Relações Conjugais Na e Para Além da Pandemia – Reflexos da COVID-19 no Divórcio
Cristina Dias 219

Incumprimento nos Contratos Comerciais e a Força Maior: as Lições da COVID-19 em Moçambique
Amina Adão Saide Abdala 237

A Reforma Jurídica da Lei de Insolvência Durante e Após a Pandemia da COVID-19: Uma Perspectiva da Legislação de Insolvência das Pessoas Singulares na Zona Económica Especial de Shenzhen e a sua Prática
Ma Zhe 253

Pandemias e Direito Internacional: As Obrigações dos Estados e as Competências da Organização Mundial da Saúde
Paulo Canelas de Castro 265

Entre o Efeito Bruxelas e o Efeito Pequim: Reflexões sobre a Lei de Protecção de Dados Pessoais de Macau
Célia F. Matias 295

Acesso ao Direito e aos Tribunais: Contributos da Tecnologia para a Melhoria da Eficiência na Administração da Justiça
Marco Carvalho Gonçalves 311

O Impacto da Pandemia Causada Pelo Novo Tipo de Coronavírus (COVID-19) no Direito Administrativo de Macau
Luís Pessanha 327

VIDA DA FACULDADE

Notícias dos Mestrados e Doutoramentos 375
Actividades do Centro de Estudos Jurídicos 382
Formatação de Apresentação 383

TABLE OF CONTENTS

Opening Remarks 13
Editorial Statute 15

ARTICLES BY INVITED AUTHORS

The Procedural Interest in Macau Civil Procedural Law
Ng Kei Kei 21

Are Two Commercial Companies, in Which a Director is Common to Both, Legally Prevented from Participating in the Same Public Works Tender, in Distinc Consortia with Other Companies?
João António Valente Torrão 47

PEER REVIEW POSTGRADUATE STUDIES

Voluntary Arbitration in Administrative Contracts: Problems Related to Objective Arbitrability – the Macau Legal System
Amiel Janja 83

VARIA

Challenges of the Pandemic Situation to the Portuguese *Ius Publicum*: Configuration of a "new" State of Health Emergency, as a "Third Way" of the Constitutional Right of Necessity
António Malheiro de Magalhães 115

Law and Society: The Angola Case Study on the Post Pandemic Challenges
José Octávio Serra Van-Dúnem 131

Covid-19 Pandemic: Brazilian Government Actions, Responsability and Lessons
Edmundo Lima de Arruda Junior 145

The Legislative Transformation Operated in the Mozambique Legal Order in the Context of the Response to the COVID-19 Pandemic
Paulo Daniel Comoane 165

The Restriction of Fundamental Rights in the Name of Health and Safety: What Lessons can be Drawn from the COVID-19 Pandemic Experience?
Mário Ferreira Monte 183

COVID-19 and the Guarantee of Fundamental Rights in Mozambique: a Look at the Right to Health and Right to Education, and Lessons for the Future
Almeida Machava 197

Marital Relations During and Beyond the Pandemic - Reflections of COVID-19 on Divorce
Cristina Dias 219

The Risk of Contractual Default and Force Majeure: the Lessons of COVID-19 in Mozambique
Amina Adão Saide Abdala 237

Reforming the Law of Insolvency During and Beyond the COVID-19 Pandemic
Ma Zhe 253

Pandemics and International Law: The Obligations of States and the Competences of the World Health Organization
Paulo Canelas de Castro 265

Between the Brussels Effect and the Beijing Effect: Reflections on Macau's Personal Data Protection Law
Célia F. Matias 295

Access to the Law and the Courts: Technology's Contribution to Improving Efficiency in the Administration of Justice
Marco Carvalho Gonçalves 311

The Impact of the COVID-19 Pandemic on the Administrative Law of Macau
Luís Pessanha 327

FACULTY LIFE

Master degrees and PhD news 375
Activities of the Centre for Law Studies 382
Format for Submission 385

NOTA DE ABERTURA
Opening Remarks

É com grande satisfação que apresento a Nota de Abertura do Boletim nº 54 da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, correspondente ao segundo semestre de 2023.

Desde o ano académico de 2018/19, quando assumi as funções de Directora Adjunta do Centro de Estudos Jurídicos (CEJ) e Adjunta do Director Executivo do Boletim da Faculdade de Direito (com uma breve interrupção desde o segundo semestre de 2020 até o primeiro semestre de 2022, devido a exigências académicas), tenho acompanhado de perto o processo de produção e publicação desta revista académica, com especial atenção à melhoria contínua da sua qualidade e da eficiência. Gostaria de expressar o meu sincero agradecimento à Faculdade pela confiança depositada em mim e aos meus colegas pelo seu incansável empenho e colaboração, especialmente ao Professor Manuel Trigo, Director do CEJ e Director Executivo do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

Uma das mudanças mais significativas que implementámos foi a transição do Boletim de uma publicação bilingue para uma edição em língua portuguesa. Esta alteração resultou da necessidade de integrar melhor as nossas actividades de investigação e publicação académica, facilitando também uma maior integração e coesão no desenvolvimento da ciência jurídica no espaço lusófono. Esta modificação tem como principal objetivo fortalecer o Boletim como um veículo de excelência na disseminação de conhecimento jurídico, assegurando o seu alinhamento com os padrões internacionais de investigação e publicação.

Outra inovação importante foi a introdução do sistema de revisão anónima por pares (*peer review*). Esta medida não só elevou significativamente a qualidade dos artigos e o prestígio da publicação, como também incentivou uma maior participação de autores externos e internos na submissão de artigos. A revisão por pares garante um rigoroso escrutínio das contribuições, promovendo um processo mais transparente e assegurando que os artigos publicados reflitam os mais altos padrões académicos. Esta mudança tem sido essencial para aumentar a credibilidade e a relevância do Boletim no cenário jurídico internacional.

Recentemente, temos vindo a promover activamente a digitalização do

Boletim. Os conteúdos têm sido progressivamente disponibilizados no *website* da Faculdade de Direito, na versão em língua portuguesa. Trata-se duma iniciativa que visa ampliar o alcance da nossa revista, tornando-a mais acessível a investigadores e profissionais de todo o mundo lusófono. A digitalização representa não só uma modernização dos nossos processos editoriais, como também promove uma maior difusão dos conteúdos, permitindo uma circulação mais ampla e imediata das nossas publicações. Este avanço facilita o acesso e o intercâmbio de ideias, contribuindo para o enriquecimento da ciência jurídica no espaço lusófono e além.

Como uma das mais antiga de Macau e a única revista jurídica académica em língua portuguesa da Universidade de Macau, o Boletim tem uma longa e rica história, sendo um verdadeiro estandarte da comunidade jurídica académica de Macau. O nosso objectivo é honrar esta tradição, mantendo simultaneamente uma abordagem inovadora. Para o futuro, pretendemos aprofundar a digitalização, ampliar o alcance geográfico e internacional dos artigos, e fomentar um debate académico mais abrangente. O sucesso destas iniciativas dependerá do envolvimento activo de toda a comunidade académica.

Nesta edição, mantemos a estrutura habitual do Boletim. Na secção de "Artigos de Autores Convidados", apresentamos dois trabalhos de grande interesse: um sobre o interesse processual e outro sobre a participação de sociedades comerciais em concursos públicos. A secção de "Estudos de Pós-graduação" inclui um artigo sobre arbitragem voluntária nos contratos administrativos. A secção "Vária" é particularmente rica neste número, com treze artigos que abordam temas diversos e actuais, desde os desafios da pandemia ao direito público, até às transformações legislativas em vários países lusófonos, passando por questões de direito internacional, protecção de dados e eficiência na administração da justiça, com base em várias das comunições apresentadas em Língua Portuguesa na Conferência Internacional sobre as Reformasn Legais de Macau no Contexto Global - Quatro anos depois: perguntas e resostas durante e após a Pandeica COVID-19, em 2023.

Convido todos os leitores a desfrutarem desta edição do Boletim, que reflecte o dinamismo e a diversidade da investigação jurídica em Macau e no mundo lusófono. Agradeço a todos os autores, revisores e colaboradores que tornaram possível esta publicação.

Macau, 30 de Dezembro de 2023
Jiang Yi Wa (Eva)

ESTATUTO EDITORIAL
BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Língua Chinesa 澳門大學法律學院學報, e em Língua Inglesa Bulletin of the Faculty of Law, é uma revista jurídica académica, de periodicidade semestral, em Língua Portuguesa.

O Boletim pode ser publicado noutras línguas, designadamente em Língua Chinesa, ou incluir textos na língua em que tenham sido apresentados ao público, em encontros académicos e científicos. A publicação em Língua Chinesa, quando especialmente for decidida caso a caso, em face da disponibilidade de textos originais ou traduções para a Língua Inglesa, será feita em volumes separados.

A estrutura do Boletim compreende, em regra, e segundo a ordem seguinte, várias secções, respectivamente: Artigos de Autores Convidados; Artigos selecionados por revisão por pares; Estudos de pós-graduação seleccionados por revisão por pares; Vária; e Vida da Faculdade. Admite-se a publicação concentrada em algumas secções, bem assim o seu desenvolvimento em subsecções e, excepcionalmente, a publicação de números temáticos ou de estudos.

Pelo Boletim da Faculdade de Direito visa-se privilegiadamente dar expressão aos estudos académicos, fruto da actividade docente e de investigação, bem como à divulgação de estudos seleccionados preparados com base em comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá incluir outros estudos, convidando à participação os membros da comunidade jurídica local e das comunidades do exterior, em especial, da China e dos Países de Língua Portuguesa.

O Boletim da Faculdade de Direito rege-se pela autonomia académica e editorial e pela regra da retribuição da publicação dos artigos nele incluídos, sem prejuízo de, na impossibilidade de retribuição, poder prosseguir com a gratuitidade das participações, devendo respeitar o princípio da igualdade de tratamento, decidindo os órgãos do Boletim sobre a estrutura e elementos de publicação.

Além de ser um fórum académico para estudos jurídicos, o Boletim visa publicar artigos, estudos, comentários e recensões sobre uma ampla variedade

de questões jurídicas, a partir do posicionamento único do Direito de Macau. O Boletim está aberto a contribuições com temas que apresentem questões jurídicas na perspectiva do direito comparado, com especial importância internacional ou regional, a fim de incentivar o diálogo e o intercâmbio das comunidades jurídicas entre Macau e os círculos jurídicos internacionais e regionais, promovendo, ao mesmo tempo, a especialização e a excelência da investigação jurídica em Macau.

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende especialmente contribuir para dar continuidade e promover o desenvolvimento do Direito de Macau, ser expressão da dinâmica da sua comunidade jurídica em geral e, em particular, da comunidade académica, e propõe-se ser um instrumento de afirmação e consolidação dos estudos e da investigação jurídica em Língua Portuguesa em Macau, na China e nos Países de Língua Portuguesa.

EDITORIAL STATUTE
BULLETIN OF THE FACULTY OF LAW
UNIVERSITY OF MACAU

The Bulletin of the Faculty of Law of the University of Macau in Chinese language 澳門大學法律學院學報 and in Portuguese language Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau is a semestrial academic law magazine in Portuguese Language.

The Bulletin can be published in other languages namely Chinese or to include texts in the original language they have been presented to the public in academic and scientific meetings. The publication in Chinese Language when specially decided on a case-by-case basis given the availability of original texts or translations into the Chinese language will be done in separate volumes.

The Bulletin's structure includes respectively by the following order: Articles by Invited Authors; Peer review articles; Peer review postgraduate studies; Varia; Faculty life. It is admissible the publication concentrated in some sections as well as its development in subsections and exceptionally it is also admitted the publication of thematic numbers or studies.

Through the Bulletin of the Faculty of Law is sought to privilege the academic studies resulting from the teaching and research activities as well as to disclose selected studies prepared based on the communications presented in meetings seminars or conferences with the participation of the Faculty of Law. The Bulletin is open to the outside participation and may include other studies inviting to the participation the members of the juridical community internal and external specially from China and Portuguese speaking countries and communities.

The Bulletin of the Faculty of Law is governed by the academic and editorial autonomy and by the rule of retribution of publication regarding the articles included in the Bulletin without prejudice of when deprived of retribution being able to proceed with free of charge participations and observing equal terms for the different situations. The management bodies of the Bulletin decide about the structure and features of the publication.

Aside from serving as an academic forum for legal scholarship the BFDUM aims to provide articles studies commentaries and reviews across a wide range

of theoretical and practical legal matters based on the unique positioning of Macau Law. The BFDUM welcomes contributions whose topics feature legal issues from the perspective of comparative law with the special worldwide or regional importance in order to encourage the dialogue and exchanges of legal communities between Macau and the international and regional legal circles promoting at the same time the specialization and fine quality of Macau's legal research work.The Bulletin of the Faculty of Law of the University of Macau aims specially to contribute to the continuity and to promote the development of Macau Law to be the demonstration of its juridical community's dynamics in general and particularly of the academic community. Furthermore, it intends to be an assertion instrument and consolidation of the studies and juridical research in Macau China and Portuguese speaking countries.

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS
Articles by Invited Authors

O INTERESSE PROCESSUAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL DE MACAU

The Procedural Interest in Macau Civil Procedural Law

Ng Kei Kei
Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau
Investigador Júnior, Instituto de Estudos Avançados em Humanidades e Ciências Sociais, Universidade de Macau

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar o conceito de interesse processual no Direito Processual Civil de Macau. Ao contrário da lei portuguesa, a lei de Macau adota o conceito de interesse processual como um conceito autónomo *directis et apertis verbis* e estabelece diferentes regras para diferentes tipos de ações, o que fornece uma base relativamente sólida no direito positivo para a doutrina e jurisprudência. Nos últimos 25 anos, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de Macau em 1999, a doutrina e jurisprudência local enriqueceram significativamente o discurso sobre o interesse processual, explorando até mesmo áreas não abordadas no direito português. No entanto, algumas perspetivas cruciais ainda não foram adequadamente abordadas na literatura existente. Consequentemente, há uma necessidade urgente de reexaminar a legislação, doutrina e jurisprudência relacionadas com o interesse processual no Direito Processual Civil de Macau. Para isso, este artigo examinará inicialmente o conceito geral de interesse processual e, em seguida, procederá a um exame detalhado de vários tipos de interesse processual no contexto do Direito Processual Civil de Macau. Assim, este artigo pode ser visto como um comentário aos Artigos 72.º e 73.º do Código de Processo Civil de Macau.

Palavras-chave: Interesse processual; interesse em agir; acesso à justiça;

necessidade da tutela jurídica; ação de simples apreciação; ação constitutiva; ação de condenação; ação executiva; Direito Processual Civil de Macau; Código de Processo Civil de Macau.

Abstract: This paper aims to analyze the concept of procedural interest within the framework of Macau Civil Procedure Law. In contrast to Portuguese law, Macau law adopts the concept of procedural interest as an autonomy concept *directis et apertis verbis* and establishes different rules for different types of actions, which provides a relatively robust positive law foundation for legal doctrines and judicial decisions. Over the past 25 years since the Macau Civil Procedure Code came into effect in 1999, local legal doctrines and judicial decisions have significantly enriched the discourse on procedural interest, delving into areas untouched by Portuguese legal doctrines and judicial decisions. Nonetheless, some crucial perspectives have not been adequately addressed in the current literature. Consequently, there is an urgent need to reassess the legislation, doctrines and judicial decisions pertaining to procedural interest in Macau Civil Procedure Law. To this end, this paper will initially examine the general concept of procedural interest, and then proceeds to a detailed examination of various types of procedural interest within the context of Macau Civil Procedure Law. Therefore, this paper can be seen as a commentary on Articles 72 and 73 of the Macau Civil Procedure Code.

Keywords: Procedural interest; interest in action; access to justice; need for legal protection; action of simple appreciation; constitutive action; action of condemnation; executive action; Macau Civil Procedural Law; Macau Civil Procedure Code.

1. Introdução

Ao contrário da lei portuguesa, a lei de Macau adota o conceito de interesse processual como um conceito autónomo *directis et apertis verbis* e estabelece diferentes regras para diferentes tipos de ações, o que fornece uma base relativamente sólida no direito positivo para a doutrina e jurisprudência.

Nos últimos 25 anos, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de Macau (CPCM) em 1999, a doutrina e jurisprudência local enriqueceram significativamente o discurso sobre o interesse processual, explorando até mesmo áreas não abordadas no direito português. No entanto, alguns perspetivas cruciais ainda não foram adequadamente abordadas na literatura existente.

Consequentemente, há uma necessidade urgente de reexaminar a legislação, doutrina e jurisprudência relacionadas ao interesse processual no Direito Processual Civil de Macau.

Para isso, este artigo examinará inicialmente o conceito geral de interesse processual e, em seguida, procederá a um exame detalhado de vários tipos de interesse processual no contexto do Direito Processual Civil de Macau.

2. Do Interesse Processual em Geral

2.1. Conceito do Interesse Processual

2.1.1. Consagração Legislativa do Conceito de Interesse Processual

O interesse processual foi autonomizado como um pressuposto processual na doutrina portuguesa por Manuel de Andrade[1] e Palma Carlos[2], embora com alguma hesitação, achando que "em bom rigor parece tratar-se não dum simples pressuposto processual, mas duma condição da acção, pois a falta do interesse processual significa não ter o demandante *razão* para solicitar e conseguir a tutela judicial pretendida"[3].

Atualmente, no CPCM, o regime estabelecido para o interesse processual é inequívoco no sentido da sua qualificação como pressuposto processual, e, como tal, condicionante da sentença de mérito, de acordo com a interpretação conjugada dos art. 72.º, 73.º, 230.º, n.º 1, e), 394.º, n.º 1, *in fine*, 413.º, h)[4].

Mesmo no direito português, agora o conceito do interesse processual é amplamente aceite, e segundo a *communis opinio*, o interesse processual é um pressuposto processual "inominado", como requisito condicionante da sentença de mérito[5], embora, ao contrário do CPCM, tanto no CPCP (Código de Processo Civil Português) de 1961 como no CPCP de 2013, não foi autonomizado *directis et apertis verbis* o conceito "interesse processual"[6].

---

1 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1956, p. 79.

2 PALMA CARLOS, *Código de Processo Civil Anotado*, 1940, p. 132.

3 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1956, p. 82.

4 CÂNDIDA PIRES, "O Interesse Processual ou o Interesse em Agir", in *Direito de Macau – Reflexões e Estudos*, CREDDM, 2014 (pp. 557 – 558).

5 ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA & SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 1985, p. 181.

6 Sobre a confusão legislativa entre o interesse processual e a legitimidade processual no direito

De facto, se a lei processual proíbe expressamente a prática de "actos inúteis", declarando-os "ilícitos" (cfr. o art. 87.° do CPCM, que corresponde ao art. 137.° do CPCP de 1961, e ao art. 130.º do CPCP de 2013), *a fortiori* deveria proibir uma "ação inútil"[7]. É precisamente a função do interesse processual.

2.1.2. Interesse Processual como Necessidade de Proteção Judicial

No que diz respeito à terminologia[8], alguns usam o termo "interesse em agir", que corresponde ao termo italiano "*interesse ad agire*". Na Alemanha, é mais corrente a designação "*necessidade de tutela jurídica*" (*Rechtsschutzbedürfnis*), na qual obviamente é inspirado o texto do art. 72.º: "Há interesse processual sempre que a situação de *carência* do autor justifica *o recurso às vias judiciais*."

Quanto à definição, tal como a terminologia, existem duas formas de definição, uma é italiana e a outra é alemã. A primeira define o interesse processual como "utilidade ou prejuízo derivado da procedência da ação", enquanto a segunda o define como "necessidade de tutela jurídica". Na doutrina italiana, desde Chiovenda[9] afirma, maioritariamente, que existe *interesse ad agire* quando "sem o processo e o exercício da jurisdição o autor sofreria um dano"[10]. Diferente disso, a doutrina alemã enfoca, na definição do interesse processual, a "necessidade de proteção jurídica (*Rechtsschutzbedürfnis*) para fazer valer direitos"[11]. E essa necessidade é concebida como "necessidade justificada, razoável, fundamentada de lançar mão do processo ou de prosseguir com a ação"[12].

Muito obviamente, no CPCP (art. 26.º, n.º 2, do CPCP de 1961; art. 30.º, n.º 2, do CPCP de 2013) é adotada a primeira definição, enquanto no CPCM a segunda. Nos trabalhos preparatórios do CPCM, a definição adotada no CPCP foi rejeitada expressamente pelo legislador histórico: "Designadamente, não se atendeu à proposta de Teixeira de Sousa para a Reforma portuguesa […]:

---

português, v. *infra*, 2.1.4.

7 Ac. TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022, Relator: JOSÉ DIAS AZEDO: "De facto, se a lei processual proíbe – expressamente – a prática de 'actos inúteis', declarando-os 'ilícitos', (cfr., art. 87.° do C.P.C.M.), por maioria de razão teria de proibir uma 'acção inútil'."

8 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 79.

9 GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, I, 2.ª ed., 1936, p. 166; *apud* ac. TC 426/91, § 8.

10 SATTA SALVATORE, *Diritto Processuale Civile*, 10.ª ed. act. e amp. por CARMINE PUNZI, 1987, pp. 138-139; *apud* ac. TC 426/91, § 8.

11 ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozessrecht*14, 1986, S. 548-549; *apud* Ac. TC 426/91, § 8.

12 WIESER, *Das Rechtsschutzinteresse des Klaegers im Zivilprozess*, 1971, S. 238 ff.; *apud* Ac. TC 426/91, § 8.

O interesse processual e[m] demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da acção"[13].

Embora o texto do direito vigente já seja bastante claro, na doutrina e jurisprudência de Macau ainda é costume referir-se a uma definição doutrinária formada antes da definição legislativa, sendo assim o interesse processual usualmente definido como "a necessidade de usar do processo, de instaurar ou fazer prosseguir a ação"[14]. Numa palavra, o interesse processual traduz-se na necessidade de recorrer à ação[15]. Mais precisamente, o interesse processual consiste na indispensabilidade de o autor recorrer a juízo para satisfação da sua pretensão; dito de outra forma, a tutela jurisdicional tem que ser necessária de forma a que *o autor não consiga o bem cujo direito reclama sem a tutela requisitada*[16]. Portanto, tem interesse processual quem está na impossibilidade de exercitar ou conservar o seu direito sem a intervenção do órgão judiciário[17].

No fim de contas, isto porque a afirmação de que todo o direito corresponde

---

13 ARMANDO ISAAC, *Parecer da Assessoria*, § 5.º, Anexo do *Parecer n.º 3/99*, Comissão Eventual Destinada a Acompanhar e Participar na Elaboração dos Projectos Relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial (CEDAPEPRCCPCC), in *Código de Processo Civil (versão portuguesa)*, Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, p. 470; e também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Apreciação de Alguns Aspectos da «Revisão do Processo Civil – Projecto»*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55, 1995, vol. II (pp. 353-416) p. 385, que separou o interesse processual da legitimidade processual, mas manteve a definição italiana do interesse processual inalterada.

14 ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA & SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 1985, p. 179; Neste sentido, cfr., *v.g.*, VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018 [A 2.ª ed. tem versão em língua chinesa, tradução de IP SON SANG & LOU IENG HA, 2008], p. 239; Ac. TSI, Processo n.º 450/2016 de 17/11/2016, Relator: TONG HIO FONG: "Ao abrigo do artigo 72.º do Código de Processo Civil, há interesse processual sempre que a situação de carência do autor justifica o recurso às vias judiciais, consistindo esse interesse na necessidade de usar do processo, de instaurar ou fazer prosseguir a acção."

15 Ac. TSI, Processo n.º 453/2010 de 19/04/2012, Relator: JOÃO GIL DE OLIVEIRA: "O interesse de agir traduz-se na necessidade de recorrer à acção (se ninguém contestou ou violou o direito não há interesse em propor acção para o reconhecer ou defender), exigindo-se, por força dele, «uma necessidade justificada, razoável, fundada, de lançar mão do processo ou de fazer prosseguir a acção»."

16 Ac. TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022, Relator: JOSÉ DIAS AZEDO: "O 'interesse processual' consiste na 'indispensabilidade' de o autor recorrer a juízo para satisfação da sua pretensão, (na 'inevitabilidade' do pedido de tutela jurisdicional apresentado), ou, dito de outra forma, que a tutela jurisdicional seja 'necessária e útil' de forma a que o A. não consiga o bem cujo direito reclama sem a tutela requisitada."

17 CÂNDIDA PIRES, "O Interesse Processual ou o Interesse em Agir", in *Direito de Macau – Reflexões e Estudos*, CREDDM, 2014 (pp. 557 – 558), p. 558; CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006 [que tem versão em língua chinesa, tradução de TANG CHI KEONG, 2019], art. 72.°, § 2, p. 228.

uma ação (n.º 2 do art. 1.º) tem de ser entendida nos seus devidos termos, ou seja, não basta invocar a titularidade de um direito perante o tribunal; é ainda preciso que a pretensão do autor esteja alicerçada numa situação factual merecedora de tutela jurisdicional, tutela essa que, por sua vez, requer um *interesse adjetivo*[18].

A necessidade de tutela jurisdicional, que conforma o interesse processual, deve ser avaliada à data em que a ação é proposta[19], por referência ao objeto processual definido pelo autor na sua petição inicial[20], independentemente da veracidade dos factos trazidos ao processo e que alicerçam a causa de pedir, que apenas importará apurar para efeitos de mérito, não de controlo da admissibilidade da instância[21].

2.1.3. Correlatividade dos Interesses das Partes

Todavia, isso não quer dizer que o interesse processual seja algo que diga respeito apenas ao autor. Como qualquer outro pressuposto processual, o interesse processual deve ser avaliado em relação a ambas as partes[22]. Havendo necessariamente duas partes no processo, o interesse processual desdobra-se correspondentemente num *interesse em demandar (do autor)* e num *interesse em contradizer (do réu)*: o interesse em demandar é o interesse na obtenção da tutela jurisdicional; o interesse em contradizer é o interesse na não concessão dessa tutela ao autor.

Mas esta distinção é menos útil do que pode parecer *prima facie*. Isto porque há uma "*correlatividade*" entre o interesse do autor e o do réu: qualquer vantagem do autor resulta naturalmente numa desvantagem do réu, e *vice-versa*. Deste modo, se o autor tiver interesse em demandar, então o réu tem igualmente interesse em contradizer, *i.e.*, em opor-se à vantagem que o autor pretende obter com a tutela requerida. Não pode haver interesse em contradizer sem interesse em demandar, e *vice-versa*[23]. Portanto, uma vez preenchido pelo autor em relação a

---

18 CÂNDIDA PIRES, "O Interesse Processual ou o Interesse em Agir", in *Direito de Macau – Reflexões e Estudos*, CREDDM, 2014 (pp. 557 – 558), p. 558.

19 Ac. TRG, Processo n.º 3632/11.8TBBCL.G1 de 22/01/2013, Relatora: EVA ALMEIDA.

20 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 99; ac. TRL, Processo n.º 3531/21.5T8FNC.L1-2 de 01/06/2023, Relator: CaRLOS CASTELO BRANCO.

21 DANIEL BESSA DE MELO, "O interesse em agir no processo cível. Em especial, nas ações de simples apreciação", in *Julgar*, dezembro de 2021, p. 17.

22 Ac. do Acórdão do TSI, Processo n.º 453/2010 de 19/04/2012, Relator: JOÃO GIL DE OLIVEIRA: "E havendo duas partes no processo, também este pressuposto tem de ser aferido como qualquer outro em relação a ambas as partes."

23 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos

ele próprio, este pressuposto processual fica "automaticamente" preenchido quanto ao réu: se ao autor é necessário intentar uma ação para obter a tutela judiciária de um seu direito subjetivo, da parte do réu o interesse processual consiste em ser-lhe necessário *usar do processo por que foi acionado, para impedir a concessão da tutela requerida pelo autor* [24].

2.1.4. Interesse Processual *v.s.* Legitimidade Processual

No que diz respeito à *distinção entre o interesse processual e a legitimidade processual*, atualmente, na doutrina portuguesa, é entendido como um pressuposto diferente da legitimidade processual (legitimidade *ad causam*)[25], embora o Código de Processo Civil português ainda se baseie na noção de interesse para definir a legitimidade: condiciona a legitimidade ao interesse direto em demandar ou contradizer (art. 26.º, n.º 1, do CPCP de 1961; art. 30.º, n.º 1, do CPCP de 2013) e identifica esse interesse através da utilidade ou prejuízo decorrentes da procedência da ação (art. 26.º, n.º 2, do CPCP de 1961; art. 30.º, n.º 2, do CPCP de 2013).

No CPCM, o interesse processual e a legitimidade processual (cfr. o art. 58.°) são definidos separadamente, não deixando espaço para confusão. Nos trabalhos preparatórios, foi enfatizada pelo legislador histórico "a *novidade* da consagração expressa do interesse processual como pressuposto, *expurgando-se, assim, da legitimidade, o elemento do interesse*"; "Designadamente, não se atendeu à proposta de Teixeira de Sousa para a Reforma portuguesa (onde o interesse processual continua «misturado» com a legitimidade)" (itálico nosso)[26].

Enquanto a legitimidade processual é aferida, como resulta do disposto no art. 58.º, em função da relação das partes com o objeto da causa, o interesse processual é apreciado em razão da necessidade da tutela jurisdicional. A legitimidade processual visa a assegurar que o objeto é discutido entre as partes que o podem fazer; o interesse processual visa a garantir que não seja solicitada

---

Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), pp. 90 – 92.

24 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 2, p. 229; CÂNDIDA PIRES, *Lições de Processo Civil de Macau*, 2.ª ed., Almedina, 2015 [que tem versão em língua chinesa, tradução de CHAN KENG HEI & WANG WEI, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2022], pp. 189 – 190.

25 ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA & SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 1985, p. 181.

26 ARMANDO ISAAC, *Parecer da Assessoria*, § 5.º, Anexo do *Parecer n.º 3/99*, Comissão Eventual Destinada a Acompanhar e Participar na Elaboração dos Projectos Relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial (CEDAPEPRCCPCC), in *Código de Processo Civil (versão portuguesa)*, Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, p. 469.

uma tutela jurisdicional que não é necessária[27]. Isto é precisamente porque o interesse processual é o interesse *em agir*, o interesse *no próprio processo judicial em si mesmo*, sendo diferente do interesse material ou substantivo *no objeto do processo judicial* que têm os titulares da relação material litigada. Portanto, a tutela judiciária, para poder ser concedida, requer um interesse *adjetivo*[28].

Assim, *a parte pode ser legítima, mas não ter interesse processual*[29]. Entretanto, o inverso não é verdadeiro. *A parte não pode ter interesse processual sem ser legítima*. Entendimento diverso conduziria ao absurdo de se reconhecer que o interesse processual se encontra preenchido numa ação em que as partes são ilegítimas[30]. Portanto, a legitimidade processual é uma espécie de "*prius*" do interesse processual.

2.1.5. Adequação do Meio Judicial como Elemento do Interesse Processual?

A letra do art. 72.° apenas fala da carência, *i.e.*, da necessidade de tutela jurisdicional, mas conforme a "posição mais radical"[31] assumida por M. Teixeira de Sousa, *além da necessidade de tutela jurisdicional*, o interesse processual deve ser aferido também em função da *adequação do meio judicial*:

a) o interesse processual exige que a ação instaurada seja *o meio processual adequado* para obter essa tutela (por exemplo: "como o processo de insolvência ou de falência visa proteger o património do devedor até à sua liquidação em benefício dos credores, falta o interesse processual se, na petição inicial, o autor reconhece a inexistência de qualquer património do requerido");

b) A adequação do meio processual também é aferido pela sua *rapidez, simplicidade e economia*. Isto significa que a parte não tem interesse processual se puder obter o mesmo resultado por outro meio, processual ou extraprocessual, menos custoso (por exemplo: "o autor não tem interesse processual para instaurar uma ação constitutiva quando o direito potestativo pode ser exercido por acto extraprocessual");

---

27 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 90.

28 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 2, p. 228.

29 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 90.

30 Ac. TRC, Processo n.º 2154/19.3T8PBL.C1 de 13/12/2022, Relator: HENRIQUE ANTUNES.

31 Palavras por CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 3. II., pp. 230 – 231.

c) Também falta o interesse processual se o autor recorrer a um meio processual *subsidiário* quando existe um principal disponível (por exemplo: "embargos [à execução] só são admissíveis quando as partes não tenham convencionado a possibilidade de recurso da decisão arbitral (art. 698.º, nº 2)")[32].

Contudo, esta teoria tem duas falhas: primeiro, em casos *supra* descritos, o tribunal não deve se abster de julgar de mérito, porque as situações não se qualificam como de falta de interesse processual. Em alguns deles tratar-se-á, antes, de fundamentos de improcedência do pedido[33]; segundo, parece desnecessário separar a adequação do meio judicial da necessidade de tutela jurisdicional. Com efeito, no artigo seguinte, na aferição do interesse processual (isto é, da necessidade de tutela jurisdicional), a lei também considera a *adequação do meio judicial*.

2.2. Justificação do Interesse Processual

Quanto à sua justificação, o interesse processual visa garantir a utilidade da tutela jurisdicional, evitando ações inúteis. Portanto, a *ratio iuris* deste pressuposto processual prende-se com "*razões de economia*": o interesse processual visa evitar que sejam impostos custos e incómodos *ao tribunal*, por um lado, e também *ao demandado*, por outro lado, numa situação em que não se fundamenta o recurso aos órgãos jurisdicionais[34]. Sem essa necessidade objetiva de tutela jurisdicional, a ação seria injustificada e a atividade dos tribunais não aproveitaria a ninguém[35], impondo ao demandado a perturbação e o gravame inerente à posição de demandado, que se traduz principalmente em ter ela de deduzir a respetiva defesa, sob pena de a ver precludida[36]. Deste modo, há duas razões justificativas deste

---

32 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), pp. 93 – 94.

33 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 3. II., p. 231.

34 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 90.

35 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 2, pp. 228 – 229.

36 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 82; ac. TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022, Relator: JOSÉ DIAS AZEDO: "assim se obstando também a que um titular de um direito subjectivo material possa, sem mais, solicitar uma qualquer tutela judiciária, impondo, assim, à contraparte a perturbação e gravame inerente à posição de 'demandado', que se traduz, principalmente, em ter de deduzir a respectiva defesa sob pena de a ver precludida, com os adicionais custos para a máquina judiciária e para o interesse de toda uma colectividade."

pressuposto: uma de interesse público, visto ao lado do tribunal; outra de interesse particular, visto ao lado do demandado[37].

2.3. Consequências da Falta de Interesse Processual

Quanto às consequências da falta do interesse processual:

- Se a falta for manifesta na própria petição, será liminarmente indeferida (art. 394.º, n.º 1, alínea c)).
- Sendo a falta verificada no despacho saneador ou posteriormente, haverá lugar à absolvição da instância do réu com base na procedência desta exceção dilatória (art. 230.º, n.º 1, alínea e) e 413.º, alínea h)). No entanto, porque o interesse processual obviamente visa a proteger o réu, a sua falta não impede, segundo o critério estabelecido no n.º 3 do art. 230.º, uma decisão de improcedência. Ou seja, a verificação da falta desse interesse deve ceder perante a improcedência dessa ação. Assim, se houver elementos que justificam aquela improcedência, o tribunal não deve absolver o réu da instância, mas sim conhecer do mérito, e absolver o réu do pedido. Neste caso, o réu deve obter um resultado que lhe é mais favorável, que é a improcedência da ação[38]. Neste sentido proferiu o TSI, porque "compreendendo-se que o R. tenha o direito de não mais ser importunado quanto a tal questão"[39], apontando três requisitos cumulativos:
  (1) que o pressuposto processual em falta se tenha por função a tutela dos interesses das partes;
  (2) que no momento em que o Tribunal verifica a falta desse pressuposto disponha de todos os elementos necessários a proferir uma decisão de

37 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 4, p. 231; MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 82.

38 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 96; CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 5, p. 232.

39 Ac. TSI, Processo n.º 453/2010 de 19/04/2012, Relator: JOÃO GIL DE OLIVEIRA: "Situação completamente diferente será a da acção condenatória ou até na acção de apreciação positiva em que se pede que o R. seja condenado v.g. a pagar uma dada quantia ou em que o A. possui um direito contra o R., compreendendo-se, aí, que uma decisão de mérito se traduza numa vantagem (jurídica), enquanto definidora dos termos e contornos de uma dada relação jurídica, compreendendo-se que o R. tenha o direito de não mais ser importunado quanto a tal questão."

mérito;
(3) que a decisão a proferir seja favorável à parte cujos interesses a exigência do pressuposto em falta se destina a tutelar[40].

- Se o autor perder posteriormente o interesse processual, a instância extingue-se por inutilidade superveniente da lide, nos termos do art. 229.º, e)[41].

3. Dos Interesses Processuais em Especial

3.1. Interesses Processuais em Cada Espécie de Ação

O interesse processual exige uma necessidade chamada "justificada", "razoável" ou "fundada" do uso do processo judicial[42]. Não basta "a necessidade de satisfazer um mero capricho"[43]. Mas em que termos? Perante a dificuldade em delimitar rigorosamente, de forma genérica, o conceito de interesse processual, no art. 73.º, o legislador optou por identificar, relacionadamente com os tipos legais de ações cíveis, situações em que se verifica, ou em que falta, o interesse processual[44].

---

40 Ac. TSI, Processo n.º 453/2010 de 19/04/2012, Relator: JOÃO GIL DE OLIVEIRA.

41 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 95; VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 241.

42 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 72.°, § 3. I., pp. 229 – 230; Ac. do TSI, Processo n.º 453/2010 de 19/04/2012, Relator: JOÃO GIL DE OLIVEIRA: "O interesse de agir traduz-se na necessidade de recorrer à acção (se ninguém contestou ou violou o direito não há interesse em propor acção para o reconhecer ou defender), exigindo-se, por força dele, «uma necessidade justificada, razoável, fundada, de lançar mão do processo ou de fazer prosseguir a acção»".

43 VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., 2018, p. 239; ac. do Acórdão do TSI, Processo n.º 453/2010 de 19/04/2012, Relator: JOÃO GIL DE OLIVEIRA: "O que resulta evidente da exigência de um interesse em agir por parte do autor nas acções de simples apreciação, tem em particular e principal atenção os interesses do réu, procurando a lei evitar que este seja sujeito aos inconvenientes de um processo judicial por mero capricho do autor ou em situações em que este, mais simplesmente, não se mostra necessitado da tutela jurisdicional. E havendo duas partes no processo, também este pressuposto tem de ser aferido como qualquer outro em relação a ambas as partes."

44 Segundo os trabalhos preparatórios, o art. 73.º "segue de perto" a doutrina de Teixeira de Sousa, *vide* ARMANDO ISAAC, *Parecer da Assessoria*, § 5.º, Anexo do *Parecer n.º 3/99*, Comissão Eventual Destinada a Acompanhar e Participar na Elaboração dos Projectos Relativos aos Códigos Civil,

3.2. Interesse Processual em Ação de Simples Apreciação

3.2.1. Objetividade e Gravidade da Incerteza como Requisitos

3.2.1.1. Visão Geral

Nas *ações de simples apreciação* (n.º 1), há interesse processual quando o autor se encontra numa situação de incerteza *objetiva* e *grave*, quanto à própria existência do seu direito (apreciação positiva), ou quanto à existência de um direito que alguém se arroga ter contra ele (apreciação negativa) (art. 11.°, n.º 2, alínea a)).

3.2.1.2. Objetividade da Incerteza como Requisito

A incerteza deve ser *objetiva*. Ou seja, importa que a incerteza não só resulte da mente do autor, mas sim *de um facto exterior* [45].

Não basta *a mera dúvida "subjetiva"* do autor, "que assim lança mão da tutela declarativa com vista a um 'descargo de consciência', ou um singelo auspício de que outrem contesta o seu direito, quer na sua existência, quer no seu conteúdo, sem qualquer aparente respaldo na realidade", havendo o estado de incerteza de "ancorar-se em factos do mundo exterior"[46]. Portanto, não bastarão as dúvidas suscitadas pelos serviços jurídicos de uma empresa (*v.g.*, acerca da interpretação de determinada cláusula dos contratos por ela celebrados)[47], nem *o interesse puramente académico* em ver definido o caso pelos tribunais. Assim, são excluídos os pleitos puramente académicos ou dialéticos, ou seja, as questões teóricas sobre casos hipotéticos e não sobre situações reais, portanto sem interesse concreto, *i.e.*, os chamados "casos simulados" ("*moot cases*") no direito anglo-americano ou as chamadas "meras questões de direito" ("*blosse Rechtsfragen*")

Processual Civil e Comercial (CEDAPEPRCCPCC), in *Código de Processo Civil (versão portuguesa)*, Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, p. 470; e também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Interesse Processual na Acção Declarativa*, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 23 *et seq.*

45 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, p. 234; VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 239; ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA & SAMPAIO E NORA, Manual de Processo Civil, Coimbra Editora, 2.ª ed., 1985, pp. 186 – 187.

46 DANIEL BESSA DE MELO, "O interesse em agir no processo cível. Em especial, nas ações de simples apreciação", in *Julgar*, dezembro de 2021, pp. 36 e 38.

47 VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 239; ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA & SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 1985, p. 186.

no direito alemão[48].

Os factos exteriores podem ser de vários tipos, mas designadamente podem ser os "comportamentos inequívocos e contemporâneos do demandado, incompatíveis com a subsistência prática da posição jurídica em causa, que se alega estar perigada"[49]. Concretamente, o facto pode ser a negação dum direito do demandante (direito de propriedade, de autoria, de invenção, *etc*.) ou a afirmação dum direito (direito de crédito, de filiação, *etc*.) contra ele, mesmo que essa negação ou afirmação seja apenas verbal (*diffamatio* ou *jactatio*). Pode traduzir-se também, *v.g.*, em atos do adversário tendentes a fazer valer a sua pretensão (requerer assistência judiciária para o pleito a instaurar, *etc*.); na negação de uma autoridade pública (ou até mesmo dum tribunal) a reconhecer para qualquer efeito a posição jurídica do demandante; na existência de um documento falso ou de um contrato simulado ou inválido por outro motivo[50].

Assim, *o autor tem que alegar (e provar) um facto exterior*, especialmente uma certa materialidade praticada por outrem, que é inconciliável com o direito cuja titularidade ele arroga[51]. Se não houver esse tipo de facto exterior suscetível de suscitar incerteza, falta ao autor interesse processual. Assim, após resolução amigável dum contrato-promessa, se não houver litígio entre as partes, a promitente-adquirente não tem interesse processual em instaurar uma ação de simples apreciação negativa, pedindo a declaração da inexistência jurídica do negócio em causa[52].

3.2.1.2. Gravidade da Incerteza como Requisito

A incerteza também deve ser *grave*. Ou seja, importa que a incerteza

---

48 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 81.

49 Ac. TRL, Processo n.º 3531/21.5T8FNC.L1-2 de 01/06/2023, Relator: CARLOS CASTELO BRANCO.

50 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 81.

51 Ac. TRL, Processo n.º 3531/21.5T8FNC.L1-2 de 01/06/2023, Relator: CARLOS CASTELO BRANCO.

52 Ac. TSI, Processo n.º 894/2021 de 13/01/2022, Relator: FONG MAN CHONG: "I - Celebrado um contrato-promessa de compra e venda sobre um imóvel, e depois, com a concordância das promitentes-vendedoras, a promitente-adquirente veio a desisitir do negócio, tendo-lhe sido devolvido o sinal em singelo, e, veio a promitente-adquirente propor acção declarativa junto do TJB pedindo a declaração da inexistência jurídica do negócio em causa, é de entender que a Autora carece de interesse para esta finalidade, tal como Tribunal a quo entendeu e consequentemente julgou improcedente o pedido, por não existir litígio entre as partes. Nestes termos, a decisão recorrida deve ser mantida por não violar o estipulado no artigo 72.º do CPC. II – Por outro lado, nem o artigo 52.º/2 do Regulamento do Imposto do Selo, aprovado pela Lei nº 17/88/M, de 27 de Junho, dá cobertura legal à situação da carência de tutela jurídica em causa (por a Entidade Tributante ter liquidado oficiosamente o imposto de selo), visto que o caso dos autos (resolução (amigável) do contrato) não cai na hipótese da norma citada."

seja capaz de trazer prejuízos patrimoniais ("materiais") ou não patrimoniais ("morais")[53], impedindo o autor de tirar do seu direito a plenitude das vantagens que ele comportaria, *v.g.*, cerceando o seu crédito, dificultando os seus atos de disposição[54]. Tais prejuízos devem ser atuais e não meramente potenciais, embora não seja necessário que, no momento da propositura da ação, os prejuízos já se tenham concretizado em toda a sua extensão[55].

A gravidade deve ser aferida usando o padrão de "*pessoa medianamente razoável*", ou seja, os factos exteriores alegados devem ser "aptos a suscitar a qualquer sujeito medianamente razoável uma relutância acerca da titularidade ou conteúdo de determinada relação jurídica"[56].

Quanto aos *prejuízos patrimoniais*, o estado de incerteza deve ser prejudicial para os interesses do autor, no sentido de comprometer o valor da relação jurídica, a sua negociabilidade ou a sua livre fruição[57], em suma, no sentido de que, "a indefinição de uma situação jurídica, *cuja clarificação pode ter repercussões patrimoniais* para uma parte"[58]. Por exemplo: a afirmação da existência de uma servidão sobre determinado prédio pode dificultar a sua alienação pelo justo preço; um boato da falsidade da assinatura de um dos subscritores da letra pode impedir o desconto dela. Quanto aos *prejuízos não patrimoniais*, a atribuição da paternidade duma criança a certa pessoa pode abalar o prestígio social e o bom nome do visado[59].

3.2.2. Preferência da Ação de Condenação como Meio Mais Forte

De acordo com alguns autores, a incerteza não deve ser possível de ser resolvida pelo autor solicitando uma providência "de efeito mais enérgico"[60]. E

---

53 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, p. 234; VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 240; ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA & SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 1985, p. 186.

54 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 81.

55 Ac. TRL, Processo n.º 3531/21.5T8FNC.L1-2 de 01/06/2023, Relator: CARLOS CASTELO BRANCO.

56 DANIEL BESSA DE MELO, "O interesse em agir no processo cível. Em especial, nas ações de simples apreciação", in *Julgar*, dezembro de 2021, p. 38.

57 Ac. TRL, Processo n.º 3531/21.5T8FNC.L1-2 de 01/06/2023, Relator: CARLOS CASTELO BRANCO.

58 Ac. TRE, Processo n.º 935/18.4T8PTG-1.E1 de 07/11/2019, Relator: PAULO AMARAL.

59 VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 240; ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA & SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 1985, p. 187.

60 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES

neste sentido proferiu o TSI: "Na verdade, a parte não tem interesse processual quando pode obter o mesmo resultado visado com a propositura da acção através de um outro meio processual ou extra-processual, que importa menos custos e incómodos, princípio este que não deixa de ser acolhido na melhor Doutrina."[61]

Assim, além da falta de incerteza objetiva e grave, também não existe interesse processual numa ação de simples apreciação quando o autor pode instaurar uma ação condenatória, da qual pode resultar num título executivo. Basta a admissibilidade de uma ação de condenação *in futurum* para retirar o interesse processual na ação de simples apreciação[62].

3.2.3. Tipos Especiais das Ações de Simples Apreciação

3.2.3.1. Ação de Apreciação Incidental

Nas *ações de apreciação incidental*, em que o autor ou o réu pede que a decisão das questões incidentais suscitados seja excecionalmente apreciada com força de caso julgado material fora do processo respetivo (art. 26.º, n.º 2), há interesse processual se: (1) houver incerteza objetiva e grave dita *supra*; e (2) houver relevância fora do processo pendente[63].

3.2.3.2. Ação de Revisão e Confirmação da Sentença do Exterior

Nas *ações de revisão e confirmação da sentença do exterior* do Macau, o TUI decidiu que "visto ser um pressuposto processual o interesse em agir ou interesse processual, o que, as mais das vezes, significará ter de haver uma qualquer conexão entre a decisão a rever e a Ordem Jurídica de Macau". Por exemplo: "tendo o requerente de acção de revisão e confirmação da sentença do exterior alegado e provado que o falecido dispunha de bens em Macau que necessitam de ser administrados", e "tendo o High Court de Hong Kong emitido a favor do requerente o documento necessário para administrar o património do falecido (Letters of administration)", então "tem o requerente interesse em obter a eficácia de tal decisão na Ordem Jurídica de Macau, mesmo que no anexo ao pedido das Letters of administration não constassem os bens existentes em Macau"[64].

VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, pp. 81 – 82.

61 Ac. TSI, Processo n.º 453/2010 de 19/04/2012, Relator: JOÃO GIL DE OLIVEIRA.

62 Cfr., entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 99.

63 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), pp. 100 – 101.

64 Ac. do Acórdão do TUI, Processo n.º 86/2018 de 28/11/2018, Relator: VIRIATO DE LIMA.

3.3. Interesse Processual em Ação Constitutiva

3.3.1. Ação Constitutiva como Meio de Exercício dos Direitos Potestativos

Nas *ações constitutivas*[65] (n.º 2), o autor tem interesse processual se o direito potestativo não puder ser exercido por um ato unilateral do autor, ou seja, se o autor precisar recorrer aos tribunais para exercê-lo.

Isto porque existem *dois tipos* de direito potestativo, *i.e.*, o direito potestativo de exercício extrajudicial (*gewöhnliche Gestaltungsrecht*; direito potestativo normal) e o direito potestativo de exercício judicial (*Gestaltungsklagerecht*; direito potestativo de ação), consoante o exercício do direito potestativo seja ou não necessariamente judicial. *O regime de ações constitutivas é estabelecido somente para os direitos potestativos de exercício judicial*.

Portanto, é extremamente importante saber *quais* são de exercício extrajudicial, e quais são de exercício judicial, sendo esta distinção a pedra de toque para avaliar o interesse processual em ações constitutivas[66].

3.3.2. Direitos Potestativos de Exercício Extrajudicial

No caso de *direitos potestativos de exercício extrajudicial*, *basta o ato realizado pelo próprio titular do direito*, sem necessidade de intervenção do tribunal, para produzir efeitos jurídicos. Incluem-se neste tipo de direito potestativo, entre outros, o direito de resolver o contrato na generalidade dos casos (porque com exceções, *v. infra*, IV) (art. 430.º, n.º 1 expressamente diz: "A resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte"), o direito de interpelar para constituir em mora o devedor (art. 794.º, n.º 1 permite expressamente interpelação extrajudicial), o direito de revogação unilateral da

---

65 Tal como resulta da definição no art. 11.º, n.º 2, c), a palavra "constitutivas" na expressão "ações constitutivas" é tomada *lato sensu*, abarcando todas as espécies de efeito jurídico, ou seja, constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica. Portanto, o regime da ação constitutiva não se limita apenas aos direitos potestativos constitutivos (*v.g.*, o direito de pedir a execução específica dum contrato-promessa), mas também vale para os modificativos (*v.g.*, o direito à modificação do contrato conferido pelos arts. 820.º, n.º 3, 999.º, n.º 3) e os extintivos (*v.g.*, o direito de pedir o divórcio).

66 Sobre a formulação clássica do conceito do direito potestativo, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, reimpressão, 1997, pp. 12 – 16 [que tem versão em língua chinesa, tradução de NG KEI KEI, Law Press China, 2015, pp. 13 – 17; e a sua versão por Social Sciences Academic Press (China), 2024, em breve]; obra mais recente, cfr. DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, "Breves Considerações sobre os Poderes Potestativos", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, vol. I, Almedina, 2019, pp. 301 – 367; obra local, cfr. NG KEI KEI, "Direito Potestativo", in TONG IO CHENG (coord.), *General Discourses of Civil Law and the General Part of the Macau Civil Code*, Vol. I, Fundação Macau & Social Sciences Academic Press (China), pp. 202 – 215 [em chinês]; TONG IO CHENG & NG KEI KEI, *Contracts Law in Macau*, IEL, Wolters Kluwer, 2024, § 75 [em inglês].

limitação voluntária dos direitos de personalidade (art. 69.º, n.º 5), o direito de revogação unilateral do mandato (art. 1096.º, n.º 1), o direito de escolher na obrigação alternativa (art. 536.º), o direito de ocupar uma *res nullius* (art. 1243.º), o direito de aceitar ou rejeitar uma proposta contratual, e o direito de denúncia. O exercício deste tipo de direito potestativo ocorre mediante declaração de vontade comunicada à contraparte (*v.g*. o direito de interpelação, que produz o seu efeito de acordo com a regra no art. 216.º, n.º 1, primeira parte) ou mediante um simples ato material (*v.g*. o direito de ocupação, que produz o seu efeito assim que a ocupação é consumada, cfr. art. 1242.º, d)), dependendo se o direito potestativo tem destinatário ("hetero-conformador") ou não ("auto-conformador")[67].

Assim, falta o interesse processual quando, por exemplo, alguém propõe uma ação para resolver um contrato na maioria dos casos (art. 430.º, n.º 1)[68], revogar um mandato conferido à outrem (art. 1096.º, n.º 1)[69] ou até mesmo para se tornar proprietário de uma *res nullius* ocupada (art. 1243.º), já que tais efeitos podem ser conseguidos extrajudicialmente.

Os direitos potestativos de exercício extrajudicial não dão lugar a ação constitutiva, podendo, quando muito, originar *só mediatamente* ações de simples apreciação (por exemplo, solicitando a declaração de resolução ou denúncia do contrato), ou ações de condenação (por exemplo, pedindo que o réu seja condenado a restituir o que lhe foi entregue no contrato agora já resolvido)[70]. No entanto, mais precisamente: naquele caso, o que está em causa é o eventual estado de incerteza, mas não o direito potestativo; neste caso, o que está em causa é o direito à restituição resultante da resolução, que é um direito de exigir, e não direito potestativo).

3.3.3. Direitos Potestativos de Exercício Judicial

No caso de *direitos potestativos de exercício judicial*, o efeito jurídico

---

67 NG KEI KEI, "Direito Potestativo", in Tong Io Cheng (coord.), *General Discourses of Civil Law and the General Part of the Macau Civil Code*, vol. I, Fundação Macau & Social Sciences Academic Press (China), pp. 210 – 214 [em chinês]; DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, "Breves Considerações sobre os Poderes Potestativos", in António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, vol. I, Almedina, 2019 (pp. 301 – 367), pp. 324 – 326; TONG IO CHENG & NG KEI KEI, *Contracts Law in Macau*, IEL, Wolters Kluwer, 2024, 2024, § 75 [em inglês].

68 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 73.°, § 4, p. 234.

69 CÂNDIDA PIRES, "O Interesse Processual ou o Interesse em Agir", in *Direito de Macau – Reflexões e Estudos*, CREDDM, 2014 (pp. 557 – 558), p. 558.

70 DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, "Breves Considerações sobre os Poderes Potestativos", in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, vol. I, Almedina, 2019 (pp. 301 – 367), p. 326.

pretendido pelo autor não pode ser alcançado pela via extrajudicial, mas depende necessariamente do proferimento de uma sentença constitutiva. Alguns exemplos desses direitos são:

- O direito de pedir divórcio (cfr. art. 1628.º, n.º 3, que exige que o divórcio litigioso seja "requerido no tribunal");
- O direito de anulação (por motivos como menoridade, vícios da vontade, *etc.*; os artigos em causa frequentemente usam palavras como "a requerimento" da parte, que significa certamente "solicitando ao tribunal", cfr. *v.g.* art.º 114.º, n.º 1; mas às vezes *directis et apertis verbis*, como art. 1505.º);
- O direito de pedir a execução específica dum contrato-promessa (cfr. art. 820.º, n.º 1, que diz "obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso"; vale ressaltar que não é uma ação executiva);
- O direito de ação de preferência (cfr. art. 1309.º, n.º 1, que exige que seja solicitado ao tribunal para o efeito, como quaisquer direitos de ação no sentido material);
- O direito de constituir o vínculo da adoção (cfr. art. 1825.º, n.º 1, que diz "o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial");
- O direito de resolver um contrato devido à falta de cumprimento por parte do locatário (cfr. art. 1017.º, n.º 2, que é um desvio ao princípio estabelecido no art. 430.º, mas o direito de resolução por parte do locatário é de exercício extrajudicial, cfr. art.º 1017.º, n.º 1, que diz "nos termos gerais de direito", *i.e.*, nos termos do art. 430.º, 1.º);
- O direito de resolução ou modificação devido a alterações das circunstâncias (cfr. art. 431.º; o seu exercício é judicial, segundo a doutrina que nos parece mais razoável, porque podem ser apoios de elemento literal a referência ao "requerimento da resolução" no n.º 2[71] e a chamada da equidade a critério de modificação do contrato no n.º 1[72]) [73];
- O direito de retificação do registo predial, no caso de falta do acordo de todos os interessados; neste sentido proferiu o TSI: "Considerando

71 JOÃO GIL DE OLIVEIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência*, Livro I, vol. VI, 2020, art.º 431, § 6, p. 457.

72 HENRIQUE SOUSA ANTUNES, comentários ao art. 437.º, § 8, p. 159, in JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações: Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, 2018.

73 Em sentido diferente, admitindo a resolução extrajudicial, cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à Luz dos Contratos Bilateralmente Comerciais*, Almedina, 2017, pp. 507 – 510.

que a rectificação do registo tem por objectivo obter modificação duma situação jurídica já existente, a qual só podendo ser efectuada mediante o acordo de todos os interessados ou, não o havendo, por meio de rectificação judicial, pelo que neste caso há interesse processual conforme o previsto na lei."[74]

- Outros direitos como direitos à modificação do contrato conferidos pelos arts. 820.º, n.º 3 (modificação das cláusulas do contrato-promessa), 999.º, n.º 3 (modificação das cláusulas relativas à renda), *etc*.

3.4. Interesse Processual em Ação de Condenação

3.4.1. Duas Regras de Aferição

Nas *ações de condenação* (n.º 3), do art.º 73, n.º 3, cuja estrutura não é muito satisfatória, podem extrair-se duas regras, ambas com exceções, a saber: falta de interesse processual, *quando o autor possui um título executivo* (alínea a); falta de interesse processual, *quando a obrigação não está vencida* (alínea b).

3.4.2. Regra I: O Título Executivo Exclui o Interesse Processual

Relativamente à primeira regra, a sua *ratio iuris* é bastante óbvia: se o autor já pode propor diretamente uma ação executiva, com um título executivo, não parece haver nenhuma razão para que ele possa propor uma ação de condenação, cuja consequência seria a produção dum outro título executivo, sendo esta ação de condenação inútil ou redundante. Isso por causa de razão de economia, um dos objetivos que o interesse processual precisamente visa a assegurar.

---

74 Ac. TSI, Processo n.º 450/2016 de 17/11/2016, Relator: TONG HIO FONG: "2. Segundo o n.º 2 do artigo 73.º do CPC, nas acções constitutivas, há sempre interesse processual sempre que o efeito jurídico visado não possa ser obtido mediante simples acto unilateral do autor, e considerando que a rectificação do registo tem por objectivo obter modificação duma situação jurídica já existente, a qual só podendo ser efectuada mediante o acordo de todos os interessados ou, não o havendo, por meio de rectificação judicial, pelo que neste caso há interesse processual. 3. O registo é inexacto quando se mostre lavrado em desconformidade com o título que lhe serviu de base ou enferme de deficiências provenientes desse título que não sejam causa de nulidade (artigo 19.º). 4. Segundo o alegado pelas requerentes, os proprietários inscritos nunca se casaram, mas ficou registado como casados no regime da comunhão de adquiridos. 5. Se isso for verdade, estamos perante uma situação de inexactidão do registo, inexactidão essa que não resulta da desconformidade com o título, pois o registo foi feito com base nos elementos do próprio título, mas provavelmente proveniente de deficiência deste, na medida em que alguns dos elementos constantes do próprio documento que serviu de base ao registo não corresponderiam à realidade. 6. Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 114.º do CRP, 'os registos inexactos e os registos indevidamente lavrados podem ser rectificados por iniciativa do conservador ou a pedido de qualquer interessado, ainda que não inscrito".

A doutrina[75] *e jurisprudência*[76] *tradicional deixou esta regra completamente inquestionada durante muito tempo*. No entanto, recentemente, em 2022, *a jurisprudência do Tribunal de Última Instância de Macau criou, com razão, uma exceção importante a esta regra*[77]. Nesse caso, o autor intentou contra o réu uma ação executiva ordinária para pagamento da dívida resultante dum contrato de crédito para jogo, mas nenhum bem foi encontrado em Macau em nome do réu, pelo que a respetiva dívida não foi coercivamente executada. A seguir, o autor propôs uma ação de condenação no Tribunal Judicial de Base, pretendendo obter uma sentença condenatória *para, em seguida, executar os bens que o réu possui em país estrangeiro no tribunal estrangeiro*. O TJB entendeu que o autor não tem interesse processual em instaurar uma ação de condenação porque já tem um título executivo.

O Tribunal de Segunda Instância confirmou a decisão do TJB, dizendo que "os tribunais de Macau actuam de acordo com as regras processuais de Macau, sem necessidade de considerar as regras dos outros países ou regiões", e "o julgamento e a sentença do tribunal fundamentalmente não visam proporcionar

---

75 Por todos, CHAN KAM TIM & CHONG SIO U, *Regime of Civil Enforcement Proceedings in Macau*, Fundação Macau & Social Sciences Academic Press (China), 2019, p. 11 e p. 40 [em chinês]; CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 73.°, § 5, p. 235; VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 240; CÂNDIDA PIRES, *Lições de Processo Civil de Macau*, 2.ª ed., Almedina, 2015, p. 188; CÂNDIDA PIRES, "O Interesse Processual ou o Interesse em Agir", in *Direito de Macau – Reflexões e Estudos*, CREDDM, 2014 (pp. 557 – 558), p. 558; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), pp. 96 – 97.

76 Por todos:
Ac. TSI, Processo n.º 622/2010 de 07/07/2011, Relator: LAI KIN HONG: "O recurso desnecessário à acção declarativa por parte de quem dispuser de título com força executiva manifesta é gerador da falta do interesse processual."
Ac. TSI, Processo n.º 494/2018 de 29/11/2018, Relator: HO WAI NENG: "根據《民事訴訟法典》第73條第3款a) 項之規定，當原告擁有明顯具執行力之憑證時，其不具有提起給付之訴的訴之利益，應提起執行之訴。" (*Nossa tradução*: "Nos termos do artigo 73.º, n.º 3, alínea a), do CPC, se o autor dispuser de título com manifesta força executiva, não tem interesse em intentar uma ação de condenação, devendo intentar uma ação executiva.").
Ac. TSI, Processo n.º 331/2015 de 09/07/2015, Relator: HO WAI NENG: "倘涉案的有關債務已到期，且原告擁有明顯具執行力，以滿足其訴訟中所有請求的憑證，根據《民事訴訟法典》第73條第3款a) 項之規定，其在有關給付之訴中不具訴之利益。" (*Nossa tradução*: "Nos termos do artigo 73.º, n.º 3, alínea a), do CPC, se a obrigação estiver vencida e o autor dispuser de título com manifesta força executiva para satisfazer toda a pretensão, não tem interesse em intentar uma ação de condenação").

77 Ac. TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022, Relator: JOSÉ DIAS AZEDO.

às partes submetê-los aos outros países/regiões para apreciação e confirmação, mas sim visam revolver conflitos e litígios", portanto "os tribunais de Macau não têm responsabilidade de proferir sentença para reconhecer o respectivo direito de crédito porque o regime jurídico dos outros países/regiões não reconhece o respectivo título executivo"[78].

Contudo, o TUI proferiu um Acórdão em sentido oposto[79], ao qual também subscrevemos, entendendo que o autor tem interesse processual. Isto porque, se o interesse processual consiste na indispensabilidade de o autor recorrer a juízo, e *in casu* a ação de condenação se mostra necessária e útil à tutela do seu direito (embora visa a assegurar o posterior recurso a jurisdições estrangeiras), sendo mesmo o único meio (!) para tal efeito, então devemos afirmar que o autor tem

---

78 Ac. TSI, Processo n.º 893/2021 de 27/01/2022, Relator: HO WAI NENG:
"-《民事訴訟法典》第72條所指的訴之利益，是指根據澳門的訴訟法律規則而需要在澳門提起有關訴訟之利益，而不是因其他地區的訴訟法律制度和澳門的不同而需要在澳門提起訴訟的利益。
- 澳門法院在審理案件時必須以澳門的訴訟規則行事，不需考慮其他國家或地區的訴訟規則。
- 法院對案件作出審理和裁判，核心作用是爲了解決糾紛爭議，並不是爲了讓當事人拿去其他國家/地區作出審理和確認。
- 根據澳門現行的法律制度，原告欲透過訴訟確認的債權已存有執行名義，根本不需再去確認，因此不存在訴之利益。
- 本澳法院沒有責任因爲其他國家/地區的法律制度不承認相關的執行名義，而爲此另外作出裁判去確認相關的債權。
(*Tradução citada no Acórdão do TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022*:
- Na verdade, o interesse processual previsto pelo art.º 72.º do CPC refere-se ao interesse resultante da necessidade de intentar acção em Macau segundo as regras processuais de Macau, mas não por causa das diferenças entre o regime jurídico das outras regiões e o de Macau.
- Ao conhecer processo, os tribunais de Macau actuam de acordo com as regras processuais de Macau, sem necessidade de considerar as regras dos outros países ou regiões.
- O julgamento e a sentença do tribunal fundamentalmente não visam proporcionar às partes submetê-los aos outros países/regiões para apreciação e confirmação, mas sim visam revolver conflitos e litígios.
- Conforme o regime jurídico vigente de Macau, a autora já dispõe do título executivo referente ao direito de crédito que pretende reconhecer através da acção, é completamente desnecessário um reconhecimento de novo através da sentença.
- Os tribunais de Macau não têm responsabilidade de proferir sentença para reconhecer o respectivo direito de crédito porque o regime jurídico dos outros países/regiões não reconhece o respectivo título executivo.)".

79 Ac. TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022, Relator: JOSÉ DIAS AZEDO: "3. Assiste – e deve ser reconhecido – "interesse processual" ao credor que, na sequência de uma execução movida mas em que não conseguiu o pagamento do crédito reclamado por inexistência de bens do executado, e que alegando impossibilidade de invocação do mesmo título executivo, propõe uma acção de condenação a fim de obter sentença para, posteriormente, "atacar" os bens que o seu devedor possuiu em país estrangeiro da sua residência. 4. Com efeito, o "interesse processual" do A. – como "pressuposto processual" que é – deve ser aferido perante a "pretensão" deduzida e em conformidade com uma "perspectiva" que dê relevo aos (exactos) termos em que a mesma é exposta.".

interesse processual, como claramente explicitada está a necessidade e utilidade da ação proposta. Entendimento diverso conduziria à "*excessiva e indevida contração e restrição do 'direito (e garantia) de acesso aos Tribunais', consagrado no art. 36.° da Lei Básica assim como no art. 1º , n.° 2 do CPCM*"[80]. Ou seja, na interpretação do art. 73º, n. 3º, a), é necessário considerar elementos sistemáticos, conjugando com outras normas, e realizando uma interpretação sistemática e, digamos assim, uma "interpretação conforme à Lei Básica" (no semelhante sentido da interpretação conforme à Constituição). No fim das contas, conforme este Acórdão, deve-se pensar na ordem jurídica e nas respetivas instituições pela "perspetiva do consumidor"[81], portanto, a carência do recurso às vias judiciais deve ser examinada do ponto de vista do autor.

3.4.3. Regra II: O Não-Vencimento Exclui o Interesse Processual

Quanto à segunda regra, *i.e.*, "falta de interesse processual, *quando a obrigação não está vencida*", a sua *ratio iuris* também é muita clara: sem a exigibilidade da obrigação, o réu ainda não tem que cumprir (voluntariamente) a obrigação mesmo no nível de direito material[82], o que não dá nenhum lugar ao cumprimento coativo. Isto quer dizer que, em princípio, nas ações de condenação, o interesse processual resulta da inadimplência do adversário[83].

No entanto, há casos em que ainda não existe uma violação do direito do autor, mas apneas a previsão da sua violação, à qual o autor pretende preventivamente reagir. Portanto, o art. 73º, n. 3º, b) abre uma exceção a referida regra, permitindo as "ações de condenação *in futurum*" chamadas na doutrina[84]. Assim, há interesse processual, se verificar algum dos dois cenários previstos no art. 393.º, a saber:

> No caso de *prestações periódicas*, se o devedor deixar de cumprir as prestações já vencidas, há interesse processual para o credor em instaurar uma ação de condenação, pedindo a condenação do réu no cumprimento, não só das prestações já vencidas (condenação "*nunc*", digamos assim), mas também das prestações vincendas (condenação

---

80 Ac. TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022, Relator: JOSÉ DIAS AZEDO.

81 KAZUO WATANABE, *Acesso à Ordem Jurídica Justa (Conceito Atualizado de Acesso à Justiça)*, 2019; *apud* ac. TUI, Processo n.º 60/2022 de 27/07/2022, Relator: JOSÉ DIAS AZEDO.

82 MANUEL DE TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014 [que tem versão em língua chinesa, tradução de Chan Io Chao, 2016], pp. 550 *et seq.*

83 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 80.

84 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 97.

in futurum) (o art. 73º, n. 3º, b), conjugado com o art. 393.º, n. 1º).

Esta exceção é considerada na doutrina atual valer não apenas às *prestações duradouras propriamente ditas*, mas também às *prestações fracionadas*, *i.e.*, *repartidas*[85]:

> Quantos às *prestações duradouras propriamente ditas*, por exemplo, o credor de juros, rendas mensais ou prestações mensais de alimentos pode pedir a condenação do obrigado no cumprimento das prestações em atraso e daquelas que se vencerem só futuramente[86].
>
> Quantos às *prestações fracionadas*, por exemplo, se o comprador a prestações não pagou uma das prestações, o vendedor pode propor uma ação pedindo a condenação nas prestações já vencidas, como também nas prestações vincendas[87], mesmo que estas últimas prestações ainda não tenham vencido de acordo com as regras do direito material (*i.e.* art. 927.º do CC, que é uma *lex specialis* em relação ao art. 770.º), porque o art. 73º, n. 3º, b) do CPC permite precisamente a ação de condenação nas obrigações ainda não vencidas. Assim, neste 73.º n. 3º, b) não são abrangidas as dívidas a prestações uma vez que o credor pode logo exigir as demais cujo vencimento logo ocorre nos termos do art. 770.º do CC[88].
>
> No caso de *prestações não periódicas*, se a falta de título executivo na data do vencimento da prestação puder causar *grave prejuízo* ao autor, por exemplo, ao senhorio na situação enumerada não taxativamente na alínea b), também há interesse processual para o credor em instaurar uma ação de condenação (o art. 73º, n. 3º, b), conjugado com o art. 393.º, n. 2º *in fine*).

Certamente, deve existir o *fundado receio* de que o devedor não vai cumprir

---

85 Sobre estes dois conceitos, cfr. MANUEL DE TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014, pp. 59 *et seq*.

86 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 97; VIRIATO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil – Acção Declarativa Comum*, 3.ª ed., Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 148.

87 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 97.

88 JOSÉ LEBRE DE FREITAS & ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2, 4.ª ed., Almedina, 2019, art.º 557.º, § 4, p. 511.

a prestação no momento do seu vencimento[89].

> Quantos aos "*casos semelhantes*" em que possa haver grave prejuízo ao credor, por exemplo, "é admissível a prolação de condenação *in futurum* em acção proposta por um dos devedores solidários contra os demais, destinada a fazer reconhecer antecipadamente o direito de regresso que lhe assistirá se for compelido a satisfazer no futuro prestação de valor superior à sua quota-parte nas relações internas, num caso em que já foi movida execução contra esse devedor e nela se consumou o efeito ablativo das penhoras realizadas, aguardando-se apenas o normal fluir das diligências executivas para se processar o pagamento ao exequente - o qual tornará plenamente actual e exigível esse direito de regresso."[90].

3.4.4. Tipo Especial da Ação de Condenação: Ação Inibitória

Ação inibitória, cujo objeto é a condenação no facto passivo, ou seja, na omissão da prática de um ato lesivo do direito ou interesse do autor, é também uma forma de ações de condenação (cfr. art. 11.º, n.º 2, b)), mas o CPC, no art. 73.º, é omisso quanto a esta forma. Estas ações possuem um carácter preventivo, porque visam impor a omissão de qualquer conduta *futura* do réu que consiste numa violação de um direito ou interesse negocial ou legal, sendo diferente das ações de condenação cujo objeto é o cumprimento *imediato* de uma prestação de *non facere*. Nas ações inibitórias, há interesse processual, se houver uma ameaça de lesão do direito ou interesse do autor, *v.g.*, dos direitos de personalidade (art. 67.º, n.º 3 do CC; art. 1210.º: providência para tutela dos direitos de personalidade) ou do posse (art. 1201.º do CC: ação de prevenção)[91].

---

89 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), p. 97; CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 73.°, § 5, p. 235.

90 Ac. STJ, Processo n.º 663/09.1TVLSB.L1.S1 de 27/09/2012, Relator: LOPES DO REGO; Neste sentido, RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume II, Almedina, 2018, art.º 557, 2. II. B) (ii), p. 44.

91 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O interesse processual no Código de Processo Civil de Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, N.º 10, Ano IV, Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2000) (pp. 89 – 101), pp. 97 – 98; CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 73.°, § 5, pp. 236 – 237.

3.5. Interesse Processual em Ação Executiva

Nas *ações executivas*, onde o CPC também fica em silêncio no art. 73.º, o *status quo* teórico sobre o interesse processual está longe de ser ideal.

A questão do interesse processual é frequentemente confundida com a questão do título executivo. Por exemplo, segundo alguns autores, "se o titular do direito tiver um título executivo, tem interesse processual em intentar uma ação executiva; […] se o titular do direito não tiver um título executivo, mas mesmo assim optar por intentar uma ação executiva, então nesta ação executiva não há falta de interesse processual, mas sim falta de título executivo."[92]. Com todo o respeito, parece-nos que a lógica desta afirmação requer maiores esclarecimentos.

Em nossa opinião, talvez se possa dizer que, no fim das contas, nas *ações executivas*, o interesse processual resulta da inadimplência do adversário, *tal como nas ações de condenação*[93].

Porque a posse de um título executivo desde logo certifica formalmente a existência da obrigação e mostra que o seu direito seja violado, o que assegura o interesse processual do exequente, é difícil para o juiz conhecer *ex officio* da falta deste interesse. No caso de ser procedente o fundamento invocado pelo executado por via de embargos (*v.g*. a inexigibilidade da obrigação, ou a sua extinção ou modificação, cfr. art. 697.º, g)), a questão processual da falta do interesse processual "*como que é consumida pela questão material da improcedência do pedido executivo*", assim como no caso de extinção da execução pelo pagamento voluntário nos termos do art.º 810.º, que fundamentalmente resulta da perda superveniente do interesse processual[94].

3.6. Interesse Processual em Outros Atos Processuais

Nas *providências cautelares*, quanto às quais o CPC é omisso, mais uma

---

92 Nossa tradução do texto original: "若權利人具有執行名義，他則可以具有提起執行之訴的訴之利益；[.....] 如果權利人沒有執行名義，但他仍選擇提出執行之訴，那麼有關的執行之訴便不屬於欠缺訴之利益，而是屬於欠缺執行名義的情況。"; cfr. CHAN KAM TIM & CHONG SIO U, *Regime of Civil Enforcement Proceedings in Macau*, Fundação Macau & Social Sciences Academic Press (China), 2019, p. 40 [em chinês].

93 MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, Reimpressão, 1993, p. 80; neste sentido, cfr. também Ac. do TSI, Processo n.º 123/2016 de 21/04/2016, Relator: HO WAI NENG: "O não pagamento voluntário da dívida em conformidade com o acordado por parte do devedor, justifica-se o interesse processual do credor em intentar a respectiva acção executiva".

94 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 73.°, § 6. I., pp. 235 – 236.

vez, no art. 73.º, se houver o respetivo "fundado receio" (às vezes referido como "justificado receio", *v.g.* no art.º 326.º, n.º 1), como requisito, quer genérico (cfr. art. 326.º, n.º 1), quer específico (cfr. *v.g.* art. 351.º, n.º 1, quanto ao arresto), há interesse processual. Note-se, pela própria razão de ser das providências cautelares (*v.g.* o arresto visa a evitar ocultação ou dissipação de bens, atribuir a preferência sobre qualquer outro credor com garantia real constituída posteriormente), a posse de título executivo não impede, como nas ações de condenação, a existência do interesse processual em instaurar estas providências. Como não tem nada a ver com a execução, mesmo na pendência da execução, o credor ainda tem interesse em requerer o arresto[95].

Parece haver jurisprudência no sentido de que as normas relativas ao interesse processual podem se aplicar *por analogia* a outros atos processuais, tais como reclamação dos despachos: "tem, pois, o relator do processo competência legal, por aplicação analógica do art. o 394.º, n.º 1, alínea c), parte final, do Código de Processo Civil, para indeferir liminarmente petitório de reclamação de um despacho seu com fundamento na inexistência do interesse de agir por parte da pessoa reclamante"[96].

4. Conclusão

O interesse processual, enquanto um regime característico do direito processual de Macau, já que não é tão semelhante ao do direito processual português, merece uma discussão mais aprofundada pela doutrina local. Embora seja um conceito muito básico e muitas vezes esquecido, tal conceito toca, na verdade, *o cerne de todo o direito processual*, *i.e.*, a necessidade da proteção judicial, portanto, em última análise, é um tema que envolve o *acesso à justiça*. Além disso, é precisamente a teoria do interesse processual que distingue os interesses adjetivos dos interesses substantivos, distinguindo assim fundamentalmente o direito processual do direito substantivo numa perspetiva dos interesses – talvez seja por isso que, como investigador que presta atenção ao direito substantivo, também estou interessado neste interesse.

95 CÂNDIDA PIRES & VIRIATO DE LIMA, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, art. 73.°, § 6. I., p. 236.

96 Ac. TSI, Processo n.º 307/2009(II) de 12/11/2009, Relator: CHAN KUONG SENG.

DUAS SOCIEDADES COMERCIAIS, EM QUE UM ADMINISTRADOR É COMUM A AMBAS, ESTÃO LEGALMENTE IMPEDIDAS DE PARTICIPAR NO MESMO CONCURSO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS, EM CONSÓRCIOS DISTINTOS COM OUTRAS EMPRESAS?*

Are two commercial companies, in which a director is common to both, legally prevented from participating in the same public works tender, in (distinct) consortia with other companies?*

João António Valente Torrão
Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, Portugal

Resumo: No caso em apreço, o TUI considerou que o consórcio adjudicatário de um contrato de empreitada de obras públicas devia ter tido a sua proposta rejeitada pela entidade adjudicante, uma vez que o administrador de uma das empresas desse consórcio era igualmente administrador, juntamente com o seu cônjuge, de outra empresa que fazia parte de outro consórcio concorrente.

O TUI louvou-se no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, segundo o qual "*São proibidos todos os atos ou acordos suscetíveis de distorcer as condições normais de concorrência, devendo ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas em consequência dos mesmos*".

No entanto, a entidade adjudicante não viu qualquer razão para rejeitar as propostas dos referidos consórcios concorrentes ao abrigo desta regra, uma vez que não existem nos autos elementos que demonstrem a existência de atos ou

* Comentário ao Acórdão do TUI (Tribunal de Última Instância) da Região Administrativa Especial de Macau, de 19 de Outubro de 2018 - Processo N.º 66/2018.

acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência.

O Acórdão anotado também não nos diz nada sobre os atos ou acordos que, no caso em apreço, falsearam a concorrência.

O presente trabalho pretende demonstrar, com o apoio da doutrina e jurisprudência portuguesas e do TJUE (que é possível transpor para Macau uma vez que as regras nesta matéria são idênticas) que o simples facto de ser administrador comum a empresas concorrentes *em consórcios diferentes* não constitui, por si só, uma razão legal para impedir a participação num concurso de empreitada de obras públicas.

Resulta desta doutrina e desta jurisprudência que é necessário alegar e provar factos que permitam concluir que desvirtuaram as regras da concorrência, em que o acórdão é totalmente omisso, sem sequer dar a conhecer as razões pelas quais o concorrente vencedor interpôs recurso da decisão de adjudicação.

Palavras-chave: Concurso público; empreitada de obra pública; concorrentes; consórcios distintos; administrador comum a duas empresas; concorrência; distorção da concorrência; falta de alegação; prova de factos; entidade adjudicante.

Abstract: In the present case, TUI took the view that the successful consortium in a public works contract should have had its tender rejected by the contracting authority, since the director of one of the undertakings in that consortium was also a director, jointly with his spouse, of another undertaking forming part of another competing consortium.

The TUI was praised in article 5 of Decree-Law No. 74/99/M, according to which "*All acts or agreements likely to distort the normal conditions of competition are prohibited, and proposals and applications submitted as a consequence thereof must be rejected"*.

However, the contracting authority saw no reason to reject the tenders of those consortia competing under that rule, since there is no evidence in the file of any evidence of the existence of acts or agreements capable of distorting normal conditions of competition.

Nor does the annotated judgment tell us anything about the acts or agreements which in the present case distorted competition.

The present work aims to demonstrate, with the support of Portuguese doctrine and jurisprudence of Portugal and the CJEU (which it is possible to transpose to Macau since the rules on this matter are identical) that the mere fact of being a common director to competing companies *in different consortia* does not in itself constitute a legal reason for preventing participation in a public

works tender.

It follows from that doctrine and case-law that it is necessary to allege and prove facts from which it can be concluded that they distorted the competition rules, in which the judgment is totally silent, not even making known the reasons why the successful competitor appealed against the award decision.

Keywords: Public tender; public works contract; competitors; distinct consortia; administrator common to two companies; competition; distortion of competition; lack of allegation; proof of facts; contracting authority.

Sumário do Acórdão

Recurso jurisdicional em matéria administrativa
Processo n.º 66/2018.
Data do acórdão: 19 de Outubro de 2018

Tribunal de Última Instância da RAEM

Sumário:

I – O dono da obra exerce um poder discricionário de adjudicar ou de não adjudicar quando se esteja perante uma das situações previstas no artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8-11.

II – O n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M impõe a rejeição das propostas e candidaturas apresentadas como consequência da prática de atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência.

III – A alínea f) do artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M concede ao dono da obra o direito de não adjudicar a empreitada (ou de adjudicar, consoante entenda melhor servir o interesse público) quando haja forte presunção de conluio entre os concorrentes, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 5.º.

IV – No n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M abrangem-se todos os atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência.

A alínea f) do artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M só abrange uma parte desses acordos, aqueles em que haja conluio entre os concorrentes.

V – No n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M a rejeição das propostas e candidaturas exige prova da prática de atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência.

A alínea f) do artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M basta-se com uma

forte presunção de conluio entre os concorrentes, mas não exige uma prova cabal desse conluio.

Texto integral do Acórdão
Processo n.º 66/2018 (Recurso jurisdicional em matéria administrativa)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

I – Relatório

Grupo de Construção Top, Limitada e Top Builders Internacional, Limitada interpuseram recurso contencioso de anulação do despacho de 29 de novembro de 2016, do Chefe do Executivo, que adjudicou a empreitada de construção de habitação social de Mong Há – Fase 2 e de reconstrução do Pavilhão Desportivo de Mong Há, ao Consórcio formado pela Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção & Engenharia Shing Lung, Limitada.

O Tribunal de Segunda Instância (TSI), por acórdão de 14 de junho de 2018, concedeu provimento ao recurso contencioso e anulou o ato recorrido.

Inconformado, interpôs o Chefe do Executivo recurso jurisdicional para o Tribunal de Última Instância (TUI), finalizando a sua alegação com as seguintes conclusões:

A) O Acórdão ora recorrido sustenta a decisão de anular o ato de adjudicação na alínea f) do artigo 96.º do Decreto-lei n.º 74/99/M, de 8-11, aplicável por força violação do artigo 5.º do mesmo diploma legal;

B) O artigo 96.º do referido diploma legal não impõe uma conduta, apenas se limitando a atribuir o direito de não adjudicação;

C) Não impondo uma conduta e limitando-se apenas a permitir que tal conduta seja admissível à face da lei, não deve ser anulado o ato de adjudicação de uma empreitada ainda que tenha havido violação do princípio a que se refere o artigo 5.º do mesmo diploma legal.

D) Pelo que, em nossa opinião, o Douto Tribunal de Segunda Instância incorreu em erro quando sustentou a sua decisão nos artigos 5.º e 96.º do Decreto-lei n.º 74/99/M.

*

As ora recorridas Grupo de Construção Top, Limitada e Top Builders Internacional, Limitada requereram a ampliação do âmbito do recurso, nos termos

do n.º 2 do artigo 590.º do Código de Processo Civil, impugnando a improcedência do 2.º fundamento de recurso contencioso (violação dos artigos 55.º, n.º 1, alínea f) e 94.º, n.os 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8-11).

*

O Ex.mo Magistrado do Ministério Público emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso.

II – Os factos

O acórdão recorrido considerou provados os seguintes factos:

- Em 17AGO2016, foi publicado no B. O. o anúncio do concurso público para a empreitada de construção de habitação social de Mong Há - Fase 2 e de Reconstrução do Pavilhão Desportivo de Mong Há;

- Cinco concorrentes foram admitidos no concurso, entre os quais se encontrava o ora recorrente;

- O concorrente n.º 1 é um consórcio formado por Companhia de Construção Cheong Kong Limitada e Long Cheong - Construções e Engenharia, Limitada;

- O concorrente n.º 2 é um consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada;

- A Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada, integrante do consórcio n.º 1, tem como sócio e único administrador A;

- A Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada, integrante do consórcio n.º 2, tem como sócios e administradores A e o seu cônjuge B;

- A proposta apresentada pelo consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada é assinado por A, enquanto administrador representante da Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada;

- A proposta apresentada pelo consórcio por Companhia de Construção Cheong Kong Limitada e Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada é assinado por A, enquanto administrador representante da Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada;

- De acordo com o relatório de análise de propostas, o consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada, o consórcio formado por Companhia de Construção Cheong Kong Limitada e Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada e o ora recorrente foram, respetivamente, classificados em 1.º, 3.º e 4.º lugar; e

- Por despacho do Senhor Chefe do Executivo proferido em 29NOV2016, a empreitada foi adjudicada ao 1.º classificado ou seja, o consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção & Engenharia Shing Lung, Limitada;

Este é o ato recorrido.

III – O Direito

1. Questões a apreciar

i) No acórdão recorrido decidiu-se que a circunstância de duas das empresas integrantes de dois dos consórcios (cada um formado por duas empresas) concorrentes à empreitada em causa (em que foram apresentadas seis propostas), terem como sócio e administrador a mesma pessoa, A, (numa das empresas sendo o único administrador, na outra com dois administradores, o mesmo A e o seu cônjuge), que, aliás, assinou as duas propostas dos dois consórcios, falseava as condições normais de concorrência, o que impunha a rejeição das duas propostas.

ii) Recorde-se que os dois consórcios em causa foram classificados em 1.º e 3.º lugares, com a adjudicação ao 1.º classificado.

iii) Concluiu o acórdão recorrido que deveriam ter sido excluídas as propostas destes dois consórcios.

O Chefe do Executivo, no presente recurso jurisdicional, decidiu não impugnar o entendimento mencionado em i) (artigo 18.º da alegação de recurso). Limita-se a pretender que este Tribunal conheça da questão de saber se, face ao artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, que o acórdão recorrido invocou como tendo sido violado pelo ato recorrido, o dono da obra tem de excluir as propostas em que haja conluio dos concorrentes [alínea f)] ou se tem o direito discricionário de adjudicar ou de não adjudicar.

Esta questão não foi expressamente conhecida pelo acórdão recorrido, que considerou que a mera existência de violação do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M impunha a rejeição das propostas, se bem que tenha indicado como também sido violada a alínea f) do artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M.

É esta a questão a apreciar e caso seja procedente o recurso, haverá que conhecer da questão suscitada na alegação das recorridas, a título subsidiário.

2. Os poderes do dono da obra conferidos pelo artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M

O Decreto-Lei n.º 74/99/M rege o Regime Jurídico do Contrato de Empreitada de Obras Públicas.

Integrado no Título I do referido diploma legal, que tem como denominação, Disposições fundamentais, dispõe o artigo 5.º:

Artigo 5.º

(Concorrência)

1. São proibidos todos os atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência, devendo ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas como sua consequência.

2. Se de um ato ou acordo lesivos da concorrência tiver resultado a adjudicação de uma empreitada, deve ser suspensa a sua execução, seguindo-se o procedimento previsto no artigo 209.º, salvo se a autoridade competente decidir fundamentadamente de outro modo.

3. A ocorrência de qualquer dos factos previstos no n.º 1 deve ser comunicada pelo dono da obra à entidade que, no Território, comprova a inscrição no registo oficial dos empreiteiros e, quando se trate de concorrente com sede ou sucursal fora de Macau, à sua congénere do país ou território onde se encontra estabelecido, para os devidos efeitos.

Por sua vez, no Título III, designado Da formação do contrato, consta a Secção VIII do Capítulo II (Do concurso público), que se refere à Adjudicação.

O artigo 94.º é consagrado aos critérios de adjudicação.

Nesta mesma Secção estatui o artigo 96.º:

Artigo 96.º

(Não adjudicação)

O dono da obra tem o direito de não adjudicar a empreitada:

a) Quando resolva adiar a execução da obra por prazo superior a um ano;

b) Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao valor para efeitos do concurso;

c) Quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente inferior ao valor para efeitos do concurso, e as razões justificativas não sejam suficientemente esclarecedoras;

d) Quando, tratando-se de propostas condicionadas, ou de projetos ou variantes da autoria dos concorrentes, as condições oferecidas e os projetos ou variantes lhe não convenham;

e) Quando, por grave circunstância superveniente, tenha de proceder-se à revisão e alteração do projeto posto a concurso;

f) Quando haja forte presunção de conluio entre os concorrentes, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 5.º;

g) Quando, na sequência de concurso limitado por prévia qualificação, ocorra a situação prevista no n.º 4 do artigo 109.º

*

A primeira questão que se põe é a de saber quais os poderes do dono da

obra, conferidos pelo artigo 96.º, particularmente quando se verifique a situação prevista na alínea f).

A letra da lei não deixa muitas dúvidas: o dono da obra tem o direito de não adjudicar, não tem um dever de não adjudicar. Isto é, o dono da obra exerce um poder discricionário de adjudicar ou de não adjudicar quando se esteja perante uma das situações previstas no artigo 96.º.

Toda a interpretação da lei tem de partir da sua letra, embora não deva cingir-se a esta (n.º 1 do artigo 8.º do Código Civil).

Por outro lado, não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso (n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil).

Da ratio da lei e de outros elementos de interpretação afigura-se-nos que o sentido da norma coincide com o teor literal, já mencionado, o que também era entendimento da doutrina.

Na verdade, a doutrina portuguesa mais qualificada, quando vigorava o Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969, que estatuía sobre o regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas, também anteriormente vigente em Macau e que foi substituído pelo diploma que estamos a examinar, o Decreto-Lei n.º 74/99/M, considerava que a norma correspondente ao artigo 96.º deste Decreto-Lei n.º 74/99/M, o artigo 92.º daquele Decreto-Lei n.º 48871, atribuía poderes discricionários ao dono da obra de adjudicar ou não a obra.[1]

Posteriormente, a lei portuguesa mudou de sentido. O Decreto-Lei n.º 235/86, de 18.8 (artigo 95.º) ainda dizia que o dono da obra podia decidir não adjudicar a obra, mas o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro (artigo 99.º) e o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2.3 (artigo 107.º), passaram a estatuir que o dono da obra não pode adjudicar a obra, quando se verifiquem determinadas circunstâncias, designadamente quando haja indícios de conluio entre os concorrentes.

Concluindo: o dono da obra exerce um poder discricionário de adjudicar ou de não adjudicar quando se esteja perante uma das situações previstas no artigo

---

1 MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 10.ª edição, I, Volume, p. 603 e 604, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra*, Almedina, 1987, p. 698 e segs., MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Lisboa, Almedina, 1980, p. 673, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 570. Em sentido contrário, mas isolado no seu entendimento, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Porto, Athena, 1973, p. 210 e segs. Administrativo, Lisboa, Almedina, 1980, p. 673, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 570. Em sentido contrário, mas isolado no seu entendimento, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Porto, Athena, 1973, p. 210 e segs.

96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M.

3. A interpretação do n.º 1 do artigo 5.º e da alínea f) do artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M

Vejamos qual o sentido do n.º 1 do artigo 5.º e da alínea f) do artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M.

Aparentemente, à primeira vista, as normas contradizem-se: no n.º 1 do artigo 5.º diz-se que as propostas são rejeitadas quando existam atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência, Na alínea f) do artigo 96.º não se impõe ao dono da obra a rejeição das propostas, mas apenas que o dono da obra tem o direito de não adjudicar quando haja forte presunção de conluio entre os concorrentes, o que é substancialmente diverso.

Numa leitura mais fina, há espaço para conciliar as normas, não tendo o intérprete, necessariamente, que concluir pela vigência de uma e pela interpretação revogatória da outra.

E essa leitura é esta:

O n.º 1 do artigo 5.º impõe a rejeição das propostas e candidaturas apresentadas como consequência da prática de atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência.

A alínea f) do artigo 96.º concede ao dono da obra o direito de não adjudicar a empreitada (ou de adjudicar, consoante entenda melhor servir o interesse público) quando haja forte presunção de conluio entre os concorrentes, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 5.º. E onde residem a diferença entre os pressupostos de aplicação das duas normas?

No n.º 1 do artigo 5.º abrangem-se todos os atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência.

A alínea f) do artigo 96.º só abrange uma parte desses acordos, aqueles em que haja conluio entre os concorrentes.

No n.º 1 do artigo 5.º a rejeição das propostas e candidaturas exige prova da prática de atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência. A alínea f) do artigo 96.º basta-se com uma forte presunção de conluio entre os concorrentes, mas não exige uma prova cabal desse conluio.

Assim, para que a rejeição das propostas seja oponível ao dono da obra tem de estar feita a prova de prática de quaisquer atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência e não apenas de conluio entre os concorrentes.

Para que o dono da obra tenha o direito de adjudicar ou não adjudicar a empreitada, basta haver forte presunção de conluio entre os concorrentes.

4. O caso dos autos

No caso dos autos não vem impugnado o entendimento de que existem atos, subjacentes às propostas dos dois concorrentes em causa, suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência, o que integra a previsão do n.º 1 do artigo 5.º. do Decreto-Lei n.º 74/99/M. Donde, as propostas tinham de ser rejeitadas, como decidiu o acórdão recorrido.

É certo que este invocou erradamente o artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, o que é de todo irrelevante, já que o exercício dos poderes previstos no artigo 5.º, n.º 1, é de natureza vinculada, ao contrário dos previstos no artigo 96.º, como vimos.

Não merece provimento o recurso.

IV – Decisão Face ao expendido, negam provimento ao recurso

Custas pelas recorridas particulares Companhia de Construção de Obras Particulares Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung Limitada, com taxa de justiça fixada em 3 UC.

Macau, 19 de outubro de 2018.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Song Man Lei – Sam Hou Fai.

Comentário[2]

1. Conforme resulta do acórdão, foi entendido que a questão a decidir era a da interpretação dos art.^{os} 5.º, n.º 1 e 96.º, alínea f) do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de novembro.

Com efeito, ali se escreveu o seguinte: "*No acórdão recorrido decidiu-se*

2 Este acórdão do TUI é o único sobre a matéria nele tratada e, ao contrário do que sucede habitualmente, a recorrente foi uma concorrente vencida no concurso e não a adjudicante por rejeitar propostas ou não adjudicar com fundamento em falseamento de regras da concorrência. À entidade adjudicante não se suscitou qualquer questão relativamente à prática de atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência por parte dos consórcios em causa e, por isso, adjudicou a empreitada à concorrente que, em seu entender, apresentou a melhor proposta.
O recurso para o TSI a impugnar a adjudicação foi interposto pela concorrente classificada em 2.º lugar.
Infelizmente não conseguimos encontrar o acórdão do TSI na base de dados dos tribunais da RAEM e o acórdão sob anotação nada refere quanto à argumentação daquela recorrente para pedir a anulação do ato recorrido.
Em face dos factos que o presente acórdão oferece, e palas razões que abaixo se adiantarão, a decisão da entidade adjudicante não merecia censura.

que a circunstância de duas das empresas integrantes de dois dos consórcios (cada um formado por duas empresas) concorrentes à empreitada em causa (em que foram apresentadas seis propostas), terem como sócio e administrador a mesma pessoa, A, (numa das empresas sendo o único administrador, na outra com dois administradores, o mesmo A e o seu cônjuge), que, aliás, assinou as duas propostas dos dois consórcios, falseava as condições normais de concorrência, o que impunha a rejeição das duas propostas.

....

O Chefe do Executivo, no presente recurso jurisdicional, decidiu não impugnar o entendimento mencionado em i) (artigo 18.º da alegação de recurso). Limita-se a pretender que este Tribunal conheça da questão de saber se, face ao artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, que o acórdão recorrido invocou como tendo sido violado pelo ato recorrido, o dono da obra tem de excluir as propostas em que haja conluio dos concorrentes [alínea f)] ou se tem o direito discricionário de adjudicar ou de não adjudicar.

Esta questão não foi expressamente conhecida pelo acórdão recorrido, que considerou que a mera existência de violação do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M impunha a rejeição das propostas, se bem que tenha indicado como também sido violada a alínea f) do artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M.

É esta a questão a apreciar e caso seja procedente o recurso, haverá que conhecer da questão suscitada na alegação das recorridas, a título subsidiário".

2. Seguidamente, foi apreciada essa questão em oito páginas do acórdão, resumindo-se, assim, o entendimento do tribunal:

"No n.º 1 do artigo 5.º a rejeição das propostas e candidaturas exige *prova* da prática de atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência.

A alínea f) do artigo 96.º basta-se com uma *forte presunção* de conluio entre os concorrentes, mas não exige uma prova cabal desse conluio.

Assim, para que a rejeição das propostas seja oponível ao dono da obra tem de estar feita a prova de prática de quaisquer atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência e não apenas de conluio entre os concorrentes[3].

Para que o dono da obra tenha o direito de adjudicar ou não adjudicar a empreitada, basta haver forte presunção de conluio entre os concorrentes".

---

3 Só que, nem no acórdão do TSI, nem no presente acórdão se vislumbra a prova de quaisquer "atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência" ou de "conluio" entre os concorrentes em causa. E também os mesmos tribunais não explicitaram, - o que do ponto de vista da fundamentação de direito era essencial – o que devia, no presente caso, entender-se por aqueles conceitos.

E, sem mais considerações, o acórdão termina da forma seguinte: *"No caso dos autos não vem impugnado o entendimento de que existem atos, subjacentes às propostas dos dois concorrentes em causa, suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência, o que integra a previsão do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M.*

Donde, as propostas tinham de ser rejeitadas, como decidiu o acórdão recorrido".

3. Ora, desde logo, a primeira observação que o acórdão nos suscita é a da interpretação dada às normas em causa.

Por um lado, não vemos que as mesmas suscitem quaisquer dúvidas de interpretação.

Por outro, não nos parece que a interpretação que sobre elas incidiu seja esclarecedora, pelo menos no que se refere ao art.º 5.º. Finalmente, ainda que a interpretação do acórdão fosse a seguida, o processo não tem factos capazes de conduzir à decisão das instâncias.

Vejamos porquê.

3.1. Diz o n.º 1 do art.º 5.º da norma em causa: *"1. São proibidos todos os* atos *ou* acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência*, devendo ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas como sua consequência".*

A primeira parte da norma proíbe que nos concursos públicos de empreitadas de obras públicas (mas este princípio deve ser também observado em todos os concursos públicos, uma vez que a salvaguarda do princípio da concorrência é hoje de caráter universal, sendo imposto e recomendado por organizações internacionais - v. também o art.º 38.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de julho), sejam praticados "*atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência".*

Estamos aqui perante conceitos indeterminados que a entidade administrativa deve preencher com recurso a factos. Quer isto dizer que a entidade administrativa (nestes casos a entidade adjudicante) se tiver razões para crer que algum concorrente está a falsear as condições normais de concorrência deverá invocar os factos pertinentes para que possa não receber a proposta ou candidatura.

É o caso, por exemplo, de duas ou três concorrentes apresentarem preços tão baixos – por exemplo, preços abaixo do custo de produção - que seria impossível os mesmos serem oferecidos pela generalidade das empresas. Nestes casos a entidade adjudicante, se tiver suspeitas de conluio ou de intenção de alguma empresa concorrente oferecer preços ou condições impossíveis de serem acompanhados pela concorrência, deverá invocar tais factos e rejeitar a proposta ou propostas.

Do mesmo modo, e no caso da alínea f) do art.º 96.º referido - neste caso, porém, as propostas já foram recebidas e a "forte presunção de conluio" é conhecida já posteriormente – é necessário que a entidade adjudicante reúna e invoque factos convincentes da existência de conluio. (Imagine-se, por exemplo, que tinha sido aberto um concurso público para aquisição de bens com determinadas caraterísticas técnicas, convidando-se os concorrentes a apresentarem o melhor preço. No concurso, todos os concorrentes apresentaram elevado preço, muito semelhante, tendo-se apurado que todos eles haviam antecipadamente acordado na apresentação desses preços).

*

De qualquer forma, as duas situações são totalmente distintas e com distintos efeitos relativamente ao concurso.

Assim, o art.º 5.º refere-se à rejeição de propostas, enquanto o art.º 96.º se refere à não adjudicação, o que significa que, enquanto no 1.º caso, o concurso pode continuar, ainda que alguma proposta seja rejeitada (salvo se forem todas rejeitadas), no 2.º caso o concurso fica frustrado, pois não haverá adjudicação.

Na verdade, o art.º 96.º prevê a situação em que, devido à verificação de qualquer dos factos nele referidos não haverá adjudicação.

A lei aqui é clara: "*o dono da obra tem o direito de não adjudicar*", o que significa que fica ao critério da entidade adjudicante "adjudicar ou não".

Diferente é a redação do n.º 1 do art.º 5.º no qual se refere *"devendo ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas"*.

Desta diferente redação concluiu o TUI que, no 1.º caso se *"impõe a rejeição das propostas e candidaturas"* e no segundo se *"concede ao dono da obra o direito de não adjudicar a empreitada (ou de adjudicar, consoante entenda melhor servir o interesse público)"*.

*

Ora, com o devido respeito, os n.ºs 1 e 2 do art.º 5.º citado distinguem dois momentos:

Na verdade, de acordo com o n.º 1 do art.º 5.º: *"São proibidos todos os atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência, devendo ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas como sua consequência"*.

Mas, para que tal rejeição possa ter lugar necessário é que a entidade adjudicante possua elementos (factos) suficientes – prova de "atos ou acordos *suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência"*.

No caso concreto a entidade adjudicante não rejeitou as propostas, o que significa que tais atos ou acordos não eram por si conhecidos e, por isso, não rejeitou as propostas.

O procedimento prosseguiu e foi efetuada a adjudicação, pelo que essa situação cabe no n.º 2 do mesmo artigo 5.º segundo o qual: " *Se de um ato ou acordo*

lesivos da concorrência tiver resultado a adjudicação de uma empreitada, deve ser suspensa a sua execução, seguindo-se o procedimento previsto no artigo 209.º, salvo se a autoridade competente decidir fundamenta-damente de outro modo".

Quer isto dizer que, se posteriormente à adjudicação, for conhecido ato ou acordo suscetível de falsear as condições normais de concorrência – e adiantando, desde já se dirá que no caso do acórdão nem sequer existe ou foi levado ao probatório qualquer ato ou facto desses, como veremos - a entidade adjudicante pode não anular a adjudicação entretanto efetuada.

Com efeito, o art.º 209.º citado no n.º 2 supra refere-se ao direito de rescisão do dono da obra, mas como se vê do mesmo n.º 2, a autoridade competente pode decidir fundadamente de outro modo, isto é, pode não rescindir o contrato.

4. De todo o modo, ainda que a tese do acórdão tivesse fundamento, a matéria de facto dada como provada não conduziria à procedência dos recursos.

Vejamos porquê.

4.1. Repetindo mais uma vez o que referem o n.º 1 do art.º 5.º e o art.º 96.º, alínea f), "São proibidos todos os *atos* ou *acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência..." e* "Quando haja forte presunção de conluio entre os concorrentes*, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 5.º",* e como se refere no próprio acórdão "*para que a rejeição das propostas seja oponível ao dono da obra tem de estar feita a prova de prática de quaisquer atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência e não apenas de conluio entre os concorrentes.*

Para que o dono da obra tenha o direito de adjudicar ou não adjudicar a empreitada, basta haver forte presunção de conluio entre os concorrentes".

Ora, como a entidade adjudicante não encontrou nenhum obstáculo à adjudicação, a mesma foi efetuada, o que significa que, a ter existido recurso do ato de adjudicação com fundamento nas normas citadas e transcritas, deveria a recorrente vencida no concurso ter alegado e provados quais os "*atos* ou *acordos* suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência..."

4.2. O probatório do acórdão consta apenas do seguinte:

1- Em 17AGO2016, foi publicado no B.O. o anúncio do concurso público para a empreitada de construção de habitação social de Mong Há – Fase 2 e de Reconstrução do Pavilhão Desportivo de Mong Há;

2- Cinco concorrentes foram admitidos no concurso, entre os quais se encontrava o ora recorrente;

3- O concorrente n.º 1 é um consórcio formado por Companhia de Construção Cheong Kong Limitada e Long Cheong – Construções e Engenharia,

Limitada;

4- O concorrente n.º 2 é um consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada;

5- A Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada, integrante do consórcio n.º 1, tem como sócio e único administrador A;

6- A Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada, integrante do consórcio n.º 2, tem como sócios e administradores A e o seu cônjuge B;

7 - A proposta apresentada pelo consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada é assinado por A, enquanto administrador representante da Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada;

8- A proposta apresentada pelo consórcio por Companhia de Construção Cheong Kong Limitada e Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada é assinado por A, enquanto administrador representante da Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada;

9- De acordo com o relatório de análise de propostas, o consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada, o consórcio formado por Companhia de Construção Cheong Kong Limitada e Long Cheong – Construções e Engenharia, Limitada e o ora recorrente foram, respetivamente, classificados em 1.º, 3.º e 4.º lugar; e

10- Por despacho do Senhor Chefe do Executivo proferido em 29 NOV 2016, a empreitada foi adjudicada ao 1º classificado ou seja, o consórcio formado por Companhia de Construção de Obras Portuárias Zhen Hwa, Limitada e Companhia de Construção & Engenharia Shing Lung, Limitada;

Perante este probatório e a interpretação dos artigos acima transcritos, o TUI limitou-se a argumentar e a concluir o seguinte "No caso dos autos não vem impugnado o entendimento de que existem atos, subjacentes às propostas dos dois concorrentes em causa, suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência, o que integra a previsão do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M. Donde, as propostas tinham de ser rejeitadas, como decidiu o acórdão recorrido".

Donde, as propostas tinham de ser rejeitadas, como decidiu o acórdão recorrido.

4.3. Confessamos que não compreendemos esta passagem e a sua relevância para o processo e para a decisão, na medida em que, como já referimos, o probatório não contém qualquer facto suscetível de integração nas normas em

causa.

O que se pretendeu dizer com "*não vem impugnado o entendimento de que existem atos, subjacentes às propostas dos dois concorrentes em causa, suscetíveis de falsear as* condições normais de concorrência"?

É claro que a adjudicatária – que nem intervenção teve nestes processos judiciais - nada tinha que impugnar pois não existem factos a provar o falseamento da concorrência.

Do mesmo modo, a entidade adjudicante nada tinha que impugnar porque também não foi confrontada com factos que lhe coubesse impugnar.

Será que, com tal frase se pretendeu dizer que não foi impugnado que as duas concorrentes eram administradas pela mesma pessoa, ou que foi a mesma pessoa a assinar as propostas dos dois consórcios, partindo do princípio que esse simples facto se integraria no art.º 5.º, n.º 1?. A ser assim, impunha-se fundamentação adequada, já que esse fundamento não consta da lei e necessário é demonstrar como é que esse simple facto "falseia a concorrência".

A ser assim, deveria o acórdão fundamentar as razões pelas quais esses factos se enquadravam, no citado art.º 5.º.

*

É certo, conforme se escreveu no *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, de 01.06.2006* que tendo duas das empresas concorrentes a um concurso público de concessão e exploração como único sócio e gerente a mesma pessoa, entre elas não pode haver concorrência, pelo que se impõe a respetiva exclusão do concurso; mas é certo também que "*O facto de duas concorrentes ao mesmo procedimento concursal apresentarem os mesmos sócios e gerentes não traduz, por si só, falseamento das regras da concorrência; é perante as circunstâncias concretas do caso que terá de se avaliar se tal sucedeu". Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26.11.2015 - Processo:012542/15* -Secção: CA-2.º JUÍZO)

Portanto, se a lei não proíbe a apresentação a concurso, o seu afastamento implica a exigência de fundamentação legal válida para o efeito. E repare-se ainda que as sociedades em causa até estavam integradas em consórcios, o que é diferente de concorrerem separadamente cada uma por si. Os acórdãos em causa, nem sequer se debruçaram sobre essa questão, ignorando completamente as outras empresas dos consórcios as quais, tanto quanto resulta do presente acórdão nem sequer foram chamadas aos processos judiciais.

Diferente seria se a mesma empresa concorresse em dois consórcios. Nestes casos, a lei portuguesa, por exemplo, determina o seguinte: "*Os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento, nos termos do disposto nos artigos anteriores, nem integrar outro agrupamento candidato ou outro*

agrupamento concorrente (art.º 54.º, n.º 2 do Código de Contratos Públicos).[4]

Ora, no caso concreto, o que se passou foi que

-A Long Cheong –Construções e Engenharia, Limitada, integrante do consórcio n.º 1, tem como sócio e único administrador A e A Companhia de Construção e Engenharia Shing Lung, Limitada, integrante do consórcio n.º 2, tem como sócios e administradores A e o seu cônjuge B;

Estamos, portanto, perante entidades distintas, sendo por demais sabido que as sociedades constituem entidades distintas dos sócios e nenhuma norma regulando contratação pública proíbe a apresentação a concurso de sociedades com os mesmos sócios ou administradores.

5. Aqui chegados iremos tecer mais algumas considerações, com vista a demonstrar que, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência portuguesas, que aqui podem ser seguidas porque as normas jurídicas a interpretar são semelhantes, o requisito da violação (falseamento) do princípio da concorrência não se satisfaz com meras abstrações ou suposições, antes exige factos demonstrativos de comportamento lesivo dessa mesma concorrência.

5.1. Repetindo aqui o que, oportunamente, escrevemos noutro local [5] *"... o respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.*

Donde resulta que para a formação de contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados"[6].

O princípio da concorrência é aqui entendido numa dimensão de igualdade concorrencial, no sentido de obrigar as entidades adjudicantes a usar procedimentos que permitam o acesso a todos os operadores económicos interessados e que revistam as condições legalmente exigidas, impondo-lhes ainda a obrigação de igual tratamento de todos os participantes no decurso do procedimento. Como

---

4 E, embora a lei de Macau seja omissa nessa matéria, deve seguir-se o mesmo entendimento porque nesse caso seria violada a lei da concorrência, já que daí resultaria a apresentação de duas ou mais propostas pela mesma entidade ou agrupamento.

5 João António Torrão**,** *Regime Jurídico da Contratação Pública na RAEM - Procedimentos Précontratuais, Breves* Notas, Fundação Rui Cunha/BNU, dezembro de 2016, págs. 46/47.

6 *Acórdão do Tribunal de Contas de Portugal n.º 40/2010, de 3 de novembro de 2010 – 1.ª S/SS - (Processo n.º 1303/2010).*

acima se referiu, a contratação pública é extremamente relevante em termos de valores económicos e financeiros, pelo que se procura permitir o acesso a este mercado dos vários operadores económicos[7-8].

Significa isto que a concorrência pode ser vista sob o prisma das entidades públicas adjudicantes, as quais não devem exigir requisitos absurdos ou outros que se destinem a evitar ou dificultar a possibilidade de o maior número de agentes económicos se apresentar aos concursos, mas também do ponto de vista dos agentes económicos que não devem entre si criar situações que impeçam ou dificultem também outros agentes económicos de concorrerem em condições de igualdade.

Na parte de que se ocupa o acórdão - direito da concorrência eventualmente violado pelo concorrente - quer as organizações internacionais, quer as autoridades nacionais (v., por exemplo*, Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas – OCDE*, fevereiro de 2009 e, em Portugal, o *Guia de boas práticas no combate ao conluio na contratação pública* - Autoridade da Concorrência de Portugal), estão atentas a esta realidade.

Estes fenómenos resultam, naturalmente de factos a que as entidades adjudicantes devem estar atentas.

***5.2**. Assim, podem constituir indício de conluio ou de violação das regras da concorrência, as seguintes situações:*

A) Indícios na apresentação de propostas:

Número de propostas substancialmente inferior ao habitual ou ao expectável.

Algumas empresas retiram-se inesperadamente do procedimento.

A proposta vencedora é recorrentemente da mesma empresa, e outras

---

7 *"... o objetivo igualitário do princípio da concorrência não consiste em igualizar os concorrentes ou os seus poderes de oferta, mas apenas igualizar as respetivas condições de participação: o cânone da igualdade, enquanto dimensão do princípio da concorrência (igualdade concorrencial), é orientado para o plano procedimental e não para o plano material ou do resultado" - Pedro Gonçalves – Direito dos Contratos Públicos, Almedina 2015, pág. 138/139.*

8 *"O princípio da concorrência "impõe, por um lado, que ninguém possa ser impedido de deduzir ou apresentar a sua candidatura em procedimento concursal pelo facto deste se mostrar disciplinado ou assente em exigências arbitrárias e, por outro lado, que cada candidatura apresentada seja avaliada de per si, ou seja, de acordo com os seus méritos e deméritos intrínsecos, sem que possam ou que sejam valoradas quaisquer situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos candidatos ou que exijam pronúncias ou emissões de declarações de vontade de entes terceiros que aqueles candidatos não controlem ou não possam controlar e que condicionam a possibilidade de candidatura ou interfiram com os critérios de avaliação das propostas".- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de Portugal, de 31.05.2013 – Processo: 01370/12.3BEBRG*

empresas continuam a submeter propostas apesar de não serem bem-sucedidas.

Padrão de rotatividade da proposta vencedora entre os concorrentes.

Padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras.

Concorrentes habituais não apresentam propostas num procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer em outros procedimentos.

Empresas apresentam propostas conjuntas, apesar de terem condições para apresentar propostas individuais.

Propostas diferentes que apresentam:

os mesmos erros (*e.g*., erros ortográficos, gramaticais ou de cálculo); as mesmas lacunas face à informação requerida; a mesma terminologia, em particular quando atípica; a mesma formatação, grafia ou correções de última hora; o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto; carimbos de registo postal idênticos ou datas de receção, em mão, coincidentes ou, em caso de envio *online*, os mesmos endereços IP.

B)Padrões suspeitos nas condições comerciais das propostas

Propostas diferentes com preços idênticos, em particular quando se mantêm idênticos durante um longo período de tempo.

Subidas uniformes de preços não explicadas por variações de custos.

Alinhamento súbito dos preços entre concorrentes.

Descida de preços quando entra um novo concorrente ou quando participa um concorrente não habitual.

Diferença inexplicável ou muito significativa entre o preço da proposta vencedora e o das demais propostas.

Diferenças de preço entre propostas são percentagens fixas ou montantes fixos.

Flutuações significativas nos preços apresentados pela mesma empresa em procedimentos diferentes sem justificação nos custos.

Eliminação de descontos que tradicionalmente eram concedidos.

Propostas que apresentam números decimais onde seria de esperar números redondos.

Preços das diversas propostas bastante mais elevados do que as estimativas de custos da entidade adjudicante.

Empresas locais apresentam preços para serviços locais superiores aos preços para regiões mais distantes.

Empresas locais e não locais apresentam custos de transporte semelhantes.

Manifestas semelhanças na calendarização e nas rubricas de custos entre propostas.

C) Comportamentos suspeitos

Empresa vencedora subcontrata reiteradamente os demais concorrentes.

Empresa vencedora não aceita a adjudicação do contrato, vindo posteriormente a verificar-se que foi subcontratada.

Apenas alguns dos concorrentes no procedimento solicitam orçamento a um fornecedor imprescindível para o contrato em causa.

Vários concorrentes subcontratam as mesmas consultoras no apoio à elaboração de propostas. Uma empresa solicita os documentos do procedimento para si e para outro(s) concorrente(s).

Uma empresa entrega a sua proposta em conjunto com a(s) de outro(s) concorrente(s)[9].

5.3. Relativamente às propostas, podem também ocorrer as seguintes situações:

A) Propostas Fictícias ou de Cobertura.

As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos:

(1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido,

(2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou

(3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

B) Supressão de propostas.

Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceite. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

C) Propostas Rotativas ou Rodízio.

Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente

9 Transcrevemos aqui o que nesta matéria consta do *Guia de boas práticas no combate ao conluio na contratação pública* - Autoridade da Concorrência de Portugal, págs. 4 e 5.

a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respetivo tamanho.

D) Divisão do Mercado.

Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel[10].

6. Do que ficou escrito resulta que o "*falseamento das condições normais da concorrência*" a que se refere o art.º 5.º, n.º 1 e a "*forte presunção de conluio entre os concorrentes*" a que se refere a alínea f) do art.º 96.º, ambos do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de novembro (a esta "*forte presunção de conluio*" se refere também, como já acima referimos, o art.º 38.º, alínea c) do Decreto Lei n.º 63/85/M, de 6 de julho), tem de resultar da prova de factos como os acima referidos, dos quais se possa concluir pela violação (falseamento) das regras da concorrência.

Posto isto, para a decisão do recurso não bastavam os factos dados como provados e que apenas referem que duas diferentes empresas integrando consórcios diferentes, tinham o mesmo administrador (único no caso de uma concorrente e administrador com o seu cônjuge no caso de outra concorrente).

Que assim é, resulta hoje claramente da jurisprudência portuguesa e da União Europeia, em que até se vai mais longe, não afastando a possibilidade de apresentação de propostas por parte de empresas com os mesmos sócios e administradores ou de empresas coligadas.

Assim

6.1. *No Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 08/11/2010 -Processo: 05146/09 - Secção: CA-2.º JUÍZO,* escreveu-se: *"... a circunstância de duas sociedades juridicamente distintas e, consequentemente, com objetos negociais próprios e distintos uma da outra, se mostrarem estruturadas num modelo organizacional de "empresa de grupo" sob a forma jurídica de domínio total por parte de terceira sociedade que detém integralmente o capital social*

---

10 *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas* - OCDE, fevereiro de 2009, pág. 2.

de ambas, é fator que em si mesmo considerado *não* autoriza a subsunção no conceito normativo de *"práticas restritivas de concorrência" do art.º 53.º n.º 1 DL 197/99* por apresentarem candidaturas isoladas uma da outra com propostas separadas ao mesmo procedimento concursal.

É preciso algo mais.

É necessário que da prova produzida – prova sumária cautelar e prova ordinária nos autos principais – tendo por objeto o teor das propostas apresentadas a concurso, resulte evidenciado que entre as mencionadas sociedades em relação de domínio total (ou quase total) houve *troca de conhecimentos* sobre o conteúdo concreto de cada uma delas aquando da sua formulação preparatória, permitindo, seja à sociedade-mãe seja às empresas-filha concorrentes, avançar de forma articulada para o concreto concurso com "duas propostas", iludindo as regras de concorrência do mercado administrativo e potenciando fora do quadro do mérito relativo das respetivas propostas, as hipóteses de escolha de uma delas por parte da entidade adjudicante.

Neste quadro de *atuação concertada,* significa que as propostas não são *sigilosas* na perspetiva de todos os concorrentes, sendo *falseada a oposição entre concorrentes no mercado administrativo* (em ordem a identificar o particular contratante através da melhor proposta para o interesse público concreto, de acordo com as valorações próprias da função administrativa) pois, na retaguarda aquando da preparação das propostas, se concertaram interesses espelhados nos respetivos conteúdos, só do conhecimento de alguns e vedado ao restante universo de candidatos, o que necessariamente viola o princípio da igualdade na formação dos contratos públicos reportado ao momento da apresentação das candidaturas e que, a partir daí, inquina todos os atos jurídicos praticados no procedimento pelo júri concursal e entidade pública adjudicante, projetando-se na fase da celebração do contrato".

6.2. *Por sua vez, no Acórdão do mesmo Tribunal, de 05.12.2011 -Processo: 07536/11* ***-*** *Secção: CA- 2.º JUÍZO, e quanto a empresas que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, também se decidiu:*

> *"I – A existência de uma relação de domínio ou de grupo em que se encontrem certas empresas, não obsta, por si só, a que estas participem, simultaneamente, num mesmo procedimento pré-contratual, com propostas autónomas e distintas;*
> *II– Só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas em tal procedimento e perante a análise das propostas que apresentem se poderá avaliar se foi falseada a concorrência, não podendo esse juízo fundar-se numa mera presunção, decorrente daquela relação de domínio".*

Em sentido idêntico o Acórdão do STA, de 11.01.2011 – Processo n.º 851/2010, refere que:

> *"I - Não é proibida, só por si, a participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório, com propostas autónomas, de empresas que se encontram entre si numa relação de domínio ou de grupo.*
>
> *II - Só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas é que se terá de avaliar se foi falseada a concorrência, não se podendo fundar esse falseamento numa mera presunção decorrente da sua antecedente e originária relação de domínio".*

Argumentou-se neste acórdão, da forma seguinte:

O artigo 146.º, n.º 2, alínea o) do CCP manda excluir as propostas cuja análise revele alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 70.º do mesmo Código, que, por sua vez, estabelece na alínea g), entre essas situações, "*a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência.*"

Há, assim, que determinar o conteúdo do conceito de situações suscetíveis de influenciarem a concorrência, para aferir da ocorrência dessa situação no caso presente.

Tal determinação passa pela interpretação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11/6 (Lei da Concorrência), que aprovou o regime jurídico da concorrência, no qual, sob a epígrafe "práticas proibidas", se dispõe:"*1 - São proibidos 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 mercado nacional, nomeadamente as que se traduzam em ... ...*"

Dela resulta, claramente, que constitui uma prática proibida a prática concertada entre empresas, qualquer que seja a forma que revista, que tenha como objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no mercado".

E mais adiante:

"...Na verdade, a LC não estabelece qualquer presunção, que foi o que no fundo entendeu o acórdão recorrido, de que da simples relação de domínio entre as empresas resulte o falseamento das regras de concorrência, *antes exigindo que existam acordos, decisões ou práticas concertadas suscetíveis de falsear as regras da concorrência*, ou seja, situações reais e não meramente hipotéticas ou potenciais, que possam ser precisamente objetivadas como tendo levado a

prejudicar essa concorrência.

E foi também essas situações que o CCP visou evitar, tendo consagrado a *existência de fortes indícios*, que não significa outra coisa que não a deteção da existência de situações, no caso concreto, que tenham prejudicado efetivamente a concorrência. Esse prejuízo tem, pois, que resultar do real comportamento dos concorrentes no âmbito do concurso, não podendo resultar de meras hipóteses ou probabilidades. Tem que resultar de uma concertação, no caso concreto, suscetível de falsear as regras da concorrência, que não pode ser considerada preenchida com uma antecedente, porventura longínqua e duradoura situação jurídica, que opera no dia a dia das empresas e que não se sabe se influencia e em que medida influencia o exercício da sua atividade. A coligação das empresas em causa já vem de trás, não foi criada para este concurso, cujo serviço constituirá, seguramente, uma pequena parte da atividade das mesmas, pelo que, só por si, não indicia qualquer concertação. Ao invés, a sua exclusão é que podia configurar prejuízo da concorrência, perturbando, através da limitação do universo de concorrentes, a livre formação da oferta e da procura.

Impõe-se, assim, concluir que se não pode imputar qualquer violação do princípio da concorrência ao simples facto de ao concurso em causa terem concorrido duas empresas em relação de domínio ou de grupo, pois que a lei não estabelece qualquer presunção, nesse âmbito, resultante da sua situação de coligação, antes exigindo que a existência dos indícios da violação desse princípio, que têm de ser fortes, tenha de resultar de circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas.

Esta tem sido, aliás, a posição dominante da jurisprudência, conforme se pode verificar dos acórdãos do TCAS de 25/3/2010, 14/9/2010 e de 30/9/2010, proferidos nos recursos n.os 5806/09, 6482/10 e 6517/10, respetivamente)".

6.3. *Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26.11.2015 - Processo:012542/15* **-**Secção: CA-2.º JUÍZO

"II - O facto de duas concorrentes ao mesmo procedimento concursal apresentarem os mesmos sócios e gerentes não traduz, por si só, falseamento das regras da concorrência; é perante as circunstâncias concretas do caso que terá de se avaliar se tal sucedeu".

Argumentação:

Como referem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, o preceito em causa torna *"claro que os atributos e termos e condições das propostas, e estas mesmas, além de conformes (ou compatíveis) com as exigências das peças do procedimento, devem ser também compatíveis com os preceitos imperativos da lei ou regulamento respeitantes às atividades a desenvolver ao abrigo do*

contrato em causa ou ao próprio regime legal dessa espécie ou género contratual. Não deve pois uma proposta violar, por exemplo, por qualquer meio, as normas da Parte III do CCP, sobre o regime substantivo dos contratos administrativos. O que significa ter de excluir-se, num procedimento para aquisição de serviços de segurança, a proposta que apresente valores relativos a encargos sociais obrigatórios inferiores aos valores mínimos previstos na convenção coletiva de trabalho aplicável ou uma proposta donde constasse um termo inicial do prazo de execução da obra de empreitada diferente do que resulta do art. 362.º do CCP". E concluem: *"quando a lei se refere a "vinculações legais ou regulamentares aplicáveis", está a reportar-se não a vinculações de natureza pré-contratual (incluindo aquelas que constem do caderno de encargos), mas a regras de lei ou de regulamentos gerais (...), aplicáveis ao contrato, em si mesmo"* ("in" Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, págs. 939/940).

Como se refere no Acórdão do STA de 11/01/2011, proc. n.º 0851/10, ainda no caso das empresas coligadas, por força da relação de domínio ou de grupo existente entre elas, as mesmas "mantêm a sua autonomia jurídica, que subsiste em todas as situações em que a mesma não seja afastada por lei. E, no âmbito da contratação pública, o Código dos Contratos Públicos não a afastou, pois que consagrou uma definição de concorrente alicerçada no conceito tradicional de personalidade jurídica, estabelecendo que é concorrente a "pessoa", singular ou coletiva, que apresente uma proposta (artigo 53.º), pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o estabelecido no artigo 54.º), são pessoas autónomas com propostas autónomas".

Mas será que a circunstância de as duas concorrentes terem os mesmos sócios e gerentes traduz, por si só, a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência?

Citando uma vez mais o Acórdão do STA de 11/01/2011, diremos que "a LC não estabelece qualquer presunção (…) de que da simples relação de domínio entre as empresas resulte o falseamento das regras de concorrência, antes exigindo que existam acordos, decisões ou práticas concertadas suscetíveis de falsear as regras da concorrência, ou seja, situações reais e não meramente hipotéticas ou potenciais, que possam ser precisamente objetivadas como tendo levado a prejudicar essa concorrência.

E foi também essas situações que o CCP visou evitar, tendo consagrado a existência de fortes indícios, que não significa outra coisa que não a deteção da existência de situações, no caso concreto, que tenham prejudicado efetivamente a concorrência. Esse prejuízo tem, pois, que resultar do real comportamento dos concorrentes no âmbito do concurso, não podendo resultar de meras hipóteses ou probabilidades. Tem que resultar de uma concertação, no caso concreto, suscetível de falsear as regras da concorrência, que não pode ser considerada preenchida

com uma antecedente, porventura longínqua e duradoura situação jurídica, que opera no dia a dia das empresas e que não se sabe se influencia e em que medida influencia o exercício da sua atividade".

Esta é a interpretação correta da norma em análise, a qual, aliás, está de acordo com o entendimento do TJUE, designadamente no acórdão Assitur, de 19/5/2009.

O TJUE decidiu então que as causas de exclusão enunciadas no artigo 29.º da Diretiva n.º 92/50 do Conselho, de 18/6/1992, não são taxativas, podendo os Estados Membros estabelecer outras causas de exclusão que visem impedir a violação da concorrência; entendeu, porém, que o direito comunitário não permite uma disposição nacional que consagre uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, de participar de forma simultânea num mesmo concurso, sendo que só através da análise concreta do comportamento dessas empresas no âmbito do concurso e das propostas por elas apresentadas se pode aferir se houve ou não entre elas uma prática concertada violadora do princípio da concorrência.

Isto posto e sendo certo que, pelo facto de apresentarem a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes, as contrainteressadas não estavam impedidas de participar no procedimento concursal em causa nos autos, importa agora apreciar se os factos provados permitem concluir pela existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência".

O Tribunal conclui pela forma seguinte:

Tendo presentes os factos acima referidos, impõe-se concluir que as contrainteressadas conheciam as propostas mutuamente. Com efeito, pese embora as peças do procedimento não oferecerem minutas/"templates" para a "Nota Técnica sobre a Metodologia de Controlo de Gestão dos Prazos" e para a "Nota Técnica sobre a Metodologia de Controlo e Gestão da Qualidade", o certo é tais documentos apresentados pelas contrainteressadas são exatamente iguais, incluindo os erros ortográficos. Como iguais são os preços mensais por elas indicados nas respetivas propostas para as 34 Zonas definidas no Anexo I do Caderno de Encargos. Como igual é a parte introdutória dos documentos designados por *"Nota Introdutória da Proposta ……., Lda"* e *"Apresentação da Proposta da ……., Lda"*. Acresce que, as propostas apresentadas pelas duas contrainteressadas foram assinadas eletronicamente por Maria …….

Resulta destes factos que a confidencialidade das propostas não estava assegurada, na medida em que pelo menos aquela sócia gerente conhecia as duas propostas antes da sua abertura pública, propostas essas em tudo idênticas.

Existem, pois, fortes indícios de práticas concertadas entre as contrainteressadas na elaboração e apresentação das suas propostas, as quais são

suscetíveis de falsear as regras da concorrência, o que determina a sua exclusão nos termos do disposto no artigo 70.º, n.º 2, al. g) do CCP."

6.4. Outra jurisprudência relevante nesta matéria:

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)
19 de maio de 2009
«Diretiva 92/50/CEE – Artigo 29.°, primeiro parágrafo – Contratos públicos de serviços – Legislação nacional que não autoriza a participação, de maneira concorrente, num mesmo processo de adjudicação de sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou de influência importante»

No processo C538/07, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.° CE, apresentado pelo Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Itália), por decisão de 14 de novembro de 2007, entrado no Tribunal de Justiça em 3 de dezembro de 2007, no processo

Assitur Srl
contra
Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,
sendo intervenientes:
SDA Express Courier SpA,

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

O artigo 29.°, primeiro parágrafo, da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que não obsta a que um EstadoMembro preveja, além das causas de exclusão que esta disposição comporta, outras causas de exclusão destinadas a garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, com a condição de que tais medidas não ultrapassem o que é necessário para alcançar este objetivo.

O direito comunitário opõese a uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objetivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, de participar de forma simultânea e concorrente num mesmo concurso, sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso.

Tal legislação (disposição nacional), que se baseia numa presunção

inilidível segundo a qual as respetivas propostas de empresas associadas para um mesmo concurso foram necessariamente influenciadas uma pela outra, desrespeita o princípio da proporcionalidade, na medida em que não concede a essas empresas a possibilidade de demonstrar que, no seu caso, não existe um risco real de ocorrência de práticas suscetíveis de ameaçar a transparência e falsear a concorrência entre os proponentes (v., neste sentido, acórdãos de 3 de março de 2005, Fabricom, C21/03 e C34/03, Colect., p. I1559, n.os 33 e 35, e Michaniki, já referido, n.° 62).

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul
Processo: 06517/10
Secção: CA - 2.º JUÍZO
Data do Acórdão: 09/30/2010
Relator: PAULO CARVALHO
Descritores: CONCORRÊNCIA; DUAS EMPRESAS DO MESMO GRUPO.

Sumário: Em face do Ac. Assitur, é hoje evidente que o simples facto de duas empresas (que fazem duas propostas no mesmo concurso) fazerem parte do mesmo grupo económico, não é de per si motivo para as excluir, sem lhes permitir "demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso.".

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo
Processo: 01126/05
Data do Acórdão: 06/01/2006
Tribunal: 1.ª SUBSECÇÃO DO CA
Relator: ANGELINA DOMINGUES
Descritores: CONCURSO PÚBLICO; ATO DE NÃO ADJUDICAÇÃO; CONCORRÊNCIA; CONLUIO.

Sumário:

I - Tendo duas das empresas concorrentes a um concurso público de concessão e exploração como único sócio e gerente a mesma pessoa, entre elas não pode haver concorrência, pelo que se impõe a respetiva exclusão do concurso.

II - Não está fundamentado, nos termos legalmente exigíveis, o despacho que determina a não adjudicação em concurso público, invocando o art.º 57.º, n.º 1, b) do D.L. 197/99, de 8 de junho, sem aduzir razões concretamente esclarecedoras da existência de presunção forte de conluio entre as concorrentes.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte
Processo: 00931/11.2BEAVR

Secção: 1.ª Secção - Contencioso Administrativo
Data do Acórdão: 02/08/2013
"Sumário:

II.5 - não basta invocar que a sentença recorrida põe em causa os princípios da legalidade, da transparência, da justiça, da livre concorrência, da igualdade dos concorrentes e da imparcialidade;

II.6 - é imperioso que a Recorrente faça a necessária concretização fáctica.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte
Processo: 00289/13.5BEMDL
Secção: 1.ª Secção - Contencioso Administrativo
Data do Acórdão: 05/15/2014
"Sumário:

IV. O dever de fundamentação, particularmente nos procedimentos pré-contratuais, não prefigura mera ou descartável formalidade procedimental, mas antes o próprio cerne legitimador da decisão de adjudicação, sem a qual essa decisão se reconduz a uma arbitrariedade meramente autoritária, que não de uma autoridade assente na legalidade e racionalidade dos seus argumentos suscetível de apreensão, compreensão e sindicabilidade".

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte
Processo: 00592/12.1BEPNF
Secção: 1.ª Secção - Contencioso Administrativo
Data do Acórdão: 09/26/2013
Tribunal: TAF de Penafiel
Relator: José Augusto Araújo Veloso
Descritores: PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE DA PROPOSTA; PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA PRINCÍPIO DO FAVORECIMENTO CONCURSAL; ATRIBUTOS DA PROPOSTA; IMPOSSI-BILIDADE ABSOLUTA
"Sumário:

I. O princípio da concorrência visa preservar a finalidade do procedimento concursal, assegurando que as diferentes propostas cumpram as imposições e os limites referidos nas peças do procedimento, de modo a permitir uma plena comparação entre elas, de forma a resultar escolhida a melhor que o mercado forneceu".

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo
Processo: 0123/17.7BELSB
Data do Acórdão: 13-07-2021
Tribunal:1.ª SECÇÃO

Relator: ANA PAULA PORTELA
Descritores: RESTRIÇÃO; CONCORRÊNCIA.
Sumário:

I - Ocorre uma concertação suscetível de falsear as regras da concorrência, nos termos previstos nos arts. 70.º, n.º 2, al. g), do CCP e 09.º da Lei n.º 19/2012 quando se atenua ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado e restrição da concorrência entre empresas.

II - O que acontece quando existe uma relação de interdependência entre ambas as empresas já que os sócios são os mesmos, casados entre si, sendo o sócio marido sócio maioritário em cada uma das sociedades e as propostas e circunstâncias anteriores são suscetíveis de conduzir à restrição da concorrência.

Deste acórdão resulta com toda a clareza que o falseamento das regras da concorrência tem de ser aferido com base nas circunstâncias concretas de atuação das empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas não podendo a mesma basear-se em mera presunção decorrente de qualquer relação de domínio.

Ou seja, é necessário a prova de factos que permitam integrar aquele conceito, "nomeadamente, quando a mesma firma vence todos os concursos ou se parece desenhar um padrão em que cada firma presente nesse mercado vence o concurso à vez. Deverá ser considerado, ainda, suspeito o facto de um proponente apresentar propostas consideravelmente mais elevados nalguns concursos, do que em outros, não existindo justificação de tais opções. Existem, ainda, indícios importantes que se podem retirar do comportamento dos concorrentes a um procedimento de adjudicação. Deverá um júri considerar suspeitos procedimentos em que diferentes propostas contêm os mesmos erros de cálculo ou de ortografia, o mesmo aspeto gráfico...(João Moreira em: A cartelização em contratação pública - A exclusão de propostas suscetíveis de falsear a concorrência", in: Estudos de Contratação Pública, III, Coimbra, 2010, pág. 211).

Ainda sobre esta matéria e a necessidade de factos e da sua análise crítica para se poder concluir pela existência de "*fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*", diz-nos o Acórdão do mesmo STA, de 07.12.2023 -Processo n.º 0275/22.4BECTB:

"I – A adequada interpretação do que constituem os *"fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência,"* previstos no art.º 70.º n.º 2, al. g) do CCP, tem de reportar-se às características exigidas pelo direito e jurisprudência comunitários, devendo, pois, ser considerados como tal aqueles que se mostrem objectivos e concordantes no sentido da demonstração da falta de autonomia e independência das propostas – cfr. Acórdão TJUE proferido em 17/5/2018, Proc. C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324,

«Specializuotas transportas» UAB, n.º 37 "*No que respeita ao nível de prova exigido para demonstrar a existência de propostas que não são autónomas nem independentes, o princípio da efetividade exige que a prova de uma violação das regras de adjudicação de contratos públicos da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que estes sejam objetivos e concordantes e que os proponentes interligados estejam em condições de apresentarem prova em sentido contrário (v., por analogia, Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e o., C-74/14, EU:C:2016:42, n.º 37).*

III - Os múltiplos indícios recolhidos nos autos através da análise das propostas são claramente objetivos e concordantes, abrangendo, para além de aspetos formais, igualmente aspetos substanciais, decorrentes não apenas do facto de serem os mesmos os administradores de ambas as empresas, mas também do conteúdo do texto das propostas, as quais apresentam os parágrafos escritos da introdução inicial e da saudação final com uma redação absolutamente igual e os mesmos erros ortográficos, tudo indubitavelmente revelador da falta de autonomia e independência das mesmas – constituindo assim os fortes indícios a que se reporta o fundamento de exclusão constante do art.º 70.º n.º 2 al. g) do CCP.".

7. No âmbito da doutrina também Mário Esteves de Oliveira,[11] nos diz o seguinte:

"Na verdade, se duas sociedades ligadas entre si por relações dessas apresentarem propostas isoladas e independentes, uma mais fraca, outra melhor, não deriva daí qualquer prejuízo, seguramente para a entidade adjudicante, pois que a proposta escolhida para a adjudicação e ordenada em primeiro lugar, de entre as duas, será sempre a melhor, nunca a outra. E se, porventura, ficassem ambas nos dois primeiros lugares da avaliação e a melhor fosse retirada, não só estaria a denunciar-se com isso o propósito de falseamento da concorrência - levando a que se excluíssem as duas propostas apresentadas e a que se lhes aplicasse as sanções regulatórias previstas -, como teria ainda que indemnizar-se a entidade adjudicante pelos prejuízos decorrentes da desistência do respetivo concorrente.

O que nos levaria então a concluir que, quanto a esta hipótese, o legislador pôs na letra da lei exatamente o que ia no seu espírito, quando proibiu que a pessoa ou empresa integrante de um agrupamento se apresentasse isolada ou agrupadamente com outra proposta a um procedimento pré-contratual, excluindo assim do âmbito de aplicação da estatuição legal do art. 54.º/2 - ou de qualquer outra norma similar do código - a participação isolada e separada de sociedades

11 Agrupamentos de Entidades Adjudicantes e de Candidatos e Concorrentes "in" Procedimentos de Contratação Pública", in "Estudos de Contratação Pública - II" - Organização: Pedro Gonçalves, 2010, págs. 129-1.

ligadas por relações de domínio total ou quase total. O que significa que, salvo em casos excecionais - como quando haja uma fase de negociação das propostas, a que não podem, claro, aceder as duas empresas ligadas por relações dessas -, estas hipóteses devem resolver-se em função do recente (e não totalmente esclarecedor) acórdão "Assitur", proferido pelo TJCE em 19 de maio de 2009 (processo C-538/07), nos termos do qual o direito comunitário se opõe a uma disposição nacional que, embora prosseguindo os objetivos legítimos da igualdade de tratamento dos proponentes e da transparência no âmbito dos processos de adjudicação dos contratos públicos, instaure uma proibição absoluta, para as empresas entre as quais exista uma relação de domínio ou que estejam associadas entre si, de participar de forma simultânea e concorrente num mesmo concurso, sem lhes dar a possibilidade de demonstrar que a dita relação não teve influência sobre o seu comportamento respetivo no âmbito desse concurso".

Embora sem referência expressa a casos de lesão da concorrência, *Miguel Marques de Carvalho*[12] diz-nos também o seguinte: "Ora, o conluio[13] entre as empresas *concorrentes pode desvirtuar por completo o propósito da promoção da concorrência em procedimentos contratuais de entidades públicas. Segundo estimativas conservadoras, este tipo de práticas em mercados de contratação pública inflaciona os preços em cerca de 20% relativamente aos níveis de pelos em ambiente concorrencial.*

E mais adiante:

"Também no quadro dos poderes de supervisão,[14] cabe-lhe uma tarefa de advocacy*, que passa sobretudo pela sensibilização das entidades públicas para os riscos e indícios de cartelização em procedimentos de contratação. Nesse sentido, a divulgação junto dessas entidades de categorias-tipo de indícios de comportamentos colusivos, de forma a facilitar a sua deteção ainda na fase da escolha do adjudicatário, reveste-se da maior importância."*

8. Aqui chegados é possível concluir o seguinte:

A) A lei não proíbe explicitamente duas sociedades distintas, em que um dos administradores é comum, de se apresentarem a concurso público de empreitada de obras públicas ou de fornecimento de bens e serviços, em consórcios distintos, não se podendo daí retirar qualquer presunção da violação (falseamento) das

12 O risco de colusão em contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência e a revisão do Código dos Contratos Públicos, "in" Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos AAFDL Editora, 2018, 1.ª reimpressão, págs. 95/96.

13 Usando-se para exprimir o mesmo fenómeno também os termos "colusão", "colusão explícita" e "cartel".

14 Da Autoridade da Concorrência Portuguesa.

regras da concorrência.

B) O falseamento das regras da concorrência a que se refere o art.º 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, só pode constituir fundamento da não-aceitação de propostas desde que a entidade adjudicante invoque e prove factos dos quais se possa concluir da existência de violação (falseamento) das regras de concorrência;

C) No caso concreto, a entidade adjudicante não teve dúvidas sobre a inexistência da violação dessas regras, de tal modo que até adjudicou a obra a um dos consórcios em causa no acórdão;

D) Tendo a concorrente vencida o direito de impugnar a decisão da entidade adjudicante, cumpria-lhe alegar e provar factos dos quais se pudesse concluir pela violação (falseamento) das regras da concorrência;

E) Dado que do probatório não constam quaisquer factos, porventura, integráveis no conceito indeterminado de "atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais da concorrência", o recurso não merecia provimento, sendo até certo que não consta do acórdão que as concorrentes integrando os consórcios em causa tenham tido oportunidade de se pronunciar sobre a matéria do mesmo.

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO SELECCIONADOS POR REVISÃO POR PARES

Peer Review Postgraduate Studies

ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PROBLEMAS RELACIONADOS COM A ARBITRABILIDADE OBJECTIVA – O REGIME JURÍDICO DE MACAU

Voluntary arbitration in administrative contracts: problems related to objective arbitrability - the Macau legal system

Amiel Janja
Aluno de Mestrado, Ciências Jurídicas, Língua Portuguesa, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: Em Macau, admite-se o recurso à arbitragem voluntária, mecanismo extrajudicial, para resolução de litígios resultantes de Contratos Administrativos (alínea 1) do artigo 77.º da Lei de Arbitragem de Macau, aprovada pela Lei n.º 19/2019). No entanto, julga-se que a determinação do âmbito da arbitrabilidade objectiva nos contratos administrativos, salvo melhor opinião, não é feita apenas por recurso às normas constantes na Lei de Arbitragem (o regime actual é insuficiente e abstracto – não estabelece critérios de determinação), devendo-se igualmente socorrer das normas de Direito Administrativo (artigo 175.º do Código do Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M). Deste modo, atendendo que no contrato administrativo são praticados actos negociais e actos administrativos, conclui-se que a arbitragem em contratos administrativos limita-se aos actos negociais, afastando a sua aplicação quando

* Amiel Abdul Carimo Alide Janja, e-mail: amieljanja99@gmail.com.

estejam em causa actos administrativos, com a excepção dos actos administrativos "*imperfeitos ou impróprios",* referentes à interpretação e validade das cláusulas contratuais, já que estes são meros actos opinativos que não são definitivos e executórios (artigo 173.º do Código do Procedimento Administrativo de Macau).

Palavras-chave: Arbitragem; contratos administrativos; actos administrativos; actos negociais; actos opinativos; limites.

Abstract: In Macau, the use of voluntary arbitration, an extrajudicial mechanism, is allowed to resolve disputes arising from administrative contracts (article 77*(1)* of the Macau Arbitration Law, approved by Law No. 19/2019). However, we believe that determining the scope of objective arbitrability in administrative contracts, unless there is a better judgement, should not be done solely by resorting to the rules contained in the Arbitration Law (the current regime is insufficient and abstract - it does not establish criteria for determination), but should also rely on the rules of Administrative Law (article 175 of the Macau Code of Administrative Procedure, approved by Decree-Law No. 57/99/M). Thus, given that administrative contracts involve both negotiation and administrative acts, it can be concluded that arbitration in administrative contracts is limited to negotiation acts, excluding its application when administrative acts are involved, with the exception of "*imperfect or improper*" administrative acts relating to the interpretation and validity of contractual clauses, since these are merely opinionated acts that are not final and enforceable (article 173 of the Macau Code of Administrative Procedure).

Keywords: Arbitration; administrative contracts; administrative acts; negotiation acts; opinion acts; limits.

1. Notas Introdutórias sobre Contratos Administrativos

1.1. O Surgimento do Contrato Administrativo e Suas Razões

Inicialmente, antes de efectuar o estudo sobre a temática que se pretende debruçar, urge, rapidamente, tecer algumas considerações preliminares sobre o contrato administrativo, tal como estabelecido em epígrafe.

Deste modo, sem muitos rodeios, o contrato administrativo nasceu em França entre os finais do séc. XIX e inícios do séc. XX[1], onde se espalhou,

1 A administração pública passou a celebrar diversos contratos com particulares, com destaque

seguidamente para países como Espanha e Portugal, bem como para países sul-americanos, passando-se a criar uma *teoria dos contratos administrativos* – fortemente propagada nos países em que vigora o sistema de administração do tipo francês (a administração de poderes executivos)[2].

DIOGO FREITAS DO AMARAL[3] entende que o surgimento do contrato administrativo deveu-se a necessidade sentida pelos serviços públicos de fazer funcionar os mais importantes serviços de carácter económico (transportes colectivos e iluminação das urbes), por um lado; a falta de provisão suficiente dos poderes públicos de assegurarem directamente a satisfação destes serviços, por outro lado; e a não dominância do princípio da não intervenção do Estado na actividade económica, a qual propiciou o desenvolvimento de vários contratos, designadamente o contrato de concessão, fornecimento e empreitada, celebrados entre a administração pública e entidades privadas. Nas palavras de LUCIANO BENETI TIMN e THIAGO TAVARES DA SILVA[4], com o contrato administrativo

---

para os de empreitada, concessão e fornecimento. Inicialmente estes contratos eram tidos como contratos de natureza privada, todavia tal concepção começou a ser abandonada, em virtude das transformações ocorridas em meados do Séc. XIX, que viriam a alterar profundamente este entendimento e formar a convicção de que todos os contratos que a administração pública celebrava eram da mesma natureza, distintos dos contratos de natureza privada. Nestes contratos, havia a possibilidade de a administração pública efectuar a modificação unilateral com base nas exigências da época. Os exemplos mais sonantes são os três casos ocorridos na França em 1902, 1910 e 1916. Em todos estes casos a administração pública tinha celebrado com privados contratos de concessão. Para o primeiro caso, ocorrido em 1902, a celebração do contrato destinava-se a iluminação da via pública a gás. No entanto, com a descoberta da electricidade, a câmara municipal impôs unilateralmente ao concessionário a obrigação de disponibilizar uma iluminação eléctrica – com fundamento no progresso e no interesse público existente. Assim, emergido o litígio e conduzido ao conselho do Estado francês, o mesmo viria a dar razão à administração pública. No segundo caso, ocorrido em 1910, a câmara municipal impôs ao concecionário a criação de novas linhas de tráfego não previstas inicialmente no contrato, e, para tanto, argumentou que os interesses públicos assim o impunham. Ora, depois de submetida à jurisdição mais alta do contencioso administrativo, veio também atribuir razão ao município. Por fim, relativamente ao caso de 1912, como consequência da guerra mundial então em curso, o carvão sofreu uma grande subida de preço e os concessionários de serviços de iluminação a gás invocaram a *insustentabilidade na execução* dos contratos que haviam sido celebrados. Chamado a intervir, o conselho de Estado francês viria, diferentemente das situações anteriores, a dar razão, desta vez, aos privados. Em todas situações entendeu, a doutrina, que tinha sido feita a aplicação do *princípio do equilíbrio financeiro do contrato*, em caso de modificação do respectivo conteúdo, princípio inexistente no direito civil (pelo menos naquela época) – Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol II, 4.ª ed, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 451- 452.

2 *Ibidem*, pp. 451-452.

3 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.,* pp. 451-452.

4 No mesmo sentido, LUCIANO BENETTI TIMM e THIAGO TAVARES DA SILVA, *Os*

"*concepções antigas do direito administrativo ligadas ao século XIX dão lugar a inovações jurídicas das quais antes não se visualizava qualquer possibilidade.*".

1.2. Enquadramento Legal e Conceito de Contrato Administrativo

A premissa inicial a tomar em conta é que os contratos administrativos não são contratos de direito privado, na medida em que não são celebrados ao abrigo do exercício de actos de gestão privada[5] pela administração pública. Os contratos administrativos são celebrados no âmbito de poderes de gestão pública[6] e obedecem a procedimentos legais pré-estabelecidos[7] (artigo 170.º do Código de Procedimento Administrativo de Macau, doravante designado apenas por CPA-M, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M).

O contrato administrativo é definido por lei como "*o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa.*". – Cfr. n.º 1 do artigo 165.º do CPA-M. Este é celebrado por órgãos que integram a pessoa colectiva pública no âmbito das suas atribuições, salvo se por lei ou por natureza da própria relação estabelecida, estiver vedada a possibilidade de celebração (artigo 116.º do CPA-M). Portanto, em Macau vigora o *princípio da permissibilidade do recurso à forma jurídica do contrato administrativo*[8], limitado pelo *princípio da legalidade* (n.º 1 do artigo 3.º do CPA-M).

O contrato administrativo, a par do acto administrativo, visam a satisfação do interesse público (artigo 4.º do CPA-M). LUCIANO BENETI TIMN e THIAGO TAVARES DA SILVA[9] defendem a ideia de que os contratos administrativos

---

Contratos Administrativos e a Arbitragem, in Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. VIII, Série 29 (2011), pp. 43 – 59.

5 Sobre a definição de actos de gestão privada - cfr. o Ac. do STA de 29.04.2004, do Proc. n.º 01537/03, que estabelece que são actos de gestão privada os "*que o Estado ou a pessoa colectiva pública intervém como um simples particular despido do seu poder público*.".

6 Sobre a definição de actos de gestão pública cfr. o Ac. do STA de 29.04.2004, do Proc. n.º 01537/03, que estabelece que são "*actos de gestão pública os praticados no exercício de uma função pública para os fins de direito público da pessoa colectiva pública, isto é, o regido pelo direito público e, consequentemente, por normas que atribuem à pessoa colectiva pública poderes de autoridade.*"

7 Neste sentido se posicionam LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *Código de Procedimento Administrativo de Macau, Anotado e Comentado,* Fundação Macau, Macau, 1998, pp. 903-904; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 445.

8 Neste sentido, LINO JOÃO BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.,* pp. 903-904.

9 Neste sentido LUCIANO BENETTI TIMM e THIAGO TAVARES DA SILVA, *ob. cit.,* pp. 43-59.

permitem a rentabilização dos recursos económicos públicos, reduzindo custos de transacção oriundos de actos administrativos, serve de ponto fio para alavancar investimentos, sejam estrangeiros ou não. Mas, mais do que isso, percebe-se que, aliados à origem do próprio contrato administrativo, o mesmo permite a eficiente satisfação das necessidades da colectividade, e não só, a satisfação dos interesses públicos com bens e serviços de qualidade que, em alguns casos, não são susceptíveis de serem eficazmente disponibilizados pelos serviços públicos, por um lado, devido à escassez de fundos económicos, por outro lado, devido à falta de qualificação produtiva para o efeito (falta de maquinaria própria, falta de matéria prima, falta de recursos humanos especializados).

Para o legislador macaense, são contratos administrativos os de empreitada de obras públicas[10]; de concessão de obras públicas[11]; concessão de serviços públicos[12]; concessão de exploração de jogos de fortuna e azar[13]; de fornecimento contínuo[14] e de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública (n.º 2 do artigo 165.º do CPA-M). No entanto, apesar de o legislador indicar apenas estas modalidades de contratos, LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO

---

10 O seu regime consta do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e no seu artigo 2.º se define o contrato de empreitada de obras públicas como um contrato administrativo destinado, mediante o pagamento de um preço, à realização de trabalhos de construção, reconstrução, restauro, reparação, conservação ou adaptação de bens imóveis, visando a satisfação de uma necessidade colectiva. Veja-se ainda a Ordem Executiva n.º 34/2000 – que fixa o valor das empreitadas de obras públicas acima do qual é obrigatória a presença de um representante do Ministério Público no acto público do concurso.

11 O seu regime consta da Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio, e se define na alínea *a)* do artigo 2.º, como aquele em que uma pessoa colectiva de direito público (o concedente) transfere para outra (cessionária) o poder de construir, por sua conta e risco, imóveis e instalações destinadas ao uso público, mediante o direito de as explorar em exclusivo (obter directamente dos utentes taxas para que estes utilizem o espaço).

12 O seu regime consta da Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio, e se define na alínea *b)* do artigo 2.º, como aquele em que uma entidade pública (cedente), transfere para outra (cessionária), o poder de exclusivamente montar e explorar, por sua conta e risco, os meios adequados a satisfação de uma necessidade pública individualmente sentida, tendo como contraprestação as taxas de utilização pagas pelos utentes.

13 O seu regime consta da Lei n.º 16/2001, parcialmente alterada pela Lei n.º 7/2022, que foi republicada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 121/2022. Neste contrato administrativo o particular fica encarregado de montar e explorar um casino de jogo, com a retribuição de poder receber as receitas do jogo.

14 O seu regime consta do Decreto-Lei n.º 122/84/M, de 15 de Dezembro, alterado e republicado pela Lei n.º 5/2021, de 24 de Maio; Decreto-Lei n.º 63/85/M de 6 de Julho. Neste contrato administrativo o particular se encarrega, por um período fixado, a prestar certos serviços e bens necessários ao funcionamento da administração.

DE PINHO[15], defendem que existem outros contratos administrativos fora do CPA-M. São esses o contrato de concessão de uso privativo de domínio público (artigo 11.º e 12.º da Lei n.º 6/86/M, de 26 de Julho); o contrato de concessão de bens de domínio público (artigo 26.º da Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio); o contrato de concessão de arrendamento de terrenos de domínio privado do território (Lei n.º 10/2013); e o contrato de desenvolvimento para a habitação (artigos 1.º, 7.º, 20.º e ss da Lei n.º 10/2011, posteriormente alterada pelas Leis n.os 11/2015 e 13/2020, republicada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 200/2020);

O Código de Procedimento Administrativo prevê os aspectos gerais dos contratos administrativos, cabendo ao legislador regulamentar os regimes especiais dos mesmos.

Feitas as considerações introdutórias sobre os contratos administrativos, de agora em diante falar-se-á sobre a temática central e específica que se pretende estudar: "*A arbitragem nos contratos administrativos: problemas relacionados com a arbitrabilidade objectiva - o regime jurídico de Macau.*".

2. A Arbitragem nos Contratos Administrativos – Regime Jurídico de Macau

2.1. Notas Introdutórias

Em Macau, o legislador prevê, de forma abstrata, a possibilidade do recurso à arbitragem voluntária nos litígios decorrentes de contratos administrativos (alínea *1)* do artigo 77.º da Lei da Arbitragem de Macau, doravante designada por LA-M, aprovada pela Lei n.º 19/2019).

No entanto, o dispositivo retromencionado limita-se a referir que existe a possibilidade do recurso à arbitragem nos contratos administrativos, sem mais desenvolvimentos (não há fixação de critérios)[16-17], o que levanta sérias dúvidas sobre o seu âmbito (será que são todos os tipos de actos decorrentes do contrato administrativo ou alguns deles?). Deste modo, torna-se necessário que o intérprete ou aplicador da lei socorra-se aos instrumentos administrativos em vigor, para

---

15 LINO JOÃO BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.*, pp. 918-919.

16 Da análise do Parecer da 1.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM, o Parecer n.º 5/VI/2019, não se encontram, com o devido respeito, fundamentos plausíveis que justifique esta opção legislativa do legislador macaense. – Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto cfr. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DA RAEM, *Parecer n.º 5/VI/2019 da Proposta de Lei da Lei de Arbitragem*, pp. 18-19 e 59-61.

17 E assim também era no regime anterior, cfr. alínea a) do artigo 39.º A, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 29/96/M.

efeitos de fixação do âmbito da arbitrabilidade objectiva[18-19].

2.2. Arbitrabilidade Subjectiva nos Contratos Administrativos

A temática referente à arbitrabilidade subjectiva nos contratos administrativos não é objecto de estudo da presente investigação, mas tal não significa que não mereça menção, ainda que breve ou genérica.

Dito isto, é valido supor que a questão da arbitrabilidade subjectiva não levanta tantos contornos ou problemas se comparada com a problemática relacionada com a arbitrabilidade objectiva dos contratos administrativos.

Assim, resulta da lei que qualquer pessoa colectiva pública, incluindo a RAEM, pode optar pela via arbitral para resolução de litígios decorrentes da execução do contrato administrativo, subscrita pelos seus respectivos órgãos com competência funcional para o efeito, salvo se, por imperativos legais, existir tal limitação por força de uma lei, ou da própria natureza da relação que se estabelece ou que pretende estabelecer (artigo 167.º e 175.º, ambos do CPA-M).

Ora, quando é a própria RAEM a pretender resolver os conflitos resultantes do contrato administrativo, a arbitragem só será vinculativa a si quando a convenção arbitral for assinada pelo Chefe do Executivo (n.º 1 do artigo 78.º da LA-M). Tratando-se das restantes pessoas colectivas de direito público, pelo respectivo dirigente máximo (n.º 2 do artigo 78.º da LA-M). Em todo o caso, pensa-se que este n.º 2 merece alguma ponderação, não sendo suficiente que se diga que é "dirigente máximo" (que em bom rigor conceptual administrativo será um órgão administrativo). O legislador foi, com o devido respeito, infeliz nesta redacção da LA-M. É necessário que o mesmo tenha competência funcional estabelecida por lei, regulamentos e estatutos aplicáveis à respectiva pessoa colectiva pública, que lhe permita vincular à arbitragem ao contrato administrativo celebrado pela pessoa colectiva de direito público, tendo sempre em consideração as atribuições (fins) desta pessoa colectiva (artigo 166.º do CPA-M).

2.3. Arbitrabilidade Objectiva nos Contratos Administrativos

A questão da arbitrabilidade objectiva nos contratos administrativos é

---

18 Em sentido idêntico se posiciona RUI MADEIROS e MARTA PORTOCARRERO, apesar de fazerem referência a um outro instrumento legal diferente da LA-M, o mesmo possuí redacção idêntica a LA-M. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto cfr. RUI MEDEIROS e MARTA PORTOCARRERO, *Capítulo 19: Arbitragem Administrativa*, in Kluwer Law International (2020), p. 373.

19 Em matéria dos contratos administrativos é inaplicável o critério geral da LA-M previsto no artigo 6.º, sobre a determinação da arbitrabilidade objectiva.

bastante complexa, dadas as especificidades do próprio direito administrativo, que não devem ser ignoradas.

Assim sendo, é certo que a ideia que emana dos contratos administrativos é o da existência de, à semelhança dos contratos civis, um acordo entre a entidade pública e a entidade privada (n.º 1 do artigo 165.º do CPA-M). No entanto, não se deve olvidar que nos contratos administrativos existem certos aspectos que o diferenciam do contrato civil e comercial, e, certamente, deve-se essencialmente ao escopo que cada um se propõe alcançar, já que, como é sabido, nos contratos administrativos o fim último da administração pública é o interesse público, e nos contratos de natureza civil ou comercial pretende-se obter um fim de natureza privada (v.g. lucros, aquisição de um bem para uso, etc). Nesta senda, LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO[20] defendem que nos contratos administrativos existe um "*regime exorbitante"* que se alicerça num interesse público que se pretende prosseguir, resultante da lei, que confere à administração pública poderes de autoridade, poderes estes que os particulares vinculados ao contrato administrativo não possuem.

A manifestação dos poderes públicos nos contratos administrativos verifica-se porque dentro dela são praticados também actos administrativos e não apenas actos negociais[21], pelo que a delimitação de actos negociais e actos administrativos resultantes do contrato administrativo é requisito imprescindível para que o litígio dele emergente seja submetido à arbitragem voluntária. Neste diapasão também se posicionam LINO JOSÉ RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO[22] ao defenderem que *"está excluído o recurso à arbitragem relativamente a actos administrativos respeitantes à execução, modificação, ou extinção do contrato.*".

---

20 LINO JOÃO BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob, cit.*, pp. 931-932. Em sentido diverso, entende RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA que não é correcto falar de regime exorbitante, já que este existe verdadeiramente nas situações extracontratuais estabelecidas pela administração, mas, reconhece que existem poderes de autoridade na execução do contrato administrativo, mas estes poderes são exercidos de forma excepcional e não como regra, pelo que quando se celebra o contrato administrativo as partes o celebram para durante a execução do mesmo praticarem actos negociais e não actos administrativos – RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Acto Administrativo Contratual*, in Centro de Justiça Administrativa, n.º 63 (Maio/Junho/2007), p. 11.

21 Neste sentido DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob, cit.,* p. 463; LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.*, pp 932-933; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.,* pp. 3-17; VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2015, pp. 324-328; Ac. do T.U.I. de 26.04.2023, Proc n.º 134/2020 e o Ac. do T.U.I. de 22.01.2020, Proc. n.º 80/2018.

22 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.,* p. 981;

Por outro lado, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA[23], entende que a protecção acrescida do legislador aos actos administrativos deve-se ao facto deste "*estar legalmente configurado como um título executivo, como documento suficiente para invocar uma dada situação jurídica e dotado de aptidão para, por si só, fundar uma actividade executiva, seja administrativa ou judicial. Ora, esta sua força ou função tituladora do acto administrativo, resultante do privilégio da formação unilateral do título executivo, é desconhecida dos actos privados, designadamente, dos actos negociais produto do exercício de um direito potestativo, constituindo, por isso, uma qualidade inédita do acto administrativo.*".

Mas então a questão que se coloca é a seguinte, como determinar a presença de um acto administrativo e de um acto negocial num contrato administrativo? Bem, defende-se a adopção do *critério da natureza e fonte de poderes de autoridade*[24], que estabelece que assumirão a natureza de actos administrativos, no contrato administrativo, os actos praticados no âmbito de uma previsão legal, que confere à administração pública poderes potestativos de autoridade pública (v.g. o artigo 167.º do CPA-M), e actos negociais quando os mesmos são praticados por habilitação contratual, ou mesmo por lei, contanto que a lei, neste caso, não confira a administração pública poderes de autoridade pública[25].

O critério retromencionado, salvo melhor opinião, efectua uma nítida separação de actos administrativos e actos negociais emanados no contrato administrativo, garantindo uma segurança jurídica, bem como o respeito pelo princípio da legalidade, constante no artigo 3.º do CPA-M[26].

Todavia, acolhem-se os argumentos apresentados por RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA[27], no sentido de que não se deve presumir que as relações contratuais administrativas são celebradas com vista a se praticarem

---

23 RODRIGUES ESTEVES DE OLIVEIRA, *Acto Administrativo Contratual*, in Centro de Justiça Administrativa, n.º 63 (Maio/Junho/2007), pp. 6-7.

24 Neste sentido LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *ob. cit.*, 1998, pp. 932-935; Acs. do S.T.A de 14.2.1974, do Proc n.º 8996; de 02.05.2002, do Proc n.º 593/02; de 04.10.2001, do Proc n.º 47 334; e de 31.10.1989, do Proc. 25 984; perfilhado parcialmente por RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 10.

25 Duas considerações. A primeira, os poderes da administração pública podem ser limitados por lei ou pela natureza do contrato, devido, neste caso, da incompatibilidade do exercício desses poderes com o contrato. – Cfr. n.º 1 do artigo 165.º do CPA-M. Por outro lado, quando os poderes da administração pública previstos no contrato coincidem com uma lei habilitadora, é nosso entendimento que os actos decorrentes do exercício desse poder devem ser tidos como actos administrativos e não actos negociais, já que a lei prevalece em relação ao conteúdo previsto no contrato.

26 Neste sentido se posiciona RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.,* p. 10.

27 *Ibidem,* pp. 10-16.

em regra actos administrativos. A ideia que se deve retirar é que estes poderes potestativos de autoridade pública conferidos por lei devem ser considerados como excepções salvaguardadas a favor da administração pública, caso o interesse público o exija. É com base nesta ideia, que por sinal tem amparo no sistema legal de Macau (alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, em conjugação com o artigo 175.º do CPA-M), que o legislador, salvo melhor entendimento, possibilita o recurso à arbitragem administrativa, porque tem ciência de que nos contratos administrativos praticam-se, em regra, actos negociais, pelo que estes devem ser susceptíveis de impugnação por via arbitral, só não o sendo, quando excepcionalmente digam respeito aos actos administrativos.

Feitas estas considerações, perfilha-se o pensamento de que não se veda a aposição de uma cláusula arbitral genérica num contrato administrativo que diga por exemplo: "*em caso de litígios decorrentes da execução, modificação e extinção do presente contrato, os mesmos serão submetidos à arbitragem."* O entendimento que se deve colher é o de que esta cláusula se aplica, apenas, aos actos negociais, mas já não aos actos administrativos, que são definitivos e exutórios[28].

Seguidamente, far-se-á uma análise sobre a complexa situação dos actos administrativos.

a) Actos relacionados com a celebração do contrato administrativo – há ou não a possibilidade de serem submetidos à arbitragem?

Relativamente a estes actos, julga-se que não devem, salvo melhor opinião, ser submetidos à arbitragem, já que estão fora do âmbito da arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, conjugado com o artigo 175.º do CPA-M. Para a celebração de um contrato administrativo, a formação do mesmo implica a adopção de um procedimento legal (pré-fixado por lei), que pode ser feito por via do concurso público, concurso limitado ou por ajuste directo e termina com a adjudicação do contrato (artigos 168.º, 169.º, 170.º, todos do CPA-M).

Portanto, a "*formação do contrato implica, normalmente, a prática de actos administrativos, que são impugnados por meio do recurso contencioso de anulação*[29]." Esta impugnação por via contenciosa será feita, em princípio, no tribunal administrativo[30], em primeira instância, sem prejuízo da possibilidade

28 Atenção, não se deve incluir na proibição do recurso à arbitragem quando há actos administrativos imperfeitos, que não são definitivos e executórios, como por exemplo os actos opinativos referentes à interpretação e validade das cláusulas contratuais (artigo 173.º do CPA-M), já que estes não têm força executória própria dos actos administrativos, constantes no artigo 136.º do CPA-M. Sobre este ponto falaremos com mais profundidade nas páginas subsequentes.

29 VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *ob. cit.*, pp. 324-325.

30 Fala-se em princípio no tribunal administrativo porque há situações em que o recurso ao contencioso é feito directamente no tribunal de segunda instância. São exemplos destas situações

de impugnação prévia por via de meios graciosos como a reclamação ou então recurso hierárquico, nos termos da lei[31] (n.º 2 do artigo 10.º, n.º 2 do artigo 27.º, n.º 1 e alínea 1) do n.º 2 do artigo 30.º, todos da Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, doravante designada LBOJ-M, aprovada pela Lei n.º 9/1999, republicada pela Lei n.º 4/2019, conjugado com os artigos 20.º e 21.º, ambos do Código do Processo Administrativo Contencioso de Macau, doravante denominado de CPAC-M, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M).

b) Actos relacionados com a interpretação e validade dos contratos administrativos – há ou não a possibilidade de serem submetidos à arbitragem?

Relativamente a estes actos, pensa-se que podem, salvo melhor entendimento, serem submetidos à arbitragem, por estarem dentro do âmbito da arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, conjugado com o artigo 175.º do CPA-M.

Portanto, se o contrato administrativo faz a previsão de uma cláusula que possibilita ao tribunal arbitral efectuar a interpretação do contrato ou que se possa pronunciar sobre a respectiva validade das cláusulas, é defensável que se proceda ao recurso à arbitragem[32].

Note-se que esta situação é bastante peculiar, já que os actos referentes à interpretação ou validade de cláusulas contratuais praticados pela administração pública são também actos administrativos, por força da lei. Mas assumem o carácter de actos administrativos *"impróprios"*, uma vez que estes "*não são definitivos e executórios, pelo que na falta de acordo do co-contratante, a administração pública só pode obter os efeitos pretendidos através de acção a propor no tribunal competente*." – Cfr. n.º 1 do artigo 173.º do CPA-M. Deste modo, são considerados por lei como "*actos opinativos."*

Sendo assim, é pacífico entender que os litígios decorrentes destes actos podem ser submetidos à arbitragem, e, caso uma das partes não concorde com a decisão tomada pelo tribunal arbitral, havendo fundamentos para tanto, pode recorrer para o tribunal administrativo, através de uma acção de anulação da decisão arbitral (artigos 64.º e 72.º, ambos da LA-M, conjugado com a subalínea 3) da alínea 3) do n.º 2 do artigo 30.º da LBOJ - M).

---

quando se pretende recorrer por via contenciosa para impugnar os actos administrativos praticados pelo chefe do executivo da RAEM, os actos administrativos emanados por órgãos da administração pública de categoria superior à de director de serviços; e todos aqueles referidos no n.º 8 do artigo 36.º da LBOJ-M.

31 Cfr. artigo 153.º do CPA-M, artigo 148.º do CPA-M.

32 Este posicionamento tem arresto no Ac. do T.U.I de 26.04.2023, do Proc n.º 134/2020.

c) Actos relacionados com o exercício do poder da administração pública modificar unilateralmente o conteúdo das prestações – há ou não a possibilidade de serem submetidos à arbitragem?

O legislador atribui à administração pública o poder de "*modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro.*" – Cfr. alínea a) artigo 167.º do CPA-M.

A possibilidade de se efectuar unilateralmente a modificação do conteúdo das prestações do contrato, direito potestativo de autoridade pública, que tem como fundamento o interesse público[33-34], não se limita, apenas, ao conteúdo das prestações, inclui também a modificação do modo de execução das prestações, tal como diz JORGE ANDRADE DA SILVA[35].

No entanto, é de salientar que a modificação unilateral encontra dois limites, designadamente: o objecto mediato (objecto da contratação) que não deve ser modificado - o que se modifica é a quantidade, condições técnicas, jurídicas, modelo, qualidade, etc[36]; e o respeito pelo equilíbrio financeiro, que significa necessariamente que as modificações devem estar aptas a cobrir os custos financeiros dela decorrente, evitando, naturalmente, o enriquecimento injustificado à custa da entidade privada, sob justificação do interesse público[37].

Deste modo, a modificação unilateral do conteúdo e o modo de execução das prestações é feita por meio de um acto administrativo[38], independentemente da previsão contratual, pelo que se considera afastada a possibilidade destes actos serem submetidos à arbitragem. Não se concordando com a legalidade deste acto, pode-se impugnar por via do recurso contencioso, que será, em princípio, através do tribunal administrativo, em primeira instância[39], sem prejuízo de, previamente,

---

33 LINO JOÃO BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.,* pp. 936-938; VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *ob. cit.,* p. 325.

34 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.,* p. 526.

35 JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 677.

36 Podem enquadrar-se nestas situações, ainda, a modificação do plano de trabalho no contrato de empreitada de obras públicas (n.º 1 do artigo 137.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro).

37 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO*, ob. cit,* p. 936.

38 Neste sentido se posicionam JORGE ANDRADE SILVA, *ob. cit.*, p. 677; LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *ob cit.*, p. 937; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit*, pp. 525-526.

39 Fala-se em princípio no tribunal administrativo, conforme referido anteriormente, porque há situações em que o recurso ao contencioso é feito directamente no tribunal de segunda instância, por exemplo quando se pretende recorrer por via contenciosa para impugnar os actos

o contraente privado socorrer-se dos meios graciosos, como a reclamação ou então o recurso hierárquico, nos termos da lei (n.º 2 do artigo 10.º, n.º 2 do artigo 27.º, n.º 1 e alínea 1) do n.º 2 do artigo 30.º, todos da LBOJ-M, conjugado com o artigo 20.º e 21.º, ambos do CPAC-M).

Portanto, quando a administração pública pratica actos administrativos com vista a modificar o conteúdo das prestações, pensa-se que não é possível, salvo melhor opinião, submetê-los à arbitragem caso não se concorde com o conteúdo apresentado, na medida em que se situam fora dos limites da arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, conjugado com o artigo 175.º do CPA-M.

d) Actos relacionados com o exercício do poder da administração pública dirigir o modo de execução das prestações contratuais – há ou não a possibilidade de serem submetidos à arbitragem?

Um outro poder potestativo de autoridade pública atribuído pelo legislador à administração pública é o que está relacionado com a direcção do modo de execução das prestações contratuais (alínea b) do artigo 167.º do CPA-M). Este poder de direcção, traduz-se na possibilidade que a administração pública tem de dar ordens e instruções sobre o modo de cumprimento das obrigações contratuais[40]. Sendo assim, entende DIOGO FREITAS DO AMARAL[41] que "*o contraente público, na medida em que o interesse público o exija, e esteja em causa um aspecto de execução do contrato que careça de regulamentação ou insuficientemente regulado, deve poder dizer, em última instância, «como quer o trabalho feito».".*

O mesmo autor considera que a amplitude deste poder é variável de tipo de contrato para tipo de contrato, sendo mais sonante no contrato de obras públicas, bem como no contrato de prestação de serviços e em certas concessões[42]. Por sua vez, LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, defendem que o exercício deste poder não é absoluto, ele encontra limites, por um lado, imposto pelas cláusulas do próprio contrato, por outro lado, determinado pelo dever de não onerar, dificultar ou impedir o cumprimento do contrato sem justo receio[43]. Mas diga-se, deve-se acrescentar mais um aspecto, o de não retirar a autonomia existente na entidade privada responsável pela execução do contrato.

---

administrativos praticados pelo chefe do executivo da RAEM, aos órgãos da administração pública de categoria superior à de director de serviços; e todos aqueles referidos no n.º 8 do artigo 36.º da LBOJ-M.

40 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e CÂNDIDO JOSÉ DE PINHO, *ob. cit.,* p. 939.

41 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit*., pp. 522 e 523.

42 *Ibidem,* p. 523.

43 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e CÂNDIDO JOSÉ DE PINHO, *ob. cit*, p. 939.

Ora, feitas estas considerações, é de concluir, salvo melhor juízo, que os poderes de direcção que a administração pública tem na execução do contrato são exercidos através de actos administrativos, que sendo definitivos, prejudiciais[44] e praticados a margem dos fundamentos legais, podem ser impugnados por meio do recurso contencioso, em princípio, pelos tribunais administrativos em primeira instância[45], sem prejuízo da utilização prévia de mecanismos graciosos como a reclamação ou recurso hierárquico, nos termos da lei[46] (n.º 2 do artigo 10.º, n.º 2 do artigo 27.º, n.º 1 e alínea 1) do n.º 2 do artigo 30.º, todos da LBOJ-M, conjugado com os artigos 20.º e 21.º, ambos do CPAC-M).

Deste modo, deduz-se que os actos administrativos referentes à direcção do modo de execução do contrato administrativo não são, salvo melhor opinião, susceptíveis de serem submetidos à arbitragem, por estarem fora dos limites da arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do 77.º da LA-M, conjugado com o artigo 175.º, do CPA-M.

e) Actos relacionados com o exercício do poder da administração pública rescindir unilateralmente os contratos por imperativo de interesse público devidamente fundamentado, sem prejuízo do pagamento de justa indemnização – há ou não a possibilidade da submissão à arbitragem?

Está-se diante da situação mais complexa, cuja previsão consta na alínea c) do artigo 167.º do CPA-M. Este comando legal permite que a entidade administrativa rescinda unilateralmente o contrato quando o interesse público o justifique, contanto que faça a devida fundamentação, expressa, clara, objectiva (alínea f) do n.º 2 do artigo 114.º, do CPA-M) e indemnize o contraente privado.

O fundamento único e exclusivo para o exercício deste poder de rescindir unilateralmente o contrato é o interesse público. Se o interesse público justificou a celebração do contrato, então a sua alteração substancial, justifica, também, na óptica do legislador, a não continuidade do mesmo[47].

Portanto, quando se procede à rescisão do contrato por motivos relacionados com o interesse público, pratica-se um acto administrativo, e este acto administrativo deve ser impugnado por via do contencioso administrativo[48-49],

---

44 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ DE CÂNDIDO PINHO*, ob. cit.*, p. 523.

45 Já foi abordado.

46 Artigos 148.º 153.º, ambos do CPA-M.

47 Neste sentido LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ DE CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.*, p. 940; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 552.

48 Neste sentido se posiciona LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.,* pp 941.

49 Por exemplo nos contratos de empreitada de obras públicas a rescisão por mera conveniência

em princípio, através dos tribunais administrativos em primeira instância[50], sem prejuízo de o contraente privado poder socorrer-se previamente dos meios graciosos, como a reclamação ou recurso hierárquico, nos termos da lei (n.º 2 do artigo 10.º, n.º 2 do artigo 27.º, n.º 1 e alínea 1) do n.º 2 do artigo 30.º, todos da LBOJ-M, conjugado com o artigos 20.º e 21.º, ambos do CPAC-M[51]).

Deste modo, infere-se que não há a possibilidade de serem submetidos à arbitragem voluntária os actos administrativos que visam rescindir unilateralmente o contrato com fundamento no interesse público, dado que se encontram fora dos limites do âmbito da arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, em conjugação artigo 175.º do CPA-M.

Por outro lado, entende-se que a indemnização fixada como contraprestação da rescisão do contrato por interesse público não é em si mesma um acto administrativo, mas consequência decorrente de um acto administrativo, pelo que a fixação do "*quantum indemnizatório"* é uma questão negocial, e, salvo melhor opinião, os litígios relacionados com a fixação do "*quantum indemnizatório"* decorrentes da rescisão do contrato por motivos de interesse público são susceptíveis de serem submetidos à arbitragem, já que se situam dentro dos limites do âmbito da arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, conjugado com o artigo 175.º do CPA-M.

f) Actos relacionados com o exercício do poder da administração pública fiscalizar o modo de execução do contrato – há ou não possibilidade de serem submetidos à arbitragem?

Relativamente a estes actos, encontram-se previstos na alínea d) do artigo 167.º do CPA-M. Este dispositivo concede à administração pública o poder de fiscalizar o modo de execução do contrato.

LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO

(que se baseia na ponderação dos interesses públicos), a administração pública deve indemnizar o contraente privado, tanto a título de danos emergentes como de lucros cessantes (n.º 1 do artigo 208.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M). Por outro lado, nos contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos, encontra-se previsto, também, a possibilidade de a administração pública poder extinguir o contrato por interesse público (alínea d) do artigo 19.º e artigo 21.º, do Lei n.º 3/90/M.

50 Como referido anteriormente, fala-se em princípio no tribunal administrativo, porque há situações em que o recurso ao contencioso é feito directamente por via do tribunal de segunda instância. Por exemplo quando se pretende recorrer por via contenciosa para impugnar os actos administrativos praticados pelo chefe do executivo da RAEM, actos administrativos dos órgãos da Administração de categoria superior à de director de serviços; e todos aqueles referidos no n.º 8 do artigo 36.º da LBOJ-M.

51 Cfr. artigo 148.º e artigo 153.º, ambos do CPA-M.

DE PINHO[52] e DIOGO FREITAS DO AMARAL[53] defendem que o fundamento deste poder é o interesse público, na medida em que se pretende evitar surpresas indesejáveis e prejudicais ao interesse público. O poder de fiscalização é instrumental ao poder de direcção e ao poder sancionatório.

PEDRO GONÇALVES[54], diz que na fiscalização "*há um todo conjunto de regras que definem e delimitam este poder, e que estabelecem os deveres e sujeições, em consequência dele, sobre o contratante particular: este não pode obviamente opor-se ou recursar-se à realização pela administração das diligências que esta entenda, de modo legítimo e justificado, levar a cabo – inspecção de locais ou de equipamentos, vistorias, auditorias, exames, perícias e registos informáticos, à contabilidade ou pedidos de informação etc.".* Por fim, salienta-se que o exercício deste poder não deve implicar o cometimento de arbitrariedades por parte da administração pública, uma vez que há limitações decorrentes das cláusulas do próprio contrato, bem como do princípio da proporcionalidade – que impedem que a fiscalização seja feita sem fundamento justo[55].

Feitas estas considerações, é valido supor que os actos da administração pública que lhe permitem fiscalizar o cumprimento das prestações do contrato administrativo não devem, salvo melhor entendimento, serem submetidos à arbitragem voluntária, já que advêm de um poder de autoridade concebido pelo legislador, exercidos através de actos administrativos, e situam-se fora dos limites da arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do artigo 77.º LA-M, conjugado com o artigo 175.º do CPA-M.

Assim, se estes actos forem definitivos, prejudiciais e não forem exercidos dentro dos limites permitidos, podem ser impugnados por via do contencioso[56] administrativo, em princípio, através do tribunal administrativo em primeira instância, sem prejuízo, naturalmente do recurso prévio aos meios graciosos, como a reclamação ou recurso hierárquico, nos termos da lei[57] (n.º 2 do artigo 10.º, n.º 2 do artigo 27.º, n.º 1, e alínea 1) do n.º 2 do artigo 30.º, todos da LBOJ-M, conjugado com os artigo 20.º e 21.º, ambos do CPAC-M, e artigo 148.º do CPA-M).

g) Actos relacionados com o exercício do poder da administração pública aplicar sanções previstas para a inexecução do contrato há ou não a possibilidade

---

52 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *ob. cit.*, 1998, p. 939; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 524.

53 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit*., p. 524.

54 PEDRO GONÇALVES*, A Concessão de Serviços Públicos,* Almedina, Coimbra, 1999, p. 246.

55 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *ob. cit.*, p. 939.

56 *Ibidem* p. 939.

57 Cfr. Artigo 148.º e artigo 153.º, ambos do CPA-M.

de submissão à arbitragem?

Relativamente a estes actos, constam na alínea *e)* do artigo 167.º do CPA-M. Este comando legal atribui à administração pública o poder de aplicar sanções aos contraentes privados, devido a faltas cometidas por estes (*inexecução do contrato, atraso na execução, execução imperfeita, transpasse não autorizado, etc*).

Com a sanção não se pretende indemnizar a administração pública, mas obrigar que o contraente privado cumpra com as prestações a que está adstrito[58]. A sanção pode ter a finalidade punitiva como também compulsória[59].

Como exemplo de sanções podem-se destacar as multas[60]; perda de depósito ou garantia[61]; sequestro[62]; resolução sancionatória[63], etc.

O poder de aplicar sanções tem de surgir da lei (a lei é o fundamento e o limite do mesmo). Ao se aplicar uma sanção alicerçada na lei, pratica-se um acto administrativo executório e definitivo, que pode ser atacado por via do recurso

---

58 LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *ob. cit*., p. 941.

59 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 536.

60 Nos contratos de empreitada, a título de exemplo, a administração pública, dona da obra, pode aplicar multas ao empreiteiro por violação dos comandos contratuais (artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 77/99/M, de 8 de Novembro). As multas são aplicadas depois de o empreiteiro ter deduzido defesa (artigo 209.º do Decreto-Lei n.º 77/99/M, de 8 de Novembro). A multa é um acto administrativo, executório e definitivo, impugnável por via do contencioso administrativo – neste sentido VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *ob. cit.,* pp. 325-326.

61 Se os depósitos, garantias e quantias devidas não chegarem para integral cobertura das responsabilidades, poderá proceder-se à execução dos bens e direitos que constituírem o património do adjudicatário – Cfr. n.º 2 do artigo 64.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

62 Aplicável aos contratos administrativos de concessão de obras públicas e serviços públicos (artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 3/90/M), com o sequestro, como diz DIOGO FREITAS DO AMARAL, "*a administração pública substitui-se, pois, ao contraente particular no desempenho das obrigações contratuais deste, passando a executar ele próprio o contrato, mas as despesas que a este titulo fizer devem ser suportadas pelo património do contraente particular, enquanto a situação de crise não se esclarecer (pela normalização da atitude do particular, pela ordem administrativa de retoma do serviço). O carácter sancionatório do sequestro resulta do facto de, enquanto o mesmo durar, o concessionário, além de ter de suportar as despesas do serviço, ser também privado do direito de exploração do mesmo e da percepção das correspondentes receitas".* – Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.,* p. 537.

63 Por exemplo quanto às empreitadas de obras públicas, entende VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS que a rescisão reveste a natureza de acto administrativo (n.º 3 artigo 208.º e 209.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M). Assim "*se a rescisão for decidida pelo dono da obra a título de sanção aplicável por lei ao empreiteiro, este suporta inteiramente as respectivas consequências naturais e legais*." Note-se que antes de tomada a decisão sobre a rescisão do contrato, é notificado o contraente particular para que este possa, querendo, contestar. – VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *ob. cit.,* p. 326.

contencioso[64], que em princípio será por meio do tribunal administrativo, sem prejuízo da prévia utilização dos mecanismos graciosos como a reclamação ou recurso hierárquico, nos termos da lei (n.º 2 do artigo 10.º, n.º 2 do artigo 27.º, n.º 1 e alínea 1) do n.º 2 do artigo 30.º, todos da LBOJ-M, conjugado com o artigo 20.º e 21.º, ambos do CPAC-M).

Assim sendo, julga-se que não há possibilidade, salvo melhor juízo, de serem submetidos à arbitragem voluntária as situações em que a administração pública aplica sanções. Aqui a administração pública pratica actos administrativos, e os mesmos estão fora dos limites do âmbito arbitrabilidade objectiva da alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, conjugado com o artigo 175.º do CPA-M.

2.4. Notas Conclusivas sobre o Regime Jurídico de Macau

Depois de ter-se apresentado as considerações retromencionadas, defende-se que o regime legal da RAEM, não obstante permitir o recurso à arbitragem para resolução de litígios decorrentes de contratos administrativos (alínea 1) do artigo 77.º da LA-M, conjugado com o artigo 175.º do CPA-M), o mesmo apresenta um âmbito bastante limitado quando se trata de questões relacionadas com a arbitrabilidade objectiva. Estes problemas não são, todavia, suscitados no âmbito da arbitrabilidade subjectiva.

Em Macau, relativamente às questões ligadas à arbitrabilidade subjectiva, em princípio, qualquer pessoa colectiva de direito público, bem como a RAEM, através dos seus respectivos órgãos competentes, podem celebrar convenções arbitrais e apô-las aos contratos administrativos, salvo se excepcionalmente não for permitido por lei especial, ou, devido à natureza das relações que se pretende firmar não existir a possibilidade de as mesmas celebrarem convenções arbitrais (artigo 78.º da LA-M, conjugado com os artigos 166.º e 175.º, ambos do CPA-M).

Por outro lado, nas questões relacionadas com a arbitrabilidade objectiva, conclui-se que é possível, apenas, o recurso à arbitragem relativamente aos actos negociais do contrato administrativo, e, também, aos actos administrativos opinativos, que não são executórios nem definitivos (por exemplo, os actos relacionados com a interpretação e validade das cláusulas contratuais – artigo 173.º do CPA-M). No entanto, entende-se que a possibilidade do recurso à arbitragem é vedada quando estejam em causa situações em que a administração pública emana actos administrativos definitivos e executórios, em virtude de, para estes casos, a lei lhe conferir poderes especiais de autoridade (os designados poderes potestativos de autoridade pública), só não sendo exercidos quando a própria lei limita a sua utilização ou a natureza do contrato assim o faz. São exemplos

64 Em sentido idêntico VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *ob. cit.*, p. 325

desses poderes, o de modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro; o de poder dirigir o modo de execução das prestações; o poder de rescindir unilateralmente os contratos por imperativo de interesse público devidamente fundamentado, sem prejuízo do pagamento de justa indemnização; o poder de fiscalizar o modo de execução do contrato e de aplicar sanções previstas pela inexecução do mesmo (artigo 167.º do CPA-M), bem como as demais situações legalmente previstas por lei especial. Nestas situações, o legislador, pretendendo salvaguardar a prossecução do interesse público, aspecto determinante para a contratação, procura limitar o recurso à arbitragem, entendendo que em caso de litígio, os mesmos sejam resolvidos, em regra, pelo tribunal administrativo, em primeira instância.

3. Digressão pelo Direito Comparado: Situação de Portugal e Moçambique

3.1. O Regime Jurídico da Arbitragem nos Contratos Administrativos em Portugal

Em Portugal existe a permissão do recurso à arbitragem nos contratos administrativos. No entanto, a determinabilidade dos pressupostos objectivos de arbitrabilidade dos contratos administrativos é feita tendo por base as regras constantes no Código do Processo nos Tribunais Administrativos, doravante designado CPTA-PT, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro[65], nomeadamente nos seus artigos 180.º e 185.º.

Ora, a aplicação do instrumento legal acima indicado decorre duma opção do próprio legislador, tal como resulta do n.º 5 do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária, doravante designada por LAV-PT, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Este dispositivo permite que o Estado e demais pessoas colectivas públicas celebrem convenções arbitrais, desde que haja uma autorização legal para o efeito. Deste modo, o legislador escolheu, por opção própria, o CPTA-PT, como instrumento de excelência para determinação dos pressupostos da arbitrabilidade objectiva[66].

Defende-se, salvo melhor entendimento, que na essência esta remissão

---

65 A apreciação do dispositivo acima aludido inclui, naturalmente as alterações introduzidas até à presente data.

66 RELVAS RAÚL MOREIRA, CARLA AMANDO GOMES e RICARDO GOMES (coordenadores), *Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Âmbito da Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos,* AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 246-248.

do legislador luso para uma lei especial (CPTA-PT) é na "*ratio"*, próxima ao resultado hermenêutico alcançado com a interpretação do regime da arbitragem dos contratos administrativos em Macau, ainda que o legislador macaense não tenha estabelecido *expressamente* uma norma idêntica à portuguesa.

Tal entendimento prende-se ao facto de que actualmente, sem prejuízo de melhor opinião, em Macau, para efeitos de determinação do âmbito da arbitrabilidade objectiva dos contratos administrativos, ser necessário socorrer-se aos instrumentos de natureza administrativa, nomeadamente o artigo 175.º do CPA-M, que estabelece "*que é admissível o recurso à arbitragem, nos termos da lei",* em virtude de a alínea 1) do artigo 77.º da LA-M ser bastante genérica na previsão do recurso à arbitragem em contratos administrativos, que só a admite, nada dizendo sobre os critérios aplicáveis para determinação do âmbito da arbitrabilidade objectiva.

Assim, julga-se que a alínea 1) do artigo 77.º da LA-M deve ser conjugada com o artigo 175.º do CPA-M, já que é com base neste último comando legal que, dentro dos princípios e normas orientadoras do Direito Administrativo macaense, pode-se determinar o âmbito do regime da arbitrabilidade objectiva dos contratos administrativos.

Por outro lado, o regime de Portugal, diferentemente do regime macaense, concede uma maior abertura e receptibilidade à arbitragem em contratos administrativos, atendendo que tanto os actos administrativos e actos negociais do contrato administrativo podem ser impugnados por via arbitral.

Relativamente aos actos administrativos do contrato administrativo, nele se incluem os actos ligados à formação do contrato, interpretação, validade, execução, modificação e extinção do contrato, todos estes resultantes do exercício de poderes de autoridade pública (alínea a) do n.º 1 do artigo 180.º do CPTA-PT). Mas não só, fazem parte deste leque, também, os actos administrativos pré-contratuais (alínea c) do n.º 1 e 3 do artigo 180.º do CPTA-PT), tais como os que versam sobre questões relativas à existência, interpretação, validade e eficácia de actos administrativos pré-contratuais (primários) ou quaisquer outros actos procedimentais, incluindo as peças de procedimento, sem se esquecer das questões relativas à condenação da entidade adjudicante na prática de acto devido ou pagamento de uma indemnização com fundamento em responsabilidade pré-contratual.

Veja-se, entretanto, que são insusceptíveis de serem submetidos à arbitragem as questões relacionadas com decisões tomadas sobre a conveniência ou oportunidade da actuação administrativa (n.º 2 do artigo 185.º do CPTA-PT[67]).

---

67 RELVAS RAÚL MOREIRA, CARLA AMANDO GOMES e RICARDO GOMES (coordenadores), *ob. cit.,* pp. 249-275.

Portanto, ainda que a administração pública utilize os "*poderes de supremacia*" resultantes do artigo 302.º do Código dos Contratos Públicos, doravante designado por CCP-PT, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, tais como: dirigir o modo de execução das prestações; fiscalizar o modo de execução do contrato; modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público; aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; resolver unilateralmente o contrato, e, em consequência disso, praticar actos administrativos, tais actos serão sempre susceptíveis de serem submetidos à arbitragem, em caso de litígio, como já se fez menção no parágrafo anterior (alínea a) e c) do n.º 1 e 3 do artigo 180.º do CPTA-PT).

Em Macau, como já defendido anteriormente, considera-se que a arbitragem em contratos administrativos limita-se apenas as questões relacionadas com os actos negociais do contrato administrativo, incluindo os actos administrativos imperfeitos, os chamados actos opinativos – que não são definitivos e executórios de *per si*, como, por exemplo, os actos administrativos referentes à interpretação e validade das cláusulas contratuais (artigos 173.º e 175.º, ambos do CPA-M, conjugados com a alínea 1) do artigo 77.º da LA-M). O exercício de poderes potestativos de autoridade pública constantes do artigo 167.º do CPA-M, permitem que a administração pública esteja dotada de prerrogativas que a colocam numa posição substancialmente mais "forte".

3.2. O Regime Jurídico da Arbitragem Voluntária nos Contratos Administrativos em Moçambique

O n.º 6 do artigo 3.º da Lei Orgânica de Jurisdição Administrativa, doravante designada LOJA-MOC, aprovada pela Lei n.º 24/2013, 01 de Novembro[68], republicada pela Lei n.º 7/2015, de 6 de Outubro, e a alínea a) do artigo 202.º da Lei do Contencioso Administrativo, doravante designada por LCA-MOC, aprovada pela Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro, prevê a possibilidade do recurso à arbitragem nos contratos administrativos.

Ora, ao analisar-se o regime moçambicano, é destacado, salvo melhor opinião, que a esfera relacionada com a arbitrabilidade objectiva dos contratos administrativos se "aproxima" mais do regime de Macau. O legislador

68 Nas disposições transitórias da Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique, doravante designada por LACM-MOC, aprovada pela Lei n.º 11/1999, de 8 de Julho, o legislador faz uma ligeira alteração a redacção do n.º 2 do artigo 3.º da Lei Orgânica do Tribunal Administrativo, aprovado pela Lei n.º 5/1992, de 06 de Maio, que prevê a possibilidade do recurso à arbitragem nos contratos administrativos. A alteração referida acrescenta apenas o seguinte texto *"(....) salvo se a lei dispuser em sentido contrário*".

moçambicano limita-se em termos gerais a permitir a admissibilidade ao recurso à arbitragem em contratos administrativos, sem, contudo, fixar o critério de determinação do âmbito da arbitrabilidade objectiva.

Assim, no sistema jurídico moçambicano vigente, julga-se que haverá admissibilidade do recurso à arbitragem nas situações correspondentes aos actos negociais, excluindo-se, entretanto, os actos administrativos.

A administração pública goza de poderes potestativos de autoridade pública em contratos administrativos, pelo que pode modificar, unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja mantido o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro; dirigir o modo de execução das prestações; rescindir unilateralmente o contrato por imperativos de interesse público, desde que devidamente fundamentado, sem prejuízo do pagamento de justa indemnização; fiscalizar o modo de execução do contrato; e aplicar as sanções relativas à inexecução do contrato (artigo 178.º da Lei do Procedimento Administrativo, doravante designada de LPA-MOC, aprovada pela Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto[69]). O exercício destes poderes é feito através de actos administrativos, que por seu turno, salvo melhor opinião, são insusceptíveis de serem submetidos à arbitragem.

No entanto, crê-se que, excepcionalmente, à semelhança do regime de Macau (artigo 173.º, 175.º, ambos do CPA-M, e alínea a) do artigo 77.º da LA-M), em Moçambique os litígios referentes aos actos administrativos relacionados com a interpretação e validade das cláusulas contratuais podem ser submetidos à arbitragem (artigo 183.º da LPA-MOC, conjugado com o n.º 2 do artigo 115.º do Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado, doravante designado por RCEOPFBPSE-MOC, aprovado pelo Decreto n.º 79/2022, de 30 de Dezembro, e alínea a) do artigo 202.º da LCA-MOC), já que estes são actos administrativos *"imperfeitos*", não definitivos e executórios, que dependem do acordo das partes para produzirem os seus efeitos.

Por outro lado, importa esclarecer certos pontos susceptíveis de causar problemas de interpretação, atendendo que o novo regulamento de contratação pública moçambicano (RCEOPFBPSE-MOC) estabelece expressamente algumas disposições que permitem o recurso à arbitragem, designadamente:

- A possibilidade do recurso à arbitragem nos conflitos relacionados com a execução do contrato (última parte do n.º 2 do artigo 115.º do RCEOPFBPSE-MOC);

---

69 À semelhança do regime português (artigo 302.º do CCP-PT), e macaense (artigo 167.º do CPA de Macau), em Moçambique, também, excepcionalmente o exercício de qualquer um dos poderes pode ser afastado, contanto que resulte da lei ou da própria natureza do contrato (artigo 178.º da LPA-MOC).

- A possibilidade do recurso à arbitragem quando não existe acordo sobre a fixação do preço dos trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas (n.º 6 do artigo 142.º do RCEOPFBPSE-MOC);
- A possibilidade do recurso à arbitragem quando a administração pública e o contratado não chegam a um acordo sobre a fixação dos custos resultante de erros e omissões do projecto apresentado no contrato de empreitada de obras públicas pela entidade contratada (n.º 7 do artigo 149.º do RCEOPFBPSE-MOC);
- A possibilidade do recurso à arbitragem nas situações em que o contratado tem direito a compensação pela administração, todavia, não existe acordo sobre o valor da mesma (n.º 10 do artigo 236.º do RCEOPFBPSE-MOC);
- A possibilidade do recurso à arbitragem nas situações em que por conivência a administração pública decide por si mesma continuar com a construção da obra que estava adjudicada ao contratado, e, para o efeito, pretende utilizar material do contratado sem ter chegado a um acordo com este relativamente ao preço a desembolsar para a utilização do aludido material (n.º 1 do artigo 254.º do RCEOPFBPSE-MOC).

Em todas as situações retromencionadas, é de entender, salvo melhor opinião, que o que está em causa são actos negociais e não actos administrativos. Não há poderes de autoridade concedidos a favor da administração pública. O que existe na verdade são problemas de consenso relativamente à negociação entre a administração pública e o particular, acerca de assuntos relacionados com o preço, a compensação, a fixação da indemnização, etc.

Pensa-se que o legislador moçambicano procurou através dos dispositivos indicados dissipar eventuais dúvidas sobre a interpretação da natureza destes actos, com vista a eliminar problemas relacionados com a possibilidade de serem ou não submetidos à arbitragem.

Deste modo, quando o legislador prevê o recurso à arbitragem nas situações referentes à execução do contrato, deve-se entender que o mesmo se reporta apenas aos actos negociais relacionados com a execução do contrato; ou quando o legislador se refere que na falta de acordo para a fixação do preço dos trabalhos a mais, deve-se compreender que o que está em causa é a prática de um acto negocial; quando o legislador permite o recurso à arbitragem na falta de acordo entre a administração pública e o contratado sobre os custos relacionados com os erros ou vícios (por omissão) do projecto de empreitada apresentado pelo particular, deve-se concluir que o que está em causa é um acto negocial; ou quando o legislador permite o recurso à arbitragem nas situações em que há falta de acordo entre a administração pública e o contratado sobre o "*quantum*

compensatório" a que o contratado irá receber, deve-se entender que o que está em causa é um acto negocial; e, quando a administração pública e o contratado não chegam a um acordo sobre o preço dos materiais pertencentes ao particular e pelo qual a administração pretende utilizar para dar por si mesma a continuidade da obra, em decorrência do afastamento do contratado, deve-se deduzir que o que está em causa é também um acto negocial.

O acto negocial pressupõe uma negociação das partes feita no âmbito da autonomia privada. Este é susceptível de ser submetido à arbitragem, ainda que as decisões que o precedem tenham surgido pelo facto de a administração pública ter praticado actos administrativos. O que se pretende impugnar não são os actos administrativos, já que estes são definitivos e executórios, mas as consequências legais que decorrem dele (seja para fixação de um preço justo, seja para a compensação ou indemnização, etc).

Feitas estas considerações, dir-se-á que o regime de Moçambique, em termos de arbitrabilidade objectiva se aproxima do regime de Macau, e não tanto ao de Portugal, já que este último, por opção expressa do legislador, possui uma maior abertura do âmbito da arbitrabilidade dos litígios decorrentes de contratos administrativos, uma vez que permite recorrer à arbitragem mesmo nas situações em que a administração pública pratica no contrato administrativo actos administrativos.

4. Reflexões

O legislador macaense é bastante cauteloso sobre a arbitragem nos contratos administrativos, isto é, menos permissivo se comparado por exemplo com o legislador português.

A limitação da admissibilidade do recurso à arbitragem nos litígios advenientes de actos negociais do contrato administrativo traz na perspectiva do sistema macaense vigente, numa primeira análise, uma ideia de maior protecção dos interesses públicos, já que na óptica do legislador macaense, estar-se-ia a proteger os actos administrativos emanados no contrato administrativo e, consequentemente os poderes de supremacia da administração pública, atendendo que esta, apesar de celebrar um "*contrato*", devido aos interesses que se pretende alcançar, isto é, os interesses públicos, não deve submeter-se, quanto aos actos administrativos, seu instrumento de excelência, aos tribunais arbitrais, mas tão-somente aos tribunais judiciais.

Bem, não é intenção desta reflexão "*condenar as opções do legislador macaense*", mas também "*não se pretende passar mão à cabeça do legislador*", antes procura-se fazer uma análise tendo por base os elementos colhidos da

pesquisa, ciente, porém, de que esta pode ser bastante limitada.

Deste modo, inicialmente pode dizer-se que no sistema legal de Macau, o assunto relacionado com a arbitragem dos contratos administrativos é bastante complexo, o que significa que para a determinação do âmbito da arbitrabilidade objectiva imposta pelo legislador o intérprete deve ter "*conhecimentos aprofundados*" de institutos e princípios próprios da legislação administrativa vigente, já que em momento algum o legislador enuncia expressamente que "*afasta-se o recurso à arbitragem dos actos administrativos*", mas tão-somente limita-se a prever que *"é admissível o recurso à arbitragem nos contratos administrativos, nos termos da lei"*. – Cfr. artigo 175.º do CPA-M. Ora, tal técnica legislativa cria sérias dificuldades, na medida em que impõe ao intérprete um exaustivo estudo destinado a entender os limites a que o legislador se refere, com riscos altíssimos do mesmo estudo mostrar-se totalmente desprovido de amparo legal. Diga-se, ainda, que o legislador insiste em dar continuidade a esta técnica, tal como o fazia no artigo 167.º do já revogado Código de Procedimento Administrativo de 1994, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35/94/M, de 18 de Julho. Portanto, é lógico pensar que se o legislador pretende afastar a arbitragem nos litígios decorrentes de actos administrativos, poderia adoptar uma técnica legislativa que se posicionasse expressamente no sentido de afastar o recurso à arbitragem. Por exemplo, uma previsão legal que previsse o seguinte: "*afastam-se da arbitragem dos contratos administrativos os actos administrativos referentes à formação, execução, modificação e extinção dos contratos administrativos"*. Tal cláusula seria suficientemente esclarecedora.

Por outro lado, quanto aos actos administrativos imperfeitos, designados pelo legislador macaense como actos administrativos opinativos, no qual fazem parte os actos de interpretação e validade de cláusulas contratuais, que por exercício interpretativo chegou-se à conclusão de que são "*únicos actos administrativos*" que excepcionalmente podem ser submetidos à arbitragem devido ao facto de não serem definitivos e nem executórios sem o estabelecimento de um acordo prévio com o contraente privado (artigo 173.º do CPA-M), os mesmos apresentam alguns problemas quanto à determinação material da sua natureza. Ao analisar-se criticamente esta opção legislativa, com o devido respeito, constata-se que estes actos não se apresentam como verdadeiros actos administrativos, porque lhes faltam precisamente os pressupostos e/ou requisitos próprios do acto administrativo, designadamente ser definitivo e executório de "*per se*", *não necessitando de qualquer acordo entre a administração pública e o particular* para a produção dos seus efeitos jurídicos (artigo 117.º do CPA-M). Assim, apesar de o legislador designar como acto administrativo, defende-se que os mesmos assumem uma faceta negocial, já que os seus efeitos só ocorrem por acordo entre a administração pública e o particular, condição "*sine qua no"* para produção dos

seus efeitos jurídicos, sob pena de ineficácia.

Estas são algumas críticas de "*iure condito*". No entanto, nada impede que se perspective relativamente ao "*iure condendo",* a possibilidade de ampliar-se o âmbito da arbitragem nos contratos administrativos, permitindo que ela possa ser aplicável aos litígios provenientes de actos administrativos definitivos e executórios, emanados nos contratos administrativos, já que a arbitragem permitirá obter decisões céleres, ver os procedimentos processuais flexibilizados devido à simplificação dos mesmos, atrair investimento estrangeiro, permitir uma maior competitividade de fornecedores privados de bens e serviços, melhorar a qualidade e alternativa de bens e serviços a serem prestados, uma vez que com arbitragem as entidades privadas terão consciência de que existindo conflitos, os seus litígios não serão resolvidos apenas por via dos tribunais judicias, estes, que muitas das vezes apresentam-se morosos e com procedimentos complexos.

Em todo caso, é de alertar que a adopção de um regime de arbitragem mais amplo nos contratos administrativos, que permita abarcar a totalidade ou não dos actos administrativos deve ser ponderada, atendendo à realidade jurídica económica de Macau, bem como os dados estatísticos existentes, ou seja, questionar-se quantos contratos administrativos foram submetidos à arbitragem, qual foi o resultado, quais foram as dificuldades encontradas, para assim, poder-se pensar em abrir o espaço a arbitrabilidade dos litígios decorrentes de actos administrativos praticados no contrato administrativo.

Portanto, em guisa de conclusão, apesar de não existirem obstáculos doutrinários, jurisprudências, ou mesmo legais no âmbito do direito comparado, o certo é que deve ser analisada a actual realidade de Macau, bem como ponderar-se os interesses envolvidos para se ampliar o âmbito da arbitragem nos contratos administrativos, sem se olvidar, no entanto, que o período de transição de Macau iniciou no dia 20 de Dezembro de 1999, isto é, há 24 anos (não muito distante). Veja-se, por exemplo, a título comparativo que Portugal também passou por vários problemas relacionados com a arbitragem nos contratos administrativos desde a década de 50, do século XX, altura da admissão genérica ao recurso à arbitragem em matéria de contratos administrativos. Mas grandes conquistas referentes à impugnação dos actos administrativos só foram alcançadas em 2002 com a aprovação do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, no qual passou-se a admitir o recurso à arbitragem dos actos administrativos praticados no contrato administrativo.

Referências bibliográficas

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4.ª ed, Almedina, Coimbra, 2018;

JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2.ª ed, Almedina, Coimbra, 2008;

LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO e JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *Código de Procedimento Administrativo de Macau, Anotado e Comentado,* Fundação Macau, Macau, 1998;

LUCIANO BENETTI TIMM e THIAGO TAVARES DA SILVA, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, in Revista Brasileira de Arbitragem, vol. VIII, Série 29 (2011);

RELVAS RAÚL MOREIRA, CARLA AMADO GOMES e RICARDO GOMES (coordenadores), *Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Âmbito d*a *Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos,* AAFDL Editora, Lisboa, 2018;

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Acto Administrativo Contratual*, in Centro de Justiça Administrativa, n.º 63 (Maio/Junho/2007);

RUI MEDEIROS E MARTA PORTOCARRERO, *Capítulo 19: Arbitragem Administrativa*, in Kluwer Law International, (2020).

PEDRO GONÇALVES*, A Concessão de Serviços Públicos,* Almedina, Coimbra, 1999;

VIRIATO LIMA e ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso Anotado*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2015;

Legislação

Macau

Lei de Bases do Regime das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos, aprovado pela Lei n.º 3/90/M, de 14 de Maio;

Código de Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M;

Código do Processo Administrativo Contencioso de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M;

Lei de Arbitragem de Macau, aprovada pela Lei n.º 19/2019;

Lei de Arbitragem Voluntária de Macau, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 29/96/M (Revogada);

Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, aprovada pela Lei n.º 9/1999, e republicada pela Lei n.º 4/2019;

Lei de Terras, aprovada pela Lei n.º 10/2013;

Lei de Habitação Económica de Macau, aprovada pela Lei n.º 10/2011,

alterada pelas leis n.os 11/2015 e 13/2020, republicada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 200/2020;

Regime Jurídico do Contrato das Empreitadas de Obras públicas de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro;

Regime Jurídico da Exploração de Jogos de Fortuna ou Azar em Casino, aprovado pela Lei n.º 16/2001, parcialmente alterada pela Lei n.º 7/2022, que foi republicada integralmente pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 121/2022;

Regime das Despesas com Obras e Aquisição de Bens e Serviços, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 122/84/M, de 15 de Dezembro, alterado e republicado pela Lei n.º 5/2021, de 24 de Maio;

Regime que Regula o Processo de Aquisição de Bens e Serviços, aprovada pela Lei n.º 63/85/M de 6 de Julho;

Regime do Domínio Público Hídrico do Território de Macau, aprovado pela Lei n.º 6/86/M, de 26 de Julho;

Ordem Executiva n.º 34/2000, de 27 de Junho, fixa o valor das Empreitadas de Obras Públicas Acima do Qual é Obrigatória a Presença de um Representante do Ministério Público no Acto Público do Concurso.

Estrangeira

Código do Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro;

Código dos Contratos Públicos de Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro;

Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro;

Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação de Moçambique, aprovada pela Lei n.º 11/99, de 8 de Junho;

Lei do Contencioso Administrativo de Moçambique, aprovada pela Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro;

Lei do Procedimento Administrativo de Moçambique, aprovada pela Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto;

Lei Orgânica de Jurisdição Administrativa, aprovada pela Lei n.º 24/2013, 01 de Novembro, republicada pela Lei n.º 7/2015, de 6 de Outubro;

Lei Orgânica do Tribunal Administrativo, aprovado pela Lei n.º 5/1992, de 6 de Maio.

Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado de Moçambique, aprovado pelo Decreto n.º 79/2022, de 30 de Dezembro.

Jurisprudência
Ac. do T.U.I. de 26.04.2023, Proc n.º 134/2020;
Ac. do T.U.I. de 22.01.2020, Proc. n.º 80/2018;
Ac. do S.T.A. de 29.04.2004, do Proc. n.º 01537/03.

Outros
ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DA RAEM, *Parecer n.º 5/VI/2019 da Proposta de Lei da Lei de Arbitragem.*

VÁRIA

Varia

DESAFIOS DA SITUAÇÃO PANDÉMICA AO *IUS PUBLICUM* PORTUGUÊS: CONFIGURAÇÃO DE UM «NOVO» ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA, COMO «TERCEIRA VIA» DO DIREITO DE NECESSIDADE CONSTITUCIONAL*

Challenges of the Pandemic Situation to the Portuguese Ius Publicum: Configuration of a "new" State of Health Emergency, as a "Third Way" of the Constitutional Right of Necessity

António Malheiro de Magalhães
Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo: Este nosso Trabalho versa, acima de tudo, sobre os efeitos jurídicos imediatos e mediatos que a pandemia COVID-19 veio a provocar no Sistema Jurídico Português, maxime em sede de dogmática jurídico-constitucional. Se é certo que a pandemia determinou a «Declaração do Estado e Emergência», pelo Presidente da República, escorado num concerto institucional de diversos órgãos constitucionais, não é menos verdade que, por legitimar a suspensão de um acervo alargado de Direitos, Liberdades e Garantias, nos termos previstos no artigo 19.º da Lei Fundamental, a ocorrência da pandemia veio exigir da Dogmática o repensar de uma solução normativa adequada e necessária a resolver proporcionalmente

* Doutor em Direito Público. Antigo Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (1992-2003).
Este texto corresponde, praticamente na íntegra, à Comunicação por nós apresentada na Décima Terceira Conferência Internacional sobre as Reformas Legais de Macau no Contexto Global Quatro anos depois: Perguntas e Respostas Durante e Após a Pandemia Covid-19 - 1.ª Sessão (1.ª parte) - *Como os Sistemas Legais Reagiram*, realizada a 26 de Outubro de 2023, na Biblioteca Wu Yee Sun, Auditório da Universidade de Macau.

uma latente colisão entre interesses constitucionalmente protegidos e direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, posto que, nem o regime jurídico-constitucional do «estado de excepção» fornece uma resposta eficaz à peculiaridade de uma «emergência» pandémica, nem os regimes jurídico-administrativos vigentes legitimam, jurídico-constitucionalmente, a adopção de comportamentos administrativos que a combatam e, simultaneamente, restrinjam ou suspendam direitos, liberdades e garantias, na medida do permitido e do exigível. Daí que a solução jurídica a encontrar e definir, para prevenir o futuro, não passe unicamente por actuações do Legislador e da Administração. Em nosso entender, requer, sim, do Legislador de Revisão, a introdução na Lei Fundamental de um modelo autónomo de direito de necessidade constitucional: o «estado de emergência sanitária».

Palavras-chave: Direito de necessidade constitucional, estados de excepção constitucional, estado de emergência, suspensão de direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, estado de calamidade, pandemia, Covid-19, estado de emergência sanitária.

Abstract: This work of ours is, above all, about the immediate and mediate legal effects that the COVID-19 pandemic has caused in the Portuguese Legal System, *maximum* in terms of legal-constitutional dogmatics. If it is true that the pandemic determined the «*Declaration of State and Emergency*», by the President of the Republic, supported by an institutional concert of various constitutional bodies, it is no less true that, by legitimizing the suspension of a broad collection of Rights, Freedoms and Guarantees, under the terms set out in article 19 of the Fundamental Law, the occurrence of the pandemic required Dogmatics to rethink an appropriate and necessary normative solution to proportionally resolve a latent *collision* between constitutionally protected interests and constitutionally enshrined fundamental rights, given that neither the legal-constitutional regime of the "*state of exception*" provides an effective response to the peculiarity of a pandemic "emergency", nor do the current legal-administrative regimes legitimize, legally-constitutionally, the adoption of administrative behaviors that combat it and, at the same time, restrict or suspend rights, freedoms and guarantees, to the extent permitted and required. Therefore, the legal solution to be found and defined, to prevent the future, does not solely involve actions by the Legislator and the Administration. In our opinion, it does require the Review Legislator to introduce into the Fundamental Law an *autonomous model of constitutionally necessary law*: the *"state of health emergency"*.

Keywords: Right of constitutional necessity, states of constitutional exception, state of emergency, suspension of fundamental rights, principle of

proportionality, state of calamity, pandemic, Covid-19, state of health emergency.

> *«A "constitucionalização" do direito de necessidade estadual considera-se a solução mais conforme com a «ideia constitucional», porque é preferível ser a Constituição a consagrar e a definir os pressupostos dos estados de excepção ("legalidade alternativa", na expressão de Paulo Otero), a ter de recorrer-se a princípios de necessidade extra ou supraconstitucional, susceptíveis de manipulação a favor de qualquer "razão de Estado" ou de "segurança e ordem pública", invocada por "chefes" ou "governos" (...) sem qualquer arrimo normativo-constitucional. (...) O direito à necessidade constitucional não é um direito fora da Constituição, mas um direito normativo-constitucionalmente conformado».*[1]

> *«A tutela do bem jurídico-constitucional saúde pública e a sua concretização num direito (objetivo) da saúde, demonstrou a respetiva transversalidade (ou horizontalidade) e, no contexto do combate à pandemia, penetrou todas as dimensões normativo-sociais e todos os ramos jurídico-dogmáticos. Todavia, talvez nenhuma matéria venha sentindo (pelo menos, com esta crescente intensidade) os influxos causados pela crise pandémica, como o Direito Público».*[2]

1. Do Sentido e Alcance do «Estado de Excepção» Constitucional

Aproveitando o ensejo para prestar uma singela homenagem, melhor dizendo, um sentido e sincero agradecimento, a Quem tanto me ensinou – bem como a tantos como eu – a pertinência das ideias que tocam e enformam o *jus publicum*, com uma clareza, profundidade e empenho inexcedíveis, inclusive, durante anos a fio, aqui em Macau, na sua Faculdade de Direito, antes e depois de 20 de Dezembro de 1999, obviamente que iniciaremos esta nossa *modesta*

---

1 Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 1086.

2 Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Direito Público e Pandemia*, *in* Livro Branco – Responsabilidade em Saúde Pública no Mundo Lusófono – Fazendo Justiça durante e além da Emergência da Covid, Institvto Ivrídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Direito da Saúde Pública no Mundo Lusófono*, Março de 2021, p. 45.

intervenção ou, quiçá, esta *mera reflexão* em torno dos «*estados de excepção constitucional*», invocando *hic et nunc* as sempre *sábias, provocantes e «fracturantes»* Palavras do Senhor Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, quando identifica *dois alicerces profundos* em que necessária e legitimamente deve escorar-se um «*estado de necessidade constitucional*».

A montante, é imperativo ter presente que *as "situações de anormalidade constitucional" não são «estados» sem Constituição ou fora da Constituição*, mas sim *situações carecidas de uma disciplina jurídico-constitucional diferente daquela que está normativo-constitucionalmente consagrada para os "estados de normalidade constitucional"*[3]. Razão pela qual *um «estado de excepção constitucional» nunca descai em «situações sem constituição e sem direitos*, mas, pelo contrário, de uma *situação constitucional normativamente conformada* quanto aos pressupostos, competências, processo, instrumentos e consequências jurídicas»[4]. Daí que nestas mesmas águas navegue Jorge Miranda, ao realçar que *uma «Constituição normativa acentua o carácter excepcional das situações de necessidade, mas, ao mesmo tempo, assume-as plenamente, sujeita-as ao seu império, ajusta os mecanismos de controlo de poder a essas circunstâncias»*[5]!

A jusante, nunca se afigura despiciendo ter bem presente aquela máxima, também desafiante, – segundo a qual «uma coisa é reconhecer as dificuldades de *configurar juridicamente uma constituição de necessidade, aperfeiçoada e desenvolvida*, e outra é a de *tomar essas dificuldades como "pretexto"* e lançar as situações de necessidade para os «*espaços livres da Constituição*»[6].

Pelo que, em bom rigor, tendo em mira os *fundamentos ou os requisitos primeiros* que devem presidir à própria *consagração jurídico-constitucional de um «estado» ou de «estados» de «excepção», de «necessidade» ou de «anormalidade»*, ensina o Ilustre Mestre das nossas Faculdades, Gomes Canotilho, que o «*direito de necessidade do estado só é compatível com um Estado de direito democrático*, constitucionalmente fundado quando na própria lei fundamental se fixarem os *pressupostos, os procedimentos e as consequências jurídicas da "Constituição de excepção"*»[7], muito especialmente por tributo *ao respeito pelo valor fundante da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais* que, em maior ou menor grau, são *objecto de suspensão «anormal»*, como sucede

---

3 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 1099.

4 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra Editora, 2006, p. 405.

5 Cfr. JORGE MIRANDA, Direitos Fundamentais, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2020.

6 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1099.

7 *Ibidem*.

nos precisos termos constantes do artigo 19.º da Lei Constitucional Portuguesa de 1976, a propósito dos *Direitos, Liberdades e Garantias*[8].

Por conseguinte, *esta problemática da «suspensão do exercício de direitos», tida prima facie por «ameaçadora» da Juridicidade fundamental, mais não é do que a «moeda de troca» mais «elevada» do combate a uma nefasta situação anormal de perigosidade constitucional*, que determina – quando exigível – a *produção formal de uma declaração (e execução) de um estado de excepção constitucional*, fruto acabado de um peculiar *procedimento jurídico-político conjunto e interdependente* dos órgãos de soberania do Estado, ou seja, determina a produção de um «*direito de necessidade estadual*», vetustamente expresso pelo brocado «*jus extremae necessitatis*».

2. Do Binómio «Estados de Excepção Constitucional – O «Estado de Sítio» e o «Estado de Emergência» enquanto «Fugas» Legitimadas do Estado de «Normalidade» Constitucional

O Legislador constituinte veio contemplar, no *supra* mencionado artigo 19.º da CRP *duas espécies de «estados de excepção» constitucional*: o «estado de sítio» e o «estado de emergência». Ora, basta que o intérprete se debruce, sem grande labor, sobre a letra deste preceito, para ficar ciente de que o Legislador constituinte definiu e aquilatou *o primeiro como «mais grave» do que o segundo*, seja quanto aos respectivos *pressupostos ou causas fácticas*, seja, compreensivelmente, no que toca *aos efeitos jurídicos* produzidos pelo *acto constitutivo* em que se traduz a *declaração formal de qualquer um deles.*

É dizer*, por via de Decreto do Presidente da República*, nos termos do disposto no artigo 134.º, alínea *d)* e 138.º, da Constituição, mediante *autorização da Assembleia da República* (artigos 161.º, alínea l) e 179.º, n.º 3, alínea f)) – até porque, em Portugal, o *direito de necessidade constitucional não deixa de assumir um ostensivo pendor parlamentarista* – que se segue à «*audição» interventiva do Governo* (artigo 138.º), acrescida, ainda e por fim, da *referenda governamental*, sob pena de *inexistência* jurídica, tal com também determina o artigo 140.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei Fundamental[9].

---

8 Cfr. ALAN GREEN, *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Covid-19 Collection, Bristol University Press, 2020, pp. 61 e ss.

9 Decorrente *da natureza parlamentar que, progressiva e essencialmente, veio a assumir a «forma de Governo» constitucionalmente «recortada»*, a qual, não obstante ter sido apelidada *ab initio* – e ainda o é, por certos Autores - de «*semipresidencialismo*», passou a ser entendida, em particular, pela Escola de Coimbra, como uma *fórmula «mista parlamentar-presidencial»* e, mais presentemente, como um *parlamentarismo «atípico»* - posição doutrinária em cujas fileiras

O que não obsta a que se considere imperioso *afirmar, hic et nunc, quase em jeito paradoxal, que é precisamente em sede de decretação e da «vigência» de um «direito de excepção estadual» ou de um «estado de excepção constitucional», que mais relevância assumem os «poderes» constitucionais do Presidente da República*. A *declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é um «acto próprio» do Presidente da República*, cabendo-lhe, a ele, a *responsabilidade pela sua prática*, o que «revela a *densidade constitucional dos poderes autónomos de conformação política do PR* no âmbito da garantia do *regular funcionamento das instituições*», quando cotejada com o que «*seria «curial num regime parlamentar convencional*»[10].

Na esteira de Paulo Otero, também nós entendemos que *o «Presidente da República tem a "chave" da garantia política da Constituição, exercendo um verdadeiro poder moderador face a todas as restantes instituições, fiscalizando-as, arbitrando os conflitos e resolvendo crises: o Presidente, ocupando uma posição de terceiridade e de superioridade, num papel super partes, assegura o equilíbrio em caso de conflito entre os restantes poderes, desempenhando "as funções de polícia, árbitro e bombeiro" na garantia da Constituição*». Destarte*, a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência pelo Presidente da República*, nos termos e cumpridos os requisitos constitucionais, *enquadra-se precisamente no seu «poder moderador excepcional» de garantia política da Constituição* (artigo 120.º da Lei Fundamental)[11].

Decorre, assim, de uma *abordagem sistemática* destes preceitos, que, sem embargo do relevo específico assumido pela instituição parlamentar ou da

---

nos enquadramos -, atendendo ao seu *carácter predominantemente parlamentar, não obstante* a qualidade dos *poderes constitucionalmente* conferidos ao *Presidente da República,* erigindo-o em *titular de um (quarto) Poder Moderador*. Devendo ser dito, em abono – *republicano* – de conteúdo muito semelhante àquele que *Benjamin Constant* veio a atribuir ao *Monarca, elevando-o a «chave de toda a organização política»,* no computo dos Poderes separados do Estado, o qual veio a ter concretização *nas Constituições outorgadas ou Cartas Constitucionais das Monarquias «limitadas» do século XIX e de inícios do século XX*, como sucedeu, primeiro, no *«restauracionismo francês» e, depois, no caso brasileiro (Constituição do Império de 1824) e português (Carta Constitucional de 1826).* Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 597-605, 1085 e ss; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada…volume I. cit., pp. 399-405; Idem, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, volume II, Coimbra Editora, 2006, pp. 16-20; JORGE ALVES CORREIA, *Direito Público Luso e Brasileiro - Um Exercício de Direito Constitucional Comparado* , GESTLEGAL, 2.ª Edição, Coimbra, 2020 e Brasileiro, pp. 160-167 e 267-297; e RAFAEL DE LAZARI, *Manual de Direito Constitucional*, Editora D`Plácido, Belo Horizonte, 2017, pp. 327 e 328.

10 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, volume II, cit., pp. 192 e 193.

11 Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, Volume II, Organização do Poder Político, Almedina, Coimbra , 2010, pp. 215-219; J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Os Poderes do Presidente da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 60 e ss.

«intervenção parlamentar»[12], configurar, em última *ratio*, como *supra* evidenciado, um *«acto próprio» do Presidente da República*, esta «participação conjunta de vários órgãos de soberania revela-se um *complexo de actos constitutivos*» dos *procedimentos de declaração do estado de necessidade constitucional*.

Aliás, como defende Gomes Canotilho, *o próprio «acto de pronúncia» do Governo «não se reconduz a uma simples função consultiva, de carácter interno e preparatório», antes assume a natureza de um «acto de juízo com relevância autónoma*, em que o Governo exprime uma opinião sobre os pressupostos legitimadores do estado de sítio ou do estado de emergência, avalia discricionariamente o mérito da eventual declaração e aprecia as possibilidade e limites das medidas»[13] que *a ele caberá implementar*, nos termos do disposto no n.º 8 do artigo 19.º da CRP, a concretizar[14], muito em especial, por via da produção do *Decreto Governamental de execução do Decreto Presidencial de declaração do estado de excepção constitucional*[15].

Eis, então, *o «binómio» constitucional do estado de necessidade no âmbito do qual, mau grado o tronco comum de carácter orgânico e procedimental que envolve a respectiva declaração, por vezes, não se afigura nada fácil distinguir entre as duas figuras, sobretudo no respeitante às suas causas ou aos seus pressupostos objectivos*. Sem dúvida que *ambos são concebidos como situações de «anormalidade constitucional» em que o grau de «intensidade do perigo» emerge diferenciado*, sem embargo de o intérprete se contentar com um *resultado hermenêutico muito ténue*, *praticamente declarativo, eventualmente enunciativo por utilização do argumento a contrario sensu*, o qual também *não deixa de ser fruto de um relativo «descomprometimento» do Legislador constituinte*.

3. Um «Direito de Excepção» Jurídico-Constitucionalmente «Inacabado» ou «Incompleto»?

De qualquer modo, sempre decorre do prescrito no artigo 19.º da CRP que «*o estado de emergência é um menos em relação ao estado de sítio, mesmo gravoso para os direitos fundamentais, afectando menor número deles e restringindo o seu*

---

12 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1105.

13 *Ibidem*, pp. 1105 e 1106.

14 Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado de Exceção no Direito Constitucional – Uma Perspectiva do Constitucionalismo Democrático – Teoria Geral e Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 225-258.

15 Sobre esta *«normatividade partilhada»,* cfr. PEDRO LOMBA, *Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária; alguns problemas, in Estado de Emergência e Crise Epidémica, in* @pública, Revista Electrónica de Direito Público, AAFDL, ICJP e CIDP, Lisboa, 2020, pp. 38-42.

exercício menos intensamente».[16] Contudo, em bom rigor, *o Poder Constituinte «absteve-se de qualquer fórmula densificadora dos respectivos conceitos»*[17]. Assim, *exige-se, pois, ao intérprete ou aplicador do regime normativo, um acrescido «esforço de densificação destes conceitos de forma tornar mais transparentes os pressupostos objectivos, justificadores do apelo a mecanismos constitucionais excepcionais*»[18].

E, até certo ponto, é *compreensível* a postura de *contenção do legislador constituinte*, precisamente por se tratar de *uma situação de anormalidade «constitucional»*! *Por natureza o que, a priori, é concebido como «anormal» ou como «excepcional», origina necessariamente maiores dificuldades na previsão dos «pressupostos» normativos*. Aliás, assim afirmam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, para quem «é visível o propósito de não codificação constitucional integral do "estado de excepção", talvez com base na ideia de *ser impossível "normalizar normativamente "situações caracterizadas pela anormalidade e pela impossibilidade de precisão das providências adequadas e necessárias ao pronto restabelecimento da ordem constitucional*»[19].

Reside, pois, aqui a razão de ser da *necessidade constitucional da sua «regulamentação legal»* – que, em Portugal, veio a ser operada pela Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, na versão que lhe foi conferida pela Lei Orgânica, n.º 1/2012, de 11 de Maio – mas «*rodeada de particulares cautelas*», visto tratar-se de uma *Lei Orgânica, com valor reforçado* (artigos 166.º, n.º 2 e 168.º, n.º 5, da CRP), que integra a reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 164.º, alínea e), da CRP), «*devendo por isso ser acatada pelos instrumentos de autorização e de declaração do estado de excepção*».

Todavia, somos de opinião que, *do ponto de vista estritamente substancial* – para nós, o mais relevante, no contexto temático em análise, *maxime* no que respeita a uma *exigível clarificação normativa dos «casos de calamidade pública», entre os quais se contam a situação pandémica de início dos anos 20 do século em curso –, esta Lei do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, é pouco prestável e insuficiente*, ficando muito aquém do que se exige para uma Lei - com tal valor formal – regulamentadora dos estados de excepção constitucionalmente previstos.

O tempo, os factos e a experiência levam-nos a refletir e, eventualmente, a modificar os nossos cenários e construções jurídicas. *Se ubi societas, ibi ius,* hoje, tão pouco tempo *passado do pico da pandemia que ameaçou e lesou, em especial,*

---

16 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, cit., p. 400.

17 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1100.

18 *Ibidem*, p. 1100.

19 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, cit., p. 405.

os bens jurídico – constitucionalmente protegidos da vida e da saúde pública – também *objecto de direitos fundamentais* –, assim como da *declaração do «estado de emergência» constitucional e dos «estados de contingência» e de «calamidade» administrativos – estes últimos, para nós, de duvidosa constitucionalidade, diga-se de passagem* – que *determinaram, em grande escala, a suspensão e limitação de direitos, liberdades e garantias*, também constitucionalmente consagrados, *não podemos concordar com um entendimento segundo o qual o «âmbito normativo de «calamidade pública» é muito mais fácil de precisar do que o de «grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática»*.

Ora, pelo que, tão árdua e dramaticamente, assistimos e vivemos - tanto de facto, como de Direito – *já não basta dizer***,** com todo o devido respeito, *que por calamidade pública se entendem as «catástrofes naturais» (terramotos, vulcões, tempestades, inundações epidemias), as «catástrofes tecnológicas» e os «acidentes graves»*[20]. Destarte, antecipando o nosso pensamento conclusivo, *diremos que importa ir mais além na regulamentação jurídica, tanto no plano da hipótese, como da estatuição. E, esta é uma tarefa que cabe, antes de mais ao Legislador constituinte derivado. Depois, sequencialmente, ao Legislador ordinário e, por fim – só por fim – atendendo às reservas sob as quais se encontram as matérias em causa, à Administração, sempre em conformidade com os cânones dos Princípios da Constitucionalidade e da Legalidade*.

4. Da «Mera» Questão Gradativa da «Intensidade» da Gravidade ou uma Acrescida Exigência de Densificação de «Pressupostos» Abstractos de Estado de «Anormalidade» Constitucional

Como dissemos, *conjugando o prescrito no* n.º 2, em cujos termos, «*O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública*», *com o previsto no* n.º 3 do artigo 19.º segundo o qual, «*O estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no número anterior se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias susceptíveis de serem suspensos*», *apenas se conclui* pela «*menor gravidade do estado de emergência, em relação ao estado de sítio*»[21].

Essa «indeterminação» normativa ocorre mais *nos «pressupostos» do que*

---

20 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1102.

21 *Ibidem.*

nos efeitos ou consequências jurídicas, por via da *pretensão de concretizar uma «diferenciação» ou «selecção» mais acurada dos direitos, liberdades e garantias a suspender e do grau «intensidade» com que devem ser «suspensos»*: «alguns», no «*estado de emergência*» (n.º 3 do artigo 19.º), com um *grau de intensidade* «variável», «menos grave» ou «menos limitativa», em função das circunstâncias concretas; «quase todos», *no «estado de sítio» - podendo ir até «à suspensão total (com a excepção dos mencionados no n.º 6)»*, *provavelmente com um grau muito mais elevado de intensidade, também em decorrência das circunstâncias objectivas* (n.º 2)[22].

Importa não descurar que, a nosso ver, o n.º 6 do artigo 19.º da Lei Fundamental *contempla uma «cláusula de inviolabilidade» absoluta de Direitos, Liberdades e Garantias, seja em «estado de emergência», seja em «estado de sítio»*. Dela *resulta expressamente a proibição de suspender ou «afectar», «em nenhum caso* (…) *os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião*»[23]. Resumindo: *sendo o «estado de emergência configurado como um estado de excepção menos intenso, compreende-se que os seus limites sejam mais estritos do que os do estado de sítio*»[24], colocando-se, assim, a *questão da permanente exigência de proporcionalidade ou de proibição do excesso* (artigo 19.º, n.º 4, da CRP).

5. Da observância do Princípio da Proporcionalidade

Todavia, *a interpretação ou a delimitação do âmbito normativo do conteúdo dos direitos a suspender, também não se afigura isenta de dificuldades***,** aliás, tal como sucedeu, *em Portugal,* com a «liberdade de culto» aquando da «declaração do estado de emergência», exigida pela pandemia Covid-19 - sobre a qual nos debruçamos, em concreto –, ou poderia ter vindo a suceder, ainda mais, relativamente a outros direitos, liberdades e garantias.

Reportamo-nos àquela *alegada distinção «categorial» entre a «liberdade interna» e «liberdade externa» de culto ou de religião*, a nosso ver, *falível, insegura e jurídico-constitucionalmente infundada*, *para efeitos de relativizar, paradoxalmente, por vias sibilinas, um «limite absoluto» à possibilidade de*

---

22 Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado de Exceção no Direito Constitucional – Uma Perspectiva do Constitucionalismo Democrático, cit.,* pp. 171-188.

23 Cfr. ALAN GREEN, *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Covid-19 Collection, Bristol University Press, 2020, pp. 45-49

24 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, cit., pp. 402 e 403.

suspensão de Direitos, Liberdades e garantias, em «estados de excepção».

Estamos em crer *que a prudência e* «arte» *política dos titulares, respectivamente, dos interesses públicos em perigo e da liberdade fundamental envolvida, permitiram ultrapassar tais problemas hermenêuticos-constitucionais, através de uma solução antecipadamente «concertada» que apontou no sentido de uma verdadeira «auto-limitação» (parcial) do exercício da liberdade de culto ou de religião – desde logo, por parte da Igreja Católica, a que se seguiu a mesma tomada de atitude por parte de outras Confissões Religiosas.*

Não obstante, julgamos que, *hic et nunc*, *tendo como pano de fundo determinante o Princípio do Estado de Direito e projectando-se as consequências mais gravosas dos dois «estados de ex**c**epçã**o**» no domínio da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias – e nunca na sua «abolição» - o Princípio da Proporcionalidade ou da Proibição do Excesso não deixa de encontrar, aqui, um terreno de eleição*.

Destarte, fora a situação do *«estado de guerra»* que integra, *inequivocamente*, a categoria do «estado de necessidade externo» e, como tal, se reconduz, em termos imediatos, à *declaração de «estado de sítio»*, *as coisas passam a complicar-se com os ditos casos de «estado de emergência (militar)», ainda tidos como casos muito graves de* «estado de necessidade externo»*, mas em que, precisamente por isso, relativamente aos quais se pode colocar a hipótese ou a dúvida de serem remetidos, tanto para uma situação de «estado de emergência» tout court, como para um cenário de «estado de sítio», agora em função da proporcionalidade (adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade stricto sensu) do grau de «perigo» que representam.*

De igual modo, *o Princípio da Proibição do Excesso* é convocado também naquele acervo de casos designados de «estado de necessidade interno» que contempla, por um lado, a crise resultante de uma «grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática» e, por outro, a «calamidade pública», os quais, *atendendo a uma suposta gravidade menor, remetem para o «estado de emergência» constitucionalmente consagrado*[25].

6. Insuficiência Legal Legitimadora e Carência de um Específico Regime Jurídico-Constitucional de «Estado de Emergência Sanitária»

Acontece que, *mesmo antes de sermos confrontados* - pela primeira vez, na história da Constituição vigente – *com a «instauração» de uma das categorias deste*

25 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1100-1102.

«estado de excepção», *já era legítimo tecer sérias críticas a uma evidente imprecisão do Legislador Constituinte de 1976, no respeitante ao modo como expressa o necessário cumprimento dos respectivos requisitos fundantes e legitimadores*, muito em particular ao preceituado no artigo 19.º, *sem embargo de uma exigência acrescida de busca ponderada e cautelosa de legitimidade jurídica-constitucional para aplicação de um «regime específico» que*, como vimos de dizer, *temos por pouco «claro e inequívoco em muitos aspectos essenciais», nomeadamente quando esteja em causa uma situação de «calamidade ou de emergência sanitária»*[26].

Ora, *esta reflexão sobre o desconforto constitucional (e legal) veio a apurar-se e a agravar-se indelevelmente com a decisão do Presidente da República - ou, melhor dizendo, antes e depois desta* - que, pelo Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de Março, *declarou o «estado de emergência» - logo regulamentado* pelo Decreto do Governo n.º 2-A/2020 de 20 de Março -, após *cumpridos os procedimentos e a observância das competências dos órgãos constitucionais neles imperativa e conjuntamente envolvidos*, *obvia e substancialmente movido pela gravidade incontrolável, à data, das razões pandémicas «globais»*, por todos conhecidas – *a infecção humana pelos vírus (coronavírus) SARS-CoV-2 ou COVID-19*[27].

E, em nosso entender, *esta reação negativa agravou-se precisamente por falta de um entendimento preciso – ingénuo ou intencional - do Público, dos media e do meio político, acerca da qualificação deste «estado de necessidade constitucional» como um estado de emergência «preventivo»*, por parte de quem o declarou, ou seja, do Presidente da República.

Em boa verdade, *esse aposto ou qualificado presidencial só teve como móbil demonstrar a necessidade imperiosa de conferir um enquadramento jurídico-constitucional mais rigoroso quanto à adopção de medidas prementes, maxime de natureza administrativa, que vinham sendo exigivelmente adoptadas pelo Governo – sob a forma de resoluções normativas do Conselho de Ministros, o mesmo é dizer, de regulamentos administrativos –, em prol do combate à pandemia, ou seja, de uma concretização «excepcional» do interesse público constitucionalmente contemplado e dos bens jurídicos em que este se analisa ou desdobra*, como a vida, a saúde, a integridade pessoal, o trabalho, a iniciativa económica e muitas outras vertentes da *salus publica* delineada Lei Fundamental.

Não obstante, em contraposição tais disposições normativas afiguravam-se – pelo menos, para nós, de muito duvidosa conformidade constitucional, posto

---

26 *Ibidem*, p. 1099.

27 Sobre a caracterização e os impactos negativos imediatos da «pandemia», *vide* o «resumo», tão bem conseguido por EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO, *O Impacto das Medidas de Covid-19 nos Direitos Humanos*, Projeto TIK TAK – Human Rights on Hold, Financiado, entre outros, pela Fundação Calouste Gulbenkian e pela Fundação Bissaya Barreto.

envolverem uma restrição «anormal» ou, mesmo, uma «suspensão» de direitos, liberdades e garantias, insusceptíveis de serem jurídico-administrativamente fundamentadas ou legitimadas pelas Leis em vigor - mesmo quando se abusava de interpretações extensivas ou de integrações analógicas –, tanto da Lei de Bases da Protecção Civil (BPC), como na Lei de Bases da Saúde (LBS) e da Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública (LSVSP)[28].

Destarte, *não está em causa, apenas, uma questão de prever, na Constituição, o mais «rigorosamente» quanto possível, esta exigível «suspensão», mas também de a articular «proporcionalmente» com o «direito de necessidade constitucional» e com a específica «situação de necessidade pública do Estado» que lhe é assacada como fundamento, isto é, com situações constitucionais excepcionais e peculiares* **«***de crise ou de emergência que constituem uma ameaça para a organização da vida da comunidade a cargo do Estado»*[29].

Isto, também, para concluir que *num Estado Constitucional, representativo ou de direito, «a extensão e a intensificação da normatividade acompanham-se da extensão e da intensificação das regras sobre situações de necessidade»,* posto que «*o rigor do estatuto jurídico do Estado envolve o rigor e o alargamento jurídico das situações de necessidade*»[30].

Especificamente no caso português, importa ter bem presente que o combate à Pandemia COVID - 19 – cuja *perduração temporal* e as respectivas *consequências no mundo da aplicação e da produção do Direito*, ora estão no centro destas nossas atenções – *«conduziu à mobilização de instrumentos jurídicos de excecionalidade», tanto do estado de excepção constitucional, em primeiro lugar, como foi o «estado de emergência»,* contemplado e regulado na Lei Fundamental*, bem como, logo de imediato – pese embora, a nosso ver, pouco ou nada «conseguido», em sede de legitimidade jurídico-constitucional – pelos designados «estados de exceção administrativos» (especiais).*

Assim sucedeu com a declaração de «estado de calamidade» que corporiza, juntamente com *«estado de contingência» e com o «estado de alerta», o denominado «Direito Administrativo de exceção»*[31], corporizado ou escorado na Lei de Bases da Protecção Civil (BPC)**,** assim como na Lei de Bases da Saúde (LBS) e na Lei do

---

28 Sobre as diferenças entre o *«Modelo da Suspensão e o Modelo da Restrição», «Estado Constitucional de Emergência» e «Estado Administrativo de Calamidade», vide*, Miguel Nogueira de Brito, *Modelos de Emergência no Direito Constitucional*, *in* @pública, Revista Electrónica de Direito Público, AAFDL, ICJP e CIDP, Lisboa, 2020, pp. pp. 26 e ss.

29 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, cit., p. 397.

30 Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2020.

31 *Ibidem*.

Sistema de Vigilância em Saúde Pública (LSVSP)[32], *mau grado, em nossa opinião, tal pretensão de fundamentação se mostrasse constitucionalmente muito débil para legitimar uma «suspensão» de Direitos, Liberdades e Garantias, a sua continuação, e inclusive, uma restrição «alargada» mas não autorizada, nem pela letra, nem pelo sentido e nem pelo alcance de tais regimes jurídico-administrativos*[33].

Isto, sem nunca olvidar que – como temos vindo de defender – «*quando concebidas como formas de "estado de necessidade", estas figuras consubstanciam» – ou pretendem consubstanciar, como ocorreu, precisamente, com os «estados de exceção administrativa» – um modo de legalização de atuações que, praticadas sob outro circunstancialismo, seriam, seriam inválidas*»[34].

A este propósito, deve reforçar-se a ideia de que, por um lado, *a panóplia e a «intensidade» dos instrumentos jurídicos de intervenção utilizados pelos Poderes Públicos durante a vigência do «estado constitucional de necessidade» ou do «estado de emergência» não foram objecto de tão evidente mutação ou substituição com a passagem para a adopção dos «estados de excepção administrativa» – bem patente na interpretação exacerbada dos poderes «limitativos» do Governo*, *maxime* por mor da utilização *ultra vires* dos *regulamentos administrativos* – em especial, sob a forma de *resoluções normativas do Conselho de Ministros* – e *sobretudo num domínio tão sensível como é, no mínimo, o das «restrições» aos direitos, liberdades* e garantias, acompanhada, praticamente, de uma *consciente inactividade ou, mesmo, de uma renúncia – tácita – ao exercício das funções legislativas e do controle político por parte do Parlamento*[35].

Por outro lado, como temos vindo a advertir, foi precisamente essa constância, pese embora sempre relativa, que veio a suscitar *questões sérias de constitucionalidade em torno dessa produção normativa governamental, dignas da mais elevada reflexão e de um necessário arranjo jurídico-normativo futuro*[36],

---

32 Respectivamente, a Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, a Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro e a Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto.

33 Sobre o *«poder reforçado» do Governo ou de uma Administração «necessariamente reforçada»*, em tempo de pandemia, e o que apelida de *«emergência criativa»*, *vide*, Pedro Lomba, *Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária*…, cit., loc. cit., pp. 49-55.

34 Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Direito Público e Pandemia*, cit., loc. cit., p.47. Sobre *o «Direito Administrativo de Exceção», por contraposição ao «Direito Constitucional de Exceção»*, *vide* EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO, *O Impacto das Medidas de Covid-19 nos Direitos Humanos*, Projeto TIK TAK – Human Rights on Hold, Financiado, entre outros, pela Fundação Calouste Gulbenkian e pela Fundação Bissaya Barreto, pp. 6-11.

35 *Ibidem,* p. 11.

36 Sobre o *«planeamento de uma próxima pandemia» e a «importância de preparação da emergência», sobretudo em sede legislativa, sempre em conjugação com a protecção dos Direitos Humanos, vide*, Alan Green, *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Covid-19 Collection,

em jeito de se poder afirmar que o próprio Direito Público da «Anormalidade» exige ou convoca uma «normalização» normativa que coerentemente intersecte, sem sobressaltos bruscos e evidentes de (i)legitimidade, o Direito Constitucional de Excepção e o Direito Administrativo de Excepção.

7. Em Guisa de Conclusões Finais

Esta é, em primeira linha, *a nossa proposta de «mudança», independentemente de qualquer que seja o ordenamento jurídico em causa…*

É que, como sublinha Ana Raquel Moniz, se é uma verdade que a *adopção destes diversos «estados de excepção» vai depender do preenchimento de pressupostos próprios e possui uma duração (em parte diferenciada)*, *também da perspectiva da afectação dos direitos fundamentais os respectivos efeitos são distintos*: *a suspensão, nos estados de excepção constitucional e a (mera) «restrição» nos estados de «excepção administrativa» - sempre em consonância – supõe-se – com a «gravidade das situações que lhes estão subjacentes»*[37].

De igual modo é imperioso é ter presente, que, *qualquer que seja o «estado de excepção», mormente um «estado de excepção constitucional», ele não pode, nem deve «passar disso»*, *em tributo à própria força normativa da Constituição e do respeito pelos direitos fundamentais*. O mesmo é dizer que *se está em causa uma «situação anómala e por natureza transitória», somente devem ter lugar quando os «meios constitucionais» e administrativos «normais» não forem suficientes para neutralizar as perturbações que colocam em causa a harmonia da ordem constitucional». Sem nunca cair em situações (ou tentações) de «normalização da excepcionalidade»*[38].

Em bom rigor, *mutatis mutandis*, *foi este quadro de suspeição de ilegitimidade – não desejado – que acabou por ocorrer, em Portugal, aquando da «viragem» do «estado de emergência» constitucional para o «estado de calamidade» administrativo, vindo a gerar controvérsias sobre a conformidade constitucional da actuação dos poderes políticos e acabando, caso a caso, com necessários e últimos apelos à ponderação e sindicância jurisdicional, maxime em sede de fiscalização da constitucionalidade de tais actos normativos «anómalos»*[39].

Bristol University Press, 2020, pp. 160-166.

37 Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Direito Público e Pandemia*, cit., loc. cit., p. 46.

38 Cfr. EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO, *O Impacto das Medidas de Covid-19 nos Direitos Humanos*, cit., loc. cit. p. 9.

39 Acerca do *«estado de necessidade» administrativo, v.s. «estado de necessidade» constitucional*, cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, *Direitos Fundamentais*, TOMO IV, 3.ª

Em jeito de *síntese final*, seguimos de perto a postura de Ana Raquel Moniz, quando adianta que *a necessidade de ser elaborada uma «lei de protecção epidemiológica ou de emergência sanitária»,* qualquer que seja o sistema jurídico, «*a mesma exigirá não só uma adequada articulação com o sentido da existência de um estado de exceção com fundamento em calamidade pública (ou instituto análogo), como também uma reflexão e uma ponderação em matéria de conformação/limitação/restrição de direitos constitucional fundamentais, sobretudo de direitos, liberdades e garantias e da possibilidade e do grau de intervenção normativa da Administração neste horizonte*»[40].

Razão pela qual, agora, em nosso específico entender, t*al tarefa impenderá, afinal, antes de tudo, sobre um Poder de Revisão atento e empenhado que, logo em sede jurídico constitucional, se proponha contemplar e definir, na Lei Fundamental, um regime específico de «estado de emergência sanitária», alicerçado numa «conciliação» entre interesses constitucionalmente protegidos e direitos fundamentais constitucionalmente consagrados*.

Destarte, será nesse regime «inovador» - a contemplar na *Lex Fundamentalis - que, em sede infraconstitucional, será legítimo escorar a produção do supramencionado acto legislativo de «emergência sanitária» - preferencialmente com «valor reforçado»[41] -, mas que defina, com rigor, os «pressupostos» cuja verificação permita que Administração venha a praticar os actos necessários (e proporcionais) à prossecução do interesse público da «protecção epidemiológica», mesmo se «excepcionalmente» restritivos, quiçá «suspensivos», de (alguns) direitos fundamentais dos cidadãos, sem embargo da imposição de um grau máximo de vinculação[42], o mesmo será dizer, da redução da discricionaridade administrativa ao mínimo, quer no que respeita à definição daqueles pressupostos, quer no que toca ao seu conteúdo restritivo*[43].

Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 342 a 348.

40 Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Direito Público e Pandemia*, cit., loc. cit., pp. 54 e 55; Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2020.

41 Sobre o regime das *«leis ordinárias reforçadas»*, vide J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*…cit. pp. 781-785.

42 Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, TOMO IV, cit., pp. 338 e ss.

43 Segundo Vieira de Andrade, *«deve ainda considerar-se que a lei restritiva, em função da reserva de lei formal, tem de apresentar uma densidade suficiente, isto é, um certo grau de determinação do seu conteúdo, pelo menos no essencial, não sendo legítimo que deixe à Administração espaços significativos de regulação ou de decisão»*. Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 290 e 291.

DIREITO E SOCIEDADE, DESAFIOS PÓS PANDEMIA COVID-19: O CASO DE ANGOLA

Law and Society: The Angola case study on the post pandemic challenges

José Octávio Serra Van-Dúnem
Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade Agostinho Neto,
Director do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Sociais (CEJES),
Universidade Agostinho Neto, Angola

Resumo: A abordagem será em torno da relação Direito/Sociedade e dos desafios que se impuseram como resultado da Pandemia COVID-19, olhando o caso de Angola. A crise mundial criada pela pandemia da COVID-19, afectou, em todo mundo, a relação entre a Sociedade e o Direito, este choque fez com que, no caso angolano, o Estado tomasse medidas extremas no sentido de proteger os cidadãos e as comunidades. Contudo, não foi pacífico, do ponto de vista jurídico, aplicar um conjunto de medidas como, o confinamento obrigatório, a limitação de circulação das pessoas, a proibição de participação em actos públicos, o encerramento de fábricas, decorrendo daí o agravamento ainda maior da situação económica e social, do País, em que muitas empresas que foram obrigadas a encerrar, despedindo milhares de trabalhadores. O cenário acima descrito, levantou várias questões com implicações Jurídicas e sociológicas, das quais destacamos duas: primeiro, podem ou não haver limitações aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, tal como estão definidas na Constituição, em situação de emergência sanitária e quais as implicações na relação Direito e Sociedade? Segundo, como proceder num processo de restrições se não se cumprirem todas as regras e normas constitucionalmente definidas?

Palavras-chave: Direito; sociedade; confinamento social; pandemia;

covid-19.

Abstract: This session will focus on the relation between the rule of law/ society and the challenges that arose from the pandemic in Angola. The global crisis created by the pandemic affected societies and the rule of law around the world. In Angola, the State took extreme measures to protect citizens and communities, such as mandatory confinement, limiting the movement of people, prohibiting participation in public events, and closing factories. However, it was not a smooth process from a legal standpoint, resulting in an even greater worsening of the economic and social situation in the country, in which many companies were forced to close, laying off thousands of workers. The scenario described above raised several questions with legal and sociological implications, of which we highlight two: first, should there be limitations to fundamental rights, freedoms and guarantees, as defined in the Constitution, in a health emergency situation and what are the implications in the relation between the rule of law and society? Second, how should we proceed when constitutionally defined rules and norms are not complied with?

Keywords: Law; society; social confinement; pandemic; Covid-19.

"Podemos ter chegado em navios diferentes, mas agora estamos todos no mesmo barco"
Martin Luther King

"Aristóteles tinha razão: somos animais sociais"
Fareed Zakaria

Introdução

O presente trabalho tem como finalidade apresentar um olhar sobre os efeitos Económicos, Sociais e Jurídicos do Confinamento Social em Angola, durante a pandemia da Covid 19 a partir de uma pesquisa promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Sociais (CEJES) da Universidade Agostinho Neto (UAN) de Angola. Nesse âmbito será dada nota dos seus objectivos, da abordagem metododológica accionada e respectivos procedimentos associados, bem como dos resultados esperados. Complementarmente são disponibilizados

os resultados preliminares do inquérito online realizado, que registou 1211 respostas válidas, no período entre 20 de Abril e 4 de Maio de 2020, quando se iniciou a segunda fase do Estado de Emergência em Angola. O texto integra uma breve descrição sobre a evolução da Covid-19 em Angola e sobre o modo como o Governo angolano respondeu à crise pandémica.

Para além de apurar em que medida os inquiridos estariam ou não a acatar as restrições de mobilidade e as medidas de prevenção e higiene recomendadas pelas autoridades administrativas e sanitárias, o inquérito procurou perceber também os efeitos, e eventuais mudanças, que o confinamento produziu sobre os inquiridos em cinco diferentes dimensões: práticas de consumo; modos de ocupação do tempo; relações familiares e sociais; uso dos serviços públicos e perfil de procura e acesso à informação. Terão todas as pessoas lidado com esta nova realidade de igual modo, ou será que variáveis como o sexo, a idade, a escolaridade, a área de residência, entre outras, determinaram diferentes respostas? Os resultados revelam que o contexto tem um papel importante, que os efeitos económicos e sociais são assimétricos e que não há uniformidade de opiniões mesmo entre segmentos de inquiridos homogéneos.

A partir dos resultados do inquérito, em jeito de conclusão, é enunciado um conjunto de eixos de análise que emergem como significantes e que serão objecto de exploração mais aprofundada, com o suporte de dados adiccionais obtidos através de outros procedimentos de recolha de informação. E são tecidas algumas considerações sobre a relevância, pertinência e actualidade da informação colectada[1].

1. A Covid-19 em Angola e a Resposta do Executivo Governamental

Na última conferência para actualização a situação sobre a Covid-19 em Angola, realizada em 30/5/2020, o Secretário de Estado para a Saúde Pública apresentou os seguintes dados: o país regista, até à presente data, 84 casos positivos, dos quais quatro óbitos, 18 recuperados e 59 activos, com um paciente que carece de cuidados especiais. Entre os infectados constam duas crianças de um e dois meses de idade. As autoridades sanitárias estão a seguir 455 casos suspeitos e 1.140 contactos dos contactos. Recorde-se que o primeiro caso foi anunciado em 23 de Março e que, já antes, o Executivo angolano accionara medidas para evitar a entrada do vírus no território angolano.

---

1 A referida pesquisa teve como Coordenadores os Professores José Octávio Serra Van-Dúnem e Carlos Manuel Mira Godinho Fernandes Lopes. A equipe de pesquisa, para além dos Coordenadores incluiu os Drs Além Panzo Manuel e Josué Chiyanga Ulundo Chilundulo.

Num primeiro momento a resposta governamental cingiu-se à proibição de entrada em território angolano, de todas as pessoas provenientes dos países mais afectados com a epidemia, como eram os casos da República Popular da China, Coreia do Sul, Irão e Itália. A decisão foi tomada pelo Ministério da Saúde, através de um decreto, que foi justificado pela necessidade da prevenção da expansão do coronavírus no país. Posteriormente, o número de países foi sendo actualizado até ter sido determinado o encerramento geral das fronteiras.

Angola fechou as fronteiras aéreas, terrestres e marítimas à circulação de pessoas a partir das 00h00 de 20 de março por 15 dias, prorrogável por igual período em função do comportamento da pandemia da Covid-19, segundo um decreto presidencial promulgado no dia 18 de Março.

Num segundo momento, o PR decretou o Estado de Emergência, por um período de 15 dias (de 26 de Abril a 10 de Maio), onde se estabeleceram restrições à mobilidade e às actividades económicas como forma de promover o distanciamento social. De entre as múltiplas restrições fixadas pelo Estado de Emergência, destacam-se as que impactam de forma mais directa sobre as actividades informais, face à extensão desse sector na economia angolana.

Para compensar a perda de rendimentos associada às restrições decorrentes do Estado de Emergência e ao contexto de crise, foi acelerada a criação de um Programa de Transferências Monetárias, no âmbito do Programa de Fortalecimento da Protecção Social em Angola, cuja fase piloto está projectada para começar em Maio deste ano e que se prevê beneficiar, com 8.500 kwanzas[2] (aproximadamente 14,76 USD), cada uma das 1.608.000 (um milhão e seiscentos e oito mil) famílias identificadas no inquérito sobre pobreza multidimensional nos municípios, realizado em 2018. Uma outra iniciativa, oriunda do Ministério da Acção Social, Família e Igualdade no Género é a distribuição, em alguns municípios, a conjuntos de famílias, de uma cesta básica para suprir as suas dificuldades alimentares, que é constituída por arroz, feijão, açúcar, sal, massa e óleo alimentar. Além da cesta básica, estão a ser entregues a cada família, produtos de higiene, como lixívia (água sanitária) e sabão para que estas possam observar as medidas preventivas sobre o coronavírus (Covid-19), para evitar o contágio.

Um terceiro momento foi a prorrogação do Estado de Emergência por um novo período de 15 dias (de 11 a 25 de Maio), com algum aligeiramento das restrições fixadas nos primeiros quinze dias. Um quarto momento foi a recente entrada em vigor do Estado de Calamidade (no dia 26 de Maio), na sequência da aprovação em tempo record de uma nova lei da Protecção Civil, e o subsequente levantamento de diversas restrições, permitindo o ínicio de uma fase de desconfinamento que se planeia vir a ser gradual.

2 Kuanza (moeda local).

2. Direito e Sociedade

Durante a crise da Pandemia da Covid 19 a relação entre o direito e a sociedade sofreu uma pressão intensa, sobretudo com interrogações e dúvidas jurídicas, começando pela legalidade de se tomarem medidas de limitação das liberdades fundamentais, mesmo que justificadas para se assegurar um bem maior que é o da protecção da vida das comunidades. (ver Raul Araújo[3]). Tendo sido a pandemia um acontecimento histórico mundial que devastou economias, instituições nacionais, arranjos globais, saúde pública e levou a reconsiderações dramáticas das relações entre cidadãos e entre eles e o Estado (Miguel Poiares Maduro e Paul Kahn[4]), foi preciso repensar como eles, cidadãos, se poderiam reconectar com o Estado, ficando essa tarefa muito numa via de mão dupla, Estado/cidadão/Estado, com responsabilidades repartidas. A juntar-se a questão atrás referida, Raul Araújo, aponta ainda várias questões, entre as quais destacamos as seguintes: a) Qual a posição do Estado em relação as pessoas que se recusam a serem vacinadas? b) O que se fazer se neste processo de restrições não se cumprirem todas as regras e normas constitucionalmente definidas? c) A vacinação das crianças deve ser obrigatória? Perante os questionamentos acima colocados, somos a concordar com Raul Araújo, "*no sentido de que o combate à pandemia foi um problema nacional e que os vários poderes políticos e públicos deviam estar engajados, agindo com celeridade, dentro dos limites que a Constituição lhe impõe, sem contudo se alterar materialmente os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, e respeitando o consequente princípio de separação e equilíbrio de poderes, concluindo-se que estando perante uma situação em que a defesa da saúde pública e das comunidades se devem sobrepor aos interesses individuais"*. Daí a necessidade de olhar para o impacto do confinamento social, com restrições de mobilidade da população, imposto por decretos presidenciais.

3. Os Efeitos Económicos e Sociais do Confinamento Social em Angola

O projecto foi lançado por um conjunto de investigadores do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Sociais(CEJES) da Universidade Agostinho Neto (UAN) de Angola durante o segundo período de 15 dias de confinamento social decretado pelo Executivo angolano. O objectivo foi efectuar uma primeira

---

3 RAUL CARLOS VAQUES, *Direito Versus Bioética em Tempos de Pandemia. Que Desafios*? Paper, 2021.

4 MIGUEL POIARES MADURO e PAUL KAHN, *Democracia em Tempo de Pandemia*, Editora Principal, 2021, pp. 5-6.

leitura sobre os efeitos económicos e sociais do confinamento social decorrente do Estado de Emergência que em Angola, como na maioria dos países do mundo, foi instituído para conter a propagação da pandemia.

A estrutura do projecto contemplou um inquérito rápido online aplicado durante o período de confinamento, um conjunto de webinars com 10 informantes especializados (psicólogos, sociólogos, economistas, juristas, actores relevantes da sociedade civil) difundidas através da rede social FACEBOOK e integra ainda um novo inquérito online a aplicar 1 mês após o final do período de confinamento obrigatório. Com o inquérito online, para além do levantamente dos dados sociodemográficos dos inquiridos, pretendeu-se obter informação sobre: cumprimento das restrições e medidas preventivas e de higiene; mudanças nas práticas de consumo; mudanças no modo de ocupação do tempo; mudanças nas relações sociais e familiares; mudanças nas relações com as Instituições; e, mudanças no perfil da procura e meios de acesso à informação. O inquérito foi associado a um formulário Google e foi disseminado através de Email, Whatsapp e Facebook. O inquérito não tem representatividade em termos de grupos populacionais, permitindo apenas relacionar variáveis e identificar pistas para análise. O prazo de respostas decorreu entre o dia 20 de Abril e o dia 4 de Maio de 2020. A estratégia subjacente ao lançamento do inquérito assumiu a hipótese de que o confinamento social poderia contribuir para uma maior mobilização, com reflexos na taxa de respostas.

Este inquérito será replicado ao mesmo universo, um mês após o final do Estado de Emergência, com o objetivo de medir continuidades e diferenças relativamente às opiniões e atitudes anteriores, bem como de esboçar as práticas sociais associadas ao regresso de uma "nova normalidade".

4. Resultados Preliminares do Inquérito Online Aplicado durante o Período de Confinamento

A amostra integrou *1211 inquiridos*, dos quais 46% mulheres e 56% homens. O escalão de inquiridos com 55 ou mais anos foi o menos representado na amostra (11%), que foi maioritariamente constituída por inquiridos com idade entre os 25 e 44 anos de idade (59%). O escalão de idade maioritário compreendeu os inquiridos com idades entre os 35 e 44 anos de idade (34%). Uma maioria significativa dos inquiridos (71%) declarou ter formação académica superior (licenciatura, 59%) ou pós-graduada (mestrado ou doutoramento, 12%) enquanto 24% afirmaram frequentar o ensino superior. Os inquiridos casados (41%), solteiros (40%) e em uniões de facto (11%) dominam a amostra. A maioria dos informantes integra agregados familiares com 4 a 6 membros (46%) ou com

1 a 3 membros (39%) enquanto apenas 4% fazem parte de agregados familiares muito numerosos, com 10 ou mais membros. A maioria dos respondentes professa a religião católica (51%), uma parte significativa são protestantes (29%) e um percentual não negligenciável assumiu não ter religião (15%). A grande maioria ods inquiridos reside na Província de Luanda (87%), Benguela, Lunda Norte, Huambo e Huíla representam 8% da amostra enquanto as outras provincias e a disáspora repfresentam apenas 5%. Registe-se que foram recebidas respostas com origem em 16 das 18 províncias angolanas. Quanto à área de residência, 79% residem na área urbana, 18% na área periurbana e apenas 3% na área rural.

No que respeita ao *cumprimento das restrições mobilidade e medidas de prevenção e higiene*, os resultados apurados revelam que 86% declararam ter cumprido rigorosamente as restrições de mobilidade determinadas. Relativamente às medidas de higiene e prevenção de contaminação, 91% da amostra assumiu proceder sempre à higienização frequente das mãos, 74% com permanente recurso ao álcool gel, 57% realizando sempre a desinfecção de objectos de uso corrente e apenas 47% usando sempre máscaras faciais.

	Uso de máscaras faciais	Desinfecção de objectos de uso corrente	Higienização frequente das mãos	Uso de álcool gel
Sempre	47%	57%	91%	74%
Algumas vezes	31%	27%	8%	21%

Relativamente aos *principais efeitos do confinamento social*, os inquiridos apontaram as mudanças nos modos de ocupação do temo (91%), as mudanças na actividade laboral e profissional (87%), as mudanças nas práticas de consumo (81%) e as mudanças nas relações familiares e sociais (80%). As mudanças no perfil da procura e nos meios de acesso à informação recolheram o menor número de ocorrências (65%).

Mudanças na actividade lab oral/ profissional	Mudanças nas práticas de consumo	Mudanças nos modos de ocupação do tempo	Mudanças nas relações familiares e sociais	Mudanças no perfil da procura e meios de acesso à informaçáo	Mudanças nas relações com as instituições
87%	81%	91%	80%	65%	76%

Do total da amostra, 726 dos inquiridos afirmaram desempenhar actividades essenciais enquanto 426 declararam estarem integrados em actividades não

autorizadas no quadro das interdições decretadas pelo Estado de Emergência. E os dados revelam que 53% dos inquiridos se encontravam em situação de teletrabalho, 9% em trabalho presencial por turnos e 38% em trabalho convencional. Observando as mudanças constatadas nas *práticas de consumo*, enquanto consumidores os inquiridos acataram as regras de prevenção e higiene associadas aos actos de consumo (97%), reduziram a frequência das deslocações para efectuar compras (93%) e passaram a afectar uma maior fatia dos respectivos orçamentos à aquisição de bens essenciais (73%); a opção pela compra de maiores quantidades em cada deslocação (55%) e a alteração dos locais habituais de abastecimento (54%) foram também opções de mais de metade da amostra, registando-se que apenas 50% dos inquiridos declarou ter reduzido as despesas de aquisição de bens e serviços.

Menor frequência de deslocações para compras	Redução das despesas de consumo	Compra de maiores quantidades em cada deslocação	Afectação do rendimento à aquisição de bens essenciais	Alteração dos locais habituais de abastecimento	Práticas de medidas de prevenção e higiene
93%	50%	55%	73%	54%	93%

Sobre as mudanças nos *modos de ocupação do tempo***,** os inquiridos declararam ter aumentado o tempo dedicado às actividades domésticas (91%), à comunicação com familiares e amigos (82%), à prestação de apoio aos familiares (60%) e ao lazer/entretenimento (55%).

Mais reduzido foi o percentual dos inquiridos que incrementaram o tempo dispendido em actividade física/desportiva (33%) e à actividade estudantil (37%).

Maior tempo de dedicação à actividade laboral	Maior tempo de dedicação à actividade estudantil	Maior tempo de dedicação às actividades domésticas	Maior tempo de dedicação à aquisição de bens e serviços	Maior tempo de dedicação a lazer e entretenimento	Maior tempo de dedicação a actividade física e desportiva	Maior tempo de dedicação a comunicação com familiares e amigos	Maior tempo de dedicação ao apoioa familiares
43%	37%	91%	41%	55%	33%	82%	60%

Em relação às mudanças nas *relações familiares e sociais*, a preocupação com a saúde e segurança dos familiares e redes sociais de pertença emerge como o dado mais expressivo, com 97% de respostas garantindo o cumprimento das regras de distanciamento, higiene e prevenção no quadro das relações domésticas e afins. Uma percentagem relevante dos inquiridos (92%) reconheceu ter feito uso, com mais frequência e durante mais tempo, das opções proporcionadas pelas novas ferramentas de comunicação e as redes sociai, ter aproveitado melhor o tempo para conhecer necessidades de familiares e amigos (70%), ter participado

mais nas tarefas domésticas (76%) e ter usado o tempo para actividades lúdicas com familiares (58%).

Cumprimento regras de distanciamento, higiene e prevenção	Maior recurso às tecnologias de comunicação	Maior investimento no conhecimento das necessidades de familiares e amigos	Mais tempo dispendido em actividades lúdicas com familiares	Maior partilha das tarefas domésticas
97%	92%	70%	58%	76%

No que se refere às mudanças no *perfil da procura e meios de acesso à informação*, 90 % da amostra assumiu ter feito pesquisa específica sobre a Covid 19 enquanto 82% afirmaram ter continuado a procurar informação de carácter geral. As redes sociais (88%) suplantaram a rádio e a tv (85%) como principal meio de acesso à informação.

Maior procura de informação específica sobre a Covid-19	Maior procura de informação de carácter geral	Maior uso dos meios de comunicação convencionais (rádio e tv)	Maior uso dos portais informativos	Maior uso das redes sociais
19%	82%	85%	83%	88%

Finalmente, no que concerne às mudanças no uso dos serviços públicos 91% dos inquiridos reconheceu ter feito menor usos dos serviços públicos enquanto o recurso às plataformas de acesso digitais foi opção para 77% dos respondentes.

Menor uso dos serviços públicos	Maior recurso às plataformas digitais
91%	77%

5. Eixos Analíticos para Aprofundamento e Discussão

Estando ainda em curso a análise dos dados apurados no inquérito online, de forma mais aprofundada, através do cruzamento das varáveis analisadas com as variáveis sociodemográficas, que seguramente permitirão sugerir outras linhas de interpretação dos resultados, bem como a sua triangulação com os elementos

informativos provenientes das webinars e dos comentários efectuados pelos internautas, é possível, desde já, fixar alguns elementos para a sua discussão:

- um forte impulso à presença do digital no quotidiano, com a aceleração da apropriação "forçada" pelo confinamento da tecnologia e das suas ferramentas, com carácter transversal às diferentes dimensões da vida social (no trabalho, no ensino, na comunicação, no lazer, nas interacções pessoais);

- novas percepções sobre o trabalho e o modo de o executar (bem evidente, nas vantagens e desvantagens do teletrabalho), sobre a habitação e as formas do seu usufruto e mudanças significativas no racional de arbitragem de ocupação do tempo individual e colectivo;

- reconfigurações das relações familiares e sociais, das expressões afectivas e dos modos de convivialidade, associadas ao imperativo de distanciamento físico; implicações sobre as relações de género associadas a uma atitude mais cooperativa em relação às actividades domésticas; tensões entre a maior proximidade resultante de mais tempo partilhado em comum e o isolamento gerado pela crescente omnipresenlça dos gadgets tecnológicos;

- a revalorização da saúde como variável central da qualidade de vida, potencialmente correlacionada com alguma reformulação de valores e mentalidades no sentido de uma maior consciência de interdependência e responsabilidade comunitária e de percepções sobre o papel dos actores e das instituições (nomeadamente o pale do Estado).

Outros caminhos serão necessariamente percorridos com a conclusão do relatório analítico e com a produção de textos para publicação em suportes científicos, com a convicção de que a matéria-prima gerada permite alimentar a convicção de que a relevância, a pertinência e actualidade do conhecimento gerado sobre os efeitos económicos e sociais do confinamento social em Angola constituirá um subsídio adicional para a produção académica sobre a pandemia Covid-19.

Conclusão

Sendo uma das principais consequências do confinamento uma redução substancial da presença e circulação de pessoas nas ruas e espaços públicos colectivos, os dados apurados pela pesquisa revelam que uma maioria muito significativa dos respondentes correspondeu às solicitações das autoridades, fazendo um esforço por acatar as orientações de isolamento e apropriando-se das medidas de prevenção individuais e colectivas, validando a estratégia do isolamento social como eficaz para evitar o colapso na assistência hospitalar e redução do número de vítimas da Covid-19. Com base na análise dos dados

apurados no inquérito online, de forma mais aprofundada, através do cruzamento das varáveis analisadas com as variáveis sócio-demográficas, muito por efeito das medidas necessárias e urgentes para o controlo da propagação da pandemia, teve inicio o estado de emergência no dia 27 de Março de 2020, ao abrigo do Decreto Presidencial n.º18/20 e por força de três prorrogações – a primeira pelo Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de abril, a segunda pelo Decreto Presidencial n.º 120/20, de 24 de abril e a terceira pelo Decreto Presidencial n.° 128/20 de 8 de Maio – o estado de emergência prolongou-se até às 23h59 m do dia 25 de Maio, tendo cessado a partir desse momento. A partir daí passou a vigorar o estado de calamidade pública, decretado pelo Presidente da República através do Decreto Presidencial n.º 142/20, de 25 de Maio. Assim, podemos fixar como referência para reflexão conclusiva alguns elementos:

Um forte impulso à presença do digital no quotidiano, com a aceleração da apropriação "forçada" pelo confinamento da tecnologia e das suas ferramentas, com carácter transversal às diferentes dimensões da vida social (no trabalho, no ensino, na comunicação, no lazer, no consumo, no lazer, nas interacções pessoais, na relação direito e sociedade).

- Novas percepções sobre o trabalho e o modo de o executar (bem evidente nas vantagens e desvantagens do teletrabalho), sobre a habitação e as formas do seu usufruto e mudanças significativas no racional de arbitragem de ocupação do tempo individual e colectivo; a substituição do trabalho pela tecnologia. Reconfigurações das relações familiares e sociais, das expressões afectivas e dos modos de convivialidade, associadas ao imperativo de distanciamento físico; implicações sobre as relações de género associadas a uma atitude mais cooperativa em relação às actividades domésticas; tensões entre a maior proximidade resultante de mais tempo partilhado em comum e o isolamento gerado pela crescente omnipresença dos gadgets tecnológicos; o incremento "forçado" do relacionamento inter-familiar pode constituir-se como uma fonte de conflitos potencialmente desagregadores das famílias.
- A revalorização da saúde (associada entre outros factores à redução do número de horas de trabalho, a uma maior integração na comunidade familiar, a uma menor pressão psicológica nas deslocações para e do local de trabalho e no próprio local de trabalho), como variável central da qualidade de vida, potencialmente correlacionada com alguma reformulação de valores e mentalidades no sentido de uma maior consciência de interdependência e responsabilidade comunitária e de percepções sobre o papel dos actores e das instituições (nomeadamente o papel do Estado); em sentido contrário, os efeitos perversos do confinamento, sobre o equilíbrio psicológico dos indivíduos, uma vez

que nem todos têm iguais competências para lidar com o stress e com os novos problemas colocados pelo isolamento.

- Um forte impacto em alguns sectores da economia, nomeadamente a aviação civil, o turismo, a restauração, o imobiliário, entre outros, e na estrutura produtiva e empresarial em geral, pelos constrangimentos directos colocados pela pandemia e pelo isolamento social necessário para evitar a sua propagação.
- A fragilidade e reduzida amplitude das medidas de suporte ao tecido empresarial, sobretudo às pequenas e médias empresas, com efeitos mediatos sobre o licenciamento de trabalhadores e de incremento das já elevadas taxas de desemprego, quer da população em geral quer principalmente dos jovens.
- A pressão sobre os segmentos populacionais integrados na economia informal, directamente afectados pelas medidas associadas ao confinamento, particularmente os comerciantes dos mercados, os ambulantes, os prestadores de serviços, os operadores de transportes de passageiros, com reflexos sobre a sua capacidade de geração de rendimentos e sem que em contrapartida medidas específicas de apoio à preservação das actividades e a segurança social dos actores tenha sido acionada.
- O expectável aumento, com carácter mais transversal, dos níveis de vulnerabilidade e de pobreza da população numa estrutura social marcada pela escassez e inoperância das redes institucionais de protecção social.
- Devido a uma maior pressão dos efeitos da pandemia sobre as camadas mais vulneráveis da população, é expectável uma maior resiliência da mesma consubstanciado na criação de formas de empreendedorismo, como por exemplo, na fabricação de máscaras faciais artesanais e sua comercialização ou no incremento exponencial de pequenos negócios online, nomeadamente ligados à confecção de alimentos, à venda de roupa, entre outros.

Tratando-se de uma primeira incursão pela temática, fica-nos a convicção de que a relevância, a pertinência e actualidade do conhecimento gerado por esta pesquisa sobre os efeitos económicos e sociais do confinamento social, a relação do Direito e Sociedade, em Angola poderá constituir um estímulo adicional para uma crescente produção académica angolana sobre a pandemia Covid-19, nas suas mais diversas perspectivas.

BIBLIOGRAFIA

ALICE DESCLAUX e JULIENNE ANOKO, *L´anthropologie Engagé dans la Lutte Contre Ebola (2014-2016): aproches, contributions et nouvelles quesstions, in* Santé Publique, Vol. 29, N.º 4.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: *A cruel Pedagogia do Vírus*, Coimbra: Almedina, 2000.

C. DEJOURS, O *fator humano,* Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2002.

CLAÚDIO M. A de OLIVEIRA LIMA, I*nformações sobre o Novo Coronavírus (COVID -19), in* Radiol Bras, Vol. 53, n.º 2, 2020.C. LOPES, *A pandemia COVID-19, as implicações do Estado de Emergência e os efeitos imediatos sobre actividades informais em Angola: uma leitura preliminar,* 2020, *https://www.economiaemercado.co.ao/artigo/covid-19-as-implicacoes-do-estado-de-emergencia-e-os-efeitos-imediatos-sobre-actividades-informais-em-angola.*

CARLOD M. LOPES, *A Economia Informal em Angola: breve panorâmica, in* RAS-Revista Angolana de Sociologia, N.º 14, 2014, pp. 61-75.

D. SALLES, "*Representações do trabalho: um estudo sobre o regime de Confinamento na indústria petrolífera"*, Tese de Doutoramento em Administração. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Fundação Getulio Vargas, 2009.

E. GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, São Paulo, Perspectiva, 1987.

INSTITUTO Nacional de Estatística (2016): *Resultados Definitivos do Recenseamento Geral da População e Habitação de Angola*, Luanda: INE.J. POTTER, e D. Edwards, *Social representations and discursive psychology*, Culture & Psychology, 5, 1999.

JOFFRE MARCONDES DE REZENDE, *Epidemia, Endemia, Pandemia, Epidemiologia, in* Linguagem Médica, vol. 27, 1998.

J. M. F. JASPARS, J.M.F. e C. FRASER, *Attitudes and social representations. In* R.M. Farr & S. Moscovici (Eds) Social Representations-Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

JOSÉ OCTÁVIO SERRA VAN-DÚNEM, Fundos *Sociais: um colírio no combate à pobreza?* O caso do FAS em Viana (Angola) Luanda: Kilombelombe, 2008.

JOSÉ OCTÁVIO SERRA VAN-DÚNEM e THEÓPHILE KODJO, *Solidariedade, Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020.

MÁRCIA GRISOTTI*, Pandemia de Covid-19: agenda de pesquisas em contextos de incertezas e contribuições das ciências sociais, in* Psysis – Revista

de Saúde Colectiva, vol.30, 2020.

MIGUEL POIARES MADURO e PAUL KAHN, *Democracia em Tempo de Pandemia*, Editora Principia, 2001.

RAUL CARLOS VASQUES ARAUJO, ELISA RANGEL NUNES, MARCY LOPES, *Constituição da República de Angola Anotada*, Tomo II, Edição do autor, Luanda, 2018.

RAUL CARLOS VASQUES ARAUJO, *Direito Versus Bioética em Tempos de Pandemia*. Que Desafios? Paper, 2021.

SÉRGIO CARRARA, *As Ciências Humanas e Sociais entre Múltiplas Epidemias, in* Psysis, Revista de Saúde Colectiva, vol.30, 2020.

Relatórios

ACCENTURE, *How COVID-19 will permanently change consumer behavior,* 2020.

CEIC, *COVID-19*: *Impactos económicos e sociais em Angola, Contribuição para o debate*, 2020.

CEPAL, *América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19,* Efectos económicos y sociales. Informe especial COVID19 n.º1, 2020.

ICES/ISCTE, *O Impacto Social da Pandemia*, Estudo ICS/ISCTE Covid 19. Lisboa, 2020.

IRI-BCG, *Covid19 impact:* consumer spending tracker for measured channels, 2020.

PNUD, *Potencial impacto socioeconómico da pandemia Covid19 em Angola*: uma análise sintética, 2020.

PANDEMIA DA COVID-19: AÇÕES DO GOVERNO BRASILEIRO, RESPONSABILIDADE E LIÇÕES

Covid-19 Pandemic: Brazilian Government Actions, Responsability and Lessons

Edmundo Lima Arruda Junior
Professor, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Resumo: O presente artigo trata das ações envolvidas diante da pandemia do vírus da Covid-19, particularmente no Brasil, precisamente, nas formas de responder a problemas de saúde pública diante do complexo quadro que se misturam e interagem fatores culturais, sociais e políticos. Em especial a forma irresponsável como o governo brasileiro agiu, procrastinando a compra da vacinas, divulgando tratamentos absolutamente ineficazes, desinformando a população sobre o perigo das vacinas experimentais. Esse processo foi marcado pela caracterização de inúmeros tipos penais, envolvendo técnicos, ministros, e o próprio presidente da república. Para futuras situações de risco é importante fortalecer o sistema de saúde unificado (SUS) e preparar os quadros públicos para lidar com as emergências nas quais confluem problemas decorrentes da estrutura federativa e de ordem política.

Palavras-chave: Pandemia; Covid-19; saúde pública; tratamentos; vacinas; responsabilidade penal; responsabilidade do governo.

Abstract: The present article addresses the actions taken in response to the Covid-19 pandemic, particularly in Brazil, focusing on how to tackle public health

issues amidst a complex landscape of interacting cultural, social, and political factors. It highlights the irresponsible manner in which the Brazilian government acted, delaying the purchase of vaccines, promoting completely ineffective treatments, and misleading the population about the dangers of experimental vaccines. This process was marked by various criminal offenses involving technicians, ministers, and the president himself. For future risk situations, it is important to strengthen the unified health system (SUS) and prepare public officials to handle emergencies that arise from the challenges of the federal structure and political order.

Keywords: Pandemic; Covid-19; public health; treatments; vaccines; criminal liability; government responsibility.

1. Introduzindo ao Tema

Dentro do painel "Saúde, Segurança e Direitos fundamentais", proponho uma intervenção breve na forma de notícias e narrações sobre a questão da tumultuada relação entre Política e Direito no Brasil, sob o contexto preciso das políticas de saúde pública durante a pandemia. Esta se situa como parte co-constitutiva de um conjunto de desconexões, desarticulações, descentramentos envolvendo as ordens política, económica, cultural, em tempos céleres nos quais o conceito de crise, herdado da modernidade, sequer logra compreendê-los. A expressão caos pode nos servir aqui como situação de desorientação das instituições nacionais e internacionais diante de uma sucessão progressiva e acumulativa de desintermediações e consequentes desinstitucializações em todo o mundo, com as quais a questão da Saúde, da Segurança e dos Direitos Fundamentais são colocadas em questão, exigindo um olhar mais atento ao conjunto de rupturas que nos impondo insegurança e medo e certa paralisia afetivo-cognitiva, nos dificultam compreender a complexidade dos problemas que nos afligem.

O olhar do presente discurso dá ênfase na sociologia do Direito mais que no Direito em si, embora pareça-me uma escolha necessária para mudar focos e perspectivas sobre o ponto de vista ético e hermenêutico no trato de situações emergenciais extremas. Ofereço um texto não restrito ou assentado na Lei ou nas normas envolvidas na questão do direito de saúde que a pandemia implica, situando alguns contextos nos quais se defrontam atores e instituições dos sistemas judicial e político. As anacronias entre Direito e Política em sociedades em desenvolvimento, vale dizer, em processo de construção democrática são antigas, tendo pandemia revelado graves obstáculos à realização da saúde pública em nosso país. A pandemia e os eventos da guerra da Ucrânia e matança em Gaza são sinais de desordens perpassadas por muitas outras mutações que apontam para uma

Metamorfose, conforme nos ensina Ulrich Beckv. Um quadro provisório desse aparente caos reveladores de transformações que se autoimplicam pode ser visto no Anexo 1, reportando os leitores ao trabalho prestes a ser publicado. Presentes desta forma os pressupostos de não causalidade entre dimensões (re)produtoras dessas múltiplas mutações enfrentadas neste século e dentro das quais se soma a questão agravada explicitada pela saúde pública mundial diante da pandemia do vírus da Covid-19

Trata-se de um relato para o público de não brasileiros sobre o quadro geral das dificuldades inerentes aos problemas do sistema judicial brasileiro e a toda a situação emergencial – a pandemia do Vírus da Covid-19, agravada por variantes culturais históricas e potencializada por respostas inadequadas da parte da presidência da República. Acredito que em geral na América Latina e África a questão do direito humano Saúde ainda enfrenta sérias dificuldades de recepção ou de efetivação. Uma dessas agravantes dá-se quando os dirigentes políticos não se empenham ou boicotam os encaminhamentos para a prestação de serviços públicos diante de quadros críticos.

No caso brasileiro há que se situar as atitudes e ações, descaso e mal exemplo da autoridade máxima no poder – o Presidente da República durante a vigência da pandemia, bloqueando ou mesmo boicotando reiteradamente uma performance apropriada na efetividade constitucional da parte dos agentes públicos comprometidos com a concretização do direito fundamental à saúde resguardado em nossa Constituição de 1988, e no caso do evento pandémico em questão, as diretivas internacionais da Organização Mundial de Saúde (OMS). O fato gerou implicações jurídicas no plano da responsabilidade penal do governo brasileiro. Tanto é que, por iniciativa do Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), Luís Roberto Barroso foi recomendado a instalação de uma Comissão para averiguar os graves acontecimentos.

Nessa perspectiva a presente comunicação apoia-se, principalmente, no trabalho da CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), cujo trabalho de investigação e apuração dos fatos de grande importância para a política nacional culminou no relatório final apresentado em 20 de outubro de 2021, ajudando ir além da responsabilização, vale dizer, permitindo retirar lições para o futuro,

Divido esta breve exposição em uma parte descritiva, quase sem notas, centrada nos assuntos principaís referentes ao impacto na saúde pública causada pela chegada da pandemia de Covid-19 e as ações do governo brasileiro que culminaram na instauração referida CPI ao longo de seis meses e dos crimes atribuídos aos possíveis indiciados. Num segundo momento indicamos alguns obstáculos e propostas para mudanças e inovações na legislação brasileira, com conclusões provisórias sobre os desafios e lições para o enfrentamento de futuras situações emergenciais na saúde pública.

Uma hipótese preliminar é que não obstante as respostas inadequadas da parte do Ministério da Saúde e do governo brasileiro, a inoperatividade generalizada do conjunto do Ministério Púbico (MPs), como uma certa paralisia entre os agentes públicos das três esferas políticas e administrativas da federação, dificultando a promoção de uma política pública eficaz para acesso a um direito fundamental (e ampliando consideravelmente o número de brasileiros mortos ou sequelados), o Estado brasileiro (corpo burocrático de técnicos), possui uma estrutura de rede pública nacional – de profissionais disponíveis num imenso sistema Unificado de Saúde (SUS). Na medida do possível eles responderam satisfatoriamente ao quadro pandémico diante dos entraves que a presidência do país produzia.

A atuação de parte do Parlamento foi positiva, como de várias instituições do sistema judicial e de políticos nos estados e municípios (não obstante os interesses políticos que atravessaram todo o tempo pandémico), inclusive do Supremo Tribunal Federal. Eles enfrentaram a pandemia de Covid-19 com muita determinação, dentro dos patamares previstos pela Constituição Federal de 1988, resistindo e pressionando o governo a retroceder em sua visão equivocada na forma de combater a pandemia. Essa desproporção entre corpo burocrático do Estado disposto a fazer valer a Lei e um presidente insistente em desconsiderar as normas constitucionais e internacionais contribuíram para que chegássemos a aproximadamente 40 milhões de casos e mais de 700 mil mortos. Impossível mensurar o número de pessoas que padecem com sequelas variadas relacionadas com a doença.

2. Notícia e Recepção da Pandemia do Coronavirus no Brasil

No dia 31 de dezembro de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) alertava o mundo sobre os vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, por um novo tipo de Coronavírus não identificada antes em seres humanos, o que foi confirmado pela China uma semana após. Dia 30 de janeiro de 2020 a OMS declarou que o surto do novo coronavirus constituía urna Emergência de Saúde pública de importância internacional (ESPII), o mais alto nível de alerta, conforme previsto no regulamento Sanitário Internacional, portanto, evento de risco para outros países, exigindo, portanto, resposta internacional coordenada e imediata.

Competiu ao Diretor-geral da OMS, embalado em parecer de técnicos, emitir o alerta para prevenir a propagação do novo vírus. No dia 11 de março de 2020 a COVID-10 foi caracterizada como uma pandemia. O que conta nesse caso logo no início, não é a gravidade do caso, mas a distribuição geográfica dos surtos. Já anteriormente, no dia 7 de fevereiro de 2020, graças ao posicionamento

de alguns senadores brasileiros preocupados com a entrada e propagação do vírus manifestado na sessão de abertura do Congresso Nacional no dia 04.2.20, 34 brasileiros foram trazidos da China para o Brasil numa operação sob responsabilidade da Força Aérea Brasileira (FAB). Essa ação parlamentar chocava com a posição do presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, o qual declarou ser contra trazer brasileiros da China, "por ser muito caro", voltando atrás e autorizando resgate. O primeiro caso do novo coronavírus no Brasil foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020.

O que se seguiu foi um Brasil vítima da condução desastrosa para a compra de vacinas contra o Covid-19 por parte do governo federal e do Ministério da Saúde. O laboratório Pfizer comprometeu-se com as autoridades brasileiras a produzir urna vacinação exemplar no Brasil, tornando o país uma vitrine na América Latina. Foram 53 e-mails ignorados e 9 propostas recusadas pelo governo Bolsonaro. Entre negociação e contrato assinado, o governo federal levou 330 dias para contratar as vacinas da Pfizer.

Em julho de 2020 o Instituto Butantã do Brasil, instituição de excelência nas pesquisas na área imunológica, entre outras, apresentou uma proposta para a produção de 60 milhões de doses até dezembro do mesmo ano e mais 100 milhões em 2021. Em Agosto o Butantã reforçou a proposta anterior, que não havia sido respondida. Em outubro são oferecidas 45 milhões de doses até o final de 2020 e 40 milhões até o final de 2021. Esta última proposta foi finalmente recebida pelo governo. Ocorre que o Ministério da saúde voltou atrás e cancelou o acordo por ordem expressa do presidente Bolsonaro: *"Já mandei cancelar, o presidente sou eu, não abro mão de minha autoridade"*. Somente três meses após esse fato, o governo volta atrás e contrata mais doses da vacina do Instituto Butantã, mas este, em face da demora teve dificuldade de ter os insumos para produzir as vacinas, diante de um aquecimento mundial por eles, teve dificuldades em produzi-las. Esse descaso do governo federal impediu a vacinação de milhões de brasileiros.

O descaso é continuado. O governo brasileiro somente aderiu à COVAX, uma aliança global de promoção de Inovações em prol da Preparação para epidemias (CEPI) da Aliança Mundial para Vacinas e Imunização (GAVI), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) da OMS e da Organização Pan-Americana da saúde (OPAS). Tratava-se de um esforço para que os países em desenvolvimento a compra de vacinas, com prazo de adesão fixado no dia 24 de setembro de 2020. Apesar de fora do prazo foi oferecido ao Brasil a aquisição de vacinas para 10% a 50% da população. O presidente Bolsonaro optou por comprar o mínimo, ou seja, 10%. O governo não pretendia vacinar toda a população e por várias vezes o dirigente máximo da país afirmou que a nova coronavírus não passava de uma "gripezinha". Somente seriam vacinados "grupos de risco".

O governo não apostava na imunização de massa, mas na ideia de

imunização de rebanho. O presidente se posicionou por quase dois anos de pandemia, mais de 40 vezes, e chegou a afirmar que a morte de crianças não se deu em consequência de COVID mas por "efeitos colaterais adversos", sugerindo a que "o efeito da vacina no público infantil é uma incógnita". Por diversas vete deixou claro que no seu governo "o povo brasileiro não será cobaia de ninguém" (21.out.2010). No dia 15. dez. 2020 afirmou pulicamente: *"como sempre, eu nunca fujo a verdade, eu te digo, eu não vou tomar a vacina. Ponto final. Se alguém acha que a minha vida está em risco, o problema é meu. E ponto final"*.

3. Um Registro de Declarações Irresponsáveis

3.1. Alguns Relatos do Absurdo

Os presentes nesta Conferência me permitam resgatar algumas das centenas de pronunciamentos do presidente da República no sentido de negar a pandemia, seus efeitos, a validade da vacinação de todos os brasileiros, além de aconselhamento de tratamentos alternativos não referendados cientificamente pela OMS e pela ANVISA. Escolho algumas das declarações surpreendentes e irresponsáveis da mais alta autoridade pública do país, Jair Bolsonaro: "*Se você virar jacaré, problema de você. Se você virar super-homem, se nascer barba em alguma mulher aí ou algum homem começar a falar fino, eles não ter anda a ver com isso. O que é pior: mexer no sistema imunológico das pessoas. Como é que você pode obrigar alguém a tomar uma vacina que não se completou a 3ª. fase ainda, que está na experimental*" (17. dez,2020), "*A pressa da vacina não se justifica porque você mexe com a vida das pessoas, você vai inocular algo em você*" (19.dez.2020). "*Eu tive a melhor vacina, o vírus*" (23.12.2020). "*Vocês sabem quantos por cento da população vão tomar a vacina... Pelo que eu sei, menos do metade vai tomar*" (7.jan.21). "*Quando eu falei remédio lá atrás, levei pancada. Nego bateu em mim até não querer mais. Entrou na pilha da vacina. O cara que entra na pilha da vacina, ó a vacina, é um idiota útil. Nós devemos ter várias opções*" (11.fev.2021). 9.jun.2021 – "*E eu pergunto: a vacina tem comprovação cientifica ou está em estado experimental ainda? Está [em estado] experimental. Nunca vi ninguém morrer por tomar hidroxicloroquina, em especial na região amazônica*". 17.jun.2021 – *Eu estou vacinado entre aspas. Todos que contraíram o vírus estão vacinados, até de forma mais eficaz que a própria vacina, porque você pegou vírus para valer. Quem pegou o vírus está imunizado, não se discute*". (8.dez.2021) – "*Da minha parte, eu não tomei vacina e não vou tomar vacina. É um direito meu e de quem não quer tomar*"(9.jun.2021)

Sobre a CORONAVAC, vacina disponibilizada na China e prontamente adquirida pelo governador de São Paulo, João Dória o presidente da Replica Jair Bolsonaro afirmou em.30.jul.2020 – "*Entramos naquele consórcio de Oxford,*

e pelo que tudo indica [a vacina] vai dar certo. Cem milhões de unidades chegarão para nós. Não é daquele outro país, não", ironizou o presidente em relação às vacinas produzidas pela China. No dia 21.out.2020 — "*Alerto que não compraremos vacina da China. Bem como meu governo não mantém diálogo com João Dória sobre covid-19*". No dia seguinte, 22,out.2020 — "*Nós não compraremos. Eu não acredito que ela transmita segurança suficiente para a população*". E continua: "*Morte, invalidez e anomalia... Esta é a vacina que o poria queria obrigar a todos os paulistanos a tomar*" (10.nov.2020). Sobre pressão de dezenas de especialistas em medicina sanitária, Bolsonaro afirma no dia 17.out.2020 – "Apesar do art. 3.º, inciso III, letra "d", da Lei 13.979/20 prever que o poder público poderá determinar a realização compulsória da vacinação, o Governo do Brasil não vê a necessidade de adotar tais medidas nem recomendará sua adoção por gestores locais"....

3.2. A Atitude Negacionista Bolsonarista sobre a Gravidade da Pandemia

O Ministério da Saúde devia ter, como órgão máximo do sistema de saúde, coordenado as ações de combate e tratamento. Não só não o fez como desautorizou estados e municípios que tomaram iniciativas.

Passados poucos dias do início da pandemia demitiu o ministro da saúde (Mandetta). O novo ministro (Nelson Teich) também teve curta passagem pelo cargo (menos de um mês). O próximo ministro foi o general Pazzuello que deu seguimento à política negacionista.

Vide crise do oxigênio de Manaus. A Venezuela ofereceu o oxigênio ao Estado da Amazónia, mas o governo disponibilizou os aviões para buscá-los.

Em razão disso o STF passou a um papel de protagonismo, decidindo, por exemplo, que em se tratando de pandemia, valeriam as políticas mais restritivas, independentemente da unidade da federação. Cada município com capacidade de implementar políticas protetivas teria autonomia diante das normas de estados ou da União no sentido omissivo, por exemplo.

Para ajudar a compreender esse resultado macabro, que Jair Bolsonaro tenta negar, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), urna organização de apoio ao ensino à pesquisa, cooperação e prestação de serviço no campo da Saúde pública-Saúde Coletiva. Listou os erros cometidos pela gestão negacionista contra a COVID.

1. Baixa testagem, isolamento de casos e quarentena de contatos;

2. Uso de uma abordagem clínica, e não populacional, para enfrentar a pandemia;

3. Destímulo ao uso de máscaras;

4. Promoção de tratamentos ineficazes;

5. Atraso na compra de vacinas e destírnulo à vacinação;

6. Falta de liderança do Ministério da Saúde e inexistência de um comitê de especialistas;

7. Falta de uma política de comunicação unificada.

8. Presidente participou de inúmeros atos públicos, com aglomeração de pessoas, sem uso de máscara.

4. O Que Está Previsto na Constituição de 1988 e a Legislação Pertinente à Saúde Pública no Brasil

4.1. A Constituição de 1988

Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 23.º É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24.º Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Art. 30. Compete aos Municípios:

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Art. 194.º A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos a saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 195.º A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

Art. 196.º A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197.º São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198.º As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672)

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1.º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renurneraclo para 5 12.º pela Emenda Constitucional n.º2 29, de 2000)

§ 2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional n.º2 29, de 2000).

4.2. Lei Orgânica da Saúde

LEI N.º2 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.
https://www.planalto.gov.bilccivil 03/Ieis/18080.htm

4.3. Lei que Institui os Conselhos de Saúde com Participação da Comunidade

LEI N.º 8.142, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1990.
https://www.planalto.gov.brjaivil 03jleis/18142.htm

5. A Atuação do Supremo Tribunal Federal (STF)

01/02/2022. Ministro Barroso suspende atos da Funai que negavam proteção a terras indígenas não homologadas. O ministro verificou que os atos da autarquia representam uma tentativa reiterada de esvaziamento de medidas de

proteção já deferidas pelo STF.

Arguição de Descurnprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 756. Omissão do governo federal na imunização. Arquivada após o governo apresentar cronograma.

31/12/2021. Ministro Lewandowski suspende despacho do MEC contra o comprovante de vacina em instituições federais de ensino. Na decisão, o ministro afirmou que as instituições federais de ensino têm autonomia para decidir sobre a exigência de comprovante de vacina no retorno das aulas presenciais.

14/12/2021 Barroso esclarece decisão liminar que determinou a exigência de comprovante de vacina para quem vem do exterior.

Segundo o ministro, brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil que saíram do país até à data da decisão estão dispensados da apresentação de comprovante de vacinação ou de quarentena, mas ficam obrigados à apresentação de teste PCR negativo no retorno ao país.

09/12/2021. STF suspende despejos e desocupações em áreas urbanas e rurais até março de 2022. Em sessão virtual extraordinária encerrada na quarta-feira (8), o Plenário referendou liminar deferida pelo ministro Luís Roberto Barroso.

11/10/2021. STF confirma competência de estados, DF e municípios para vacinar adolescentes acima de 12 anos. Por unanimidade, o Plenário referendou decisão cautelar do ministro Ricardo Lewandowski.

05/10/2021. Ministro Fachin determina a distribuição de testes e de máscaras N95 entre quilombolas. Ele também deu prazo de cinco dias para que União comprove adoção de medidas contra a Covid-19.

02/06/2021. Nesta data, o STF já havia proferido mais de 10.000 decisões sobre o tema da pandemia. garantiu a aquisição de insumos e a abertura de leitos de UTI e de testes antivirais e respiradores, além de corroborar a obrigatoriedade da vacinação, respeitadas as liberdades fundamentais e as garantias individuais. Também deliberou sobre o controle das contratações emergenciais de serviços públicos de saúde, estabeleceu parâmetros para requisições administrativas sobre bens particulares em caso de auxílio ao sistema público de saúde e chancelou leis aprovadas pelo Congresso Nacional para mitigar os impactos orçamentários da crise.

01/06/2021. Fachin pede informações a Bolsonaro em pedido para que ele respeite medidas de prevenção à Covid-19. O PSDB pediu liminar para que o presidente da República use máscara em público e adote o distanciamento social.

23/04/2021. Anvisa tem 30 dias para decidir sobre importação da Sputnik V pelos estados do CE, AP e PI decisão do ministro Ricardo Lewandowski autoriza que, ultrapassado o prazo, os governos estaduais poderão comprar e distribuir o imunizante à população local.

07/04/2021. Toffoli suspende dispositivo que prorroga patentes de medicamentos. Em liminar requerida pela Procuradoria Geral da República (PGR), ministro considerou a situação excepcional caracterizada pela emergência de saúde pública decorrente da Covid-19.

11/03/2021. Ministra determina que União restabeleça custeio de leitos de UTI para Covid-19 no RS Para Rosa Weber, "não é lógica ou coerente" a redução de leitos justamente quando há aumento das mortes e das internações.

25/02/2021. 2.ª Turma confirma decisão que permite progressão antecipada da pena em razão da pandemia. A medida não se aplica a condenados por crimes praticados com violência ou grave ameaça.

24/02/2021. STF referenda liminar que autoriza estados e municípios a importar vacinas. A decisão unânime considera magnitude da pandemia da Covid-19 e a necessidade de atuação conjunta da União e dos entes federados, sempre respeitando as evidências científicas.

6. Temas Gerais da CPI da Covid-19 e Responsabilidade Penal

6.1. Aspectos mais Amplos do Relatório

A CPI elencou um conjunto de acontecimentos a serem averiguados, tais quais:

A propagação da doutrina da imunidade de rebanho, apoiada por médicos da área epidemiológica como a Dra. Nise Vamaguchi, professora da Universidade de São Paulo e conselheira do Presidente da República Jair Bolsonaro. A ideia não é de todo ruim mas a questão é matemática pois a rede pública de saúde (SUS) e mesmo a rede particular, operavam no limite. Não havendo uma ação enérgica no início do ciclo pandémico, acentuou-se a expansão da pandemia em progressão geométrica. Com 20% de infectados já não mais teríamos no Brasil leitos disponíveis e preparados para dar assistência aos infectados. A rede hospitalar é absolutamente insuficiente para dar conta das internações.

A formação no Ministério da Saúde de um gabinete paralelo no qual decisões escapavam ao quadro da legalidade constitucional das exigências formais.

A defesa de medicamentos sem comprovação científica (cloroquina e outros) e a propaganda do tratamento precoce.

A recusa e o atraso proposital na compra de vacinas.

As alegações falsas de que as vacinas causariam modificações genéticas.

A promoção de desinformação geral sobre a pandemia (fake news). Irregularidades na compra da vacina índia COVAXIN.

O epicentro da epidemia, estado da Amazónia com um colapso do sistema

de saúde, descoordenação do governo federal (nos repasses de verbas federais e entrega de respiradores em tempo hábil). O governo venezuelano ofereceu milhões de vacinas, mas o governo Bolsonaro não permitiu que as aviões da FAB fossem utilizados para transportá-las.

Contratos suspeitos de corrupção celebrados entre hospitais federais e empresas com dispensa de licitação. Foram descobertos grandes esquemas de corrupção na compra de vacinas, com 20% de propina (um real para cada cinco reais pagos). Como a oposição queriam comprar as vacinas e pediram liberação, o STF estipulou ao governo o prazo de 60 dias para compra-las. A desobediência desse tempo de 60 dias permitia aos estados comprar as vacinas.

A morte de mais de mil (1000) de indígenas por conta da contaminação do vírus da Covid-19. A Comissão descaracterizou a hipótese de genocídio.

O escândalo da operadora de saúde *PREVENT SENIOR*, usando idosos corno cobaias com fraudes nos resultados para atestar a eficácia da cloroquina frente ao vírus da Covid-19 (kit COVID), baseada em estudos sem autorização e embasarnentos científicos,

Caso VTC Logística LTDA – VTLOG, empresa envolvida sistemas de fraude no Ministério da Saúde. A empresa foi paga por medicamentos e serviços não foram entregues.

6.2. Aspectos Criminais da Responsabilidade do Governo

Mais de 20 condutas tipificadas criminalmente foram constatadas com relação aos principaís indiciados pelo relatório da CPI. São eles:

Homicício. Crime de perigo para a vida e a saúde de outrem.
Crime de infração de medida sanitária preventiva.
Omissão de notificação de doença.
Charlatanismo. Iniciação ao crime.
Falsificação de documento particular.
Falsidade Ideológica.
Uso de documento falso.
Emprego irregular de verbas ou rendas públicas.
Corrupção passiva ou ativa.
Prevaricação.
Advocacia administrativa.
Usurpação de função pública.
Fraude de contrato (dispensa de licitação irregularmente).
Organização criminosa.
Comunicação falsa de crime.
Fraude processual.

Crimes de responsabilidade.
Improbidade administrativa e lei anticorrupção.
Crime contra a humanidade.

Foram mais de 66 inicialmente indiciados em algum desses ilícitos, envolvendo com destaque o Presidente da República, seus três filhos, ministros e ex-ministros, como Ernesto Araújo, das Relações Exteriores, Marcelo Queiroga, da Saúde, Onix Lorenzoni, do Trabalho e da Previdência, Wagner Rosário da Controladoria-Geral da União e Walter Braga Netto, da Defesa, incluindo uma dezena de deputados federais, a mencionada médica Ise Yamaguchi e Paolo Zanotto, virologista, além de empresários (Carlos Wizard, Luciano hang, Otávio Fakhoury, empresas PPREVENT e PRECISA Medicamentos e VTClog, entre outros.

Reconhecida as condutas passíveis de responsabilização criminal temos, precisamente, a seguinte tipificação pelo principal indiciado, o ex-Presidente Jair Bolsonaro.

Possível crime	**Definição**	**Referência**
Epidemia com resultado morte	Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos	Art. 267 do Código Penal
Infração de medida sanitária preventiva contagiosa"	Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença	Art. 268 do Código Penal
Charlatanisrno	Inculcar ou anunciar cura por meiosecreto ou infalível	Art. 283 do Código Penal
Incitação ao crime	Incitar, publicamente, a prática decrime	Art. 286 do Código Penal
Falsificação de documento particular	Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterardocumento particular verdadeiro	Art. 298 do Código Penal
Emprego irregular de verbas públicas	Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei	Art. 315 do Código Penal
Prevaricação	Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal	Art. 319 do Código Penal

Crimes contra a humanidade: extermínio, perseguição e outros atos desumanos	O extermínio compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;Por perseguição entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.	Art. 319 do Tratado de Roma
Crimes de responsabilldade: Violação de direito social e Incompatibilidade com dignidade, honra e decoro do cargo	violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição; proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo,	Lei nº. 1.079, de 10 de Abril de 1950

Fonte: Senado Federal — Relatório Final da CPI da Covid-19. Elaboração: Autor.

7. Críticas Mais Comuns e Competência para Aplicar Punições

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) foi criticada em vários aspectos, por exemplo, por desconsiderar o papel de cada Estado e Municípios da Federação no enfrentamento da pandemia. Também se denunciou a restrição aos direitos de defesa dos indiciados, muitos investigados sequer foram ouvidos pela CPI. A crítica não procede pois se tratava de averiguar as responsabilidades mais diretas e amplas relacionadas com as obrigações e deveres dos poderes centrais. Quanto à critica de que nem todos os possíveis indiciados deveriam ser ouvidos, não era necessário pois isso se daria no Juízo e nos procedimentos de indiciamento formal.

Observe-se também que os indiciados constantes do relatório final não deveriam ser considerados réus e não foram condenados, não devendo os mesmos

prestar depoimentos. Também se acusa a CPI, aprovada no Senado Federal por 7 votos a 4, no dia 8 de janeiro de 2023, de centrar suas investigações no âmbito do executivo federal, forma de gerar politicamente desgaste no governo.

O relatório aprovado na verdade não tem o poder de indiciar, mas de funcionar como um inquérito, cabendo a acusação ser feita em Juízo. Então a CPI não faz mais do que sugerir indiciamentos, sendo encaminhado à Procuradoria federal da República para avaliar se abre-se ou não o processo de impeachment tendo o presidente da Câmara Federal a competência para decidir da abertura do impedimento ou não. E o que é mais curioso, as denúncias contra os indiciados, a exemplo do ex-presidente da República, deverão ser enviados para o juízo de primeiro grau, posto que Jair Bolsonaro não goza mais da imunidade do conferida pelo cargo.

Quanto às acusações de crimes contra a humanidade é o Tribunal Penal Internacional (TPI) o órgão estrangeiro apto a receber o relatório da CPI da Covid, embora já se sabe que serão pouco prováveis os efeitos jurídicos que essa denúncia produziria posta a complexidade para dar efetividade a tal decisão.

8. Lições e Novo Marco Regulatário para Situações Pandêmicas

O vírus da Covid-19 revelou a fragilidade das estruturas de saúde pública em todo o mundo para lidar com casos extremos de risco, revelando uma situação delicada a ser observada em várias de suas facetas para prevenir futuras situações emergenciais que exigirão dos Estados e da sociedade civil novas formas de lidar e diminuir os impactos do imprevisto e dos seus efeitos colaterais. Eles são muitos e diversos. Um deles é o do despreparo das elites ultraconservadoras em encarar as adversidades no sentido de ampliar os espações públicos do Comum, vale dizer, os lugares de intermediação públicos e privados em face do acaso.

A experiência do Brasil pode servir de base para que outros países com algumas de nossas características, o fato de não pertencermos ao clube dos países centrais, de estarmos em processo de consolidação institucional da democracia, de sofrermos de maneira mais sensível as consequências da crise global em seus *enjeux* políticos e econômicos, possam pensar mais criticamente e mais além do que a pandemia da Covid-19 nos revela. É necessário vislumbrar uma longa gênese de um conjunto de dependências e carências que situam os principais atores do processo social. De fato ainda perduram os efeitos de mais de 4 séculos de Colonização e a ausência de uma culta liberal efetiva internalizada no imaginário das práticas sociais. O fato de termos superados ditaduras e muitas formas de regimes autoritários e de termos uma boa Constituição (1988) e muitos direitos humanos já reconhecidos como direitos fundamentais, como os pertinentes à

saúde pública, não indica que temos, efetivamente, uma cidadania efetiva. Essa situação é muito antiga e a pandemia somente nos demonstra o quão frágil são nossos sistemas jurídicos fora de um quadro real e concreto de um estado de direito forte, vale dizer, com um sentimento de pertinência à luta por democracia e democratização continuada.

Parece evidenciada na pandemia e na experiência brasileira uma desordem entre a racionalidade jurídica, vista sob o ponto de vista de consagrados direitos fundamentais, dentre eles o da saúde (defendidos por setores jurídicos representativos das principaís instituições de Direito no Brasil) e a instabilidade na democracia vivenciada em tempos de governos autoritários. Em 2018 a chegada ao poder de Jair Bolsonaro significou um forte retrocesso institucional, embora o novo presidente de então tenha ganho as eleições democraticamente. Isso evidencia um movimento mais amplo e global de insegurança crescente, de crise geral das democracias liberais, da emergência da ultradireita no poder ou em coalisões importantes mundo afora. A pandemia do vírus da COVID-19 é um fato que se situa e dá continuidade em progressão geométrica a um déficit de direito humano à saúde em nosso país. O fenómeno é um problema global acirrado e explicitado pela crescente desintermediação institucional .

Em países periféricos ou de capitalismo tardio fazem-se presentes as antigas contradições entre mercado e democracia liberal. O tão proclamado "garantismo jurídico" ainda é um conjunto de garantias sempre contingenciado historicamente pelas intempéries do jogo de interesses dos mais poderosos, política e economicamente. No Brasil tivemos uma alternância de regimes políticos autoritários, com a ditadura Vargas (1937-45) e a ditadura militar (1964-1978). A abertura política e a CF-1988 recepcionaram muitos direitos humanos, mas os direitos fundamentais ainda sofrem com as profundas clivagens sociais e culturais que tornam mais difícil a autonomização da esfera jurídica de maneira a permitir que ela funcione minimamente como mediadora de dissensos. Repetindo, sempre é bom lembrar o problema da cultura jurídica e política sob os tempos da desinformação e da ascensão de lideranças populistas da ultradireita, uma tendência mundial que se reproduz à sua maneira em países tardios, reproduzindo novas contradições. Há outros elementos constituintes de cunho institucional que complicam as respostas mais céleres para situações emergenciais.

O empoderamento do Ministério Público com a CF de 1988 é um exemplo de avanço das prerrogativas institucionais e ao mesmo tempo, no caso da pandemia da Covid-19, de inoperância em todos os níveis da federação. Nada ou pouco fizeram diante dos absurdos de um poder executivo contrário à obediência às leis constitucionais de proteção da saúde pública. A ideologia bolsonarista contaminou parte significativa das elites jurídicas, paralisando em boa medida suas ações afirmativas republicanas em face do avanço de um governo que promovia a

desordem social.

Se chegamos aos mais de 700.000 mortos, com aproximadamente 10% dos mortos por Covid-19 no mundo, e com uma população de 3% dos habitantes da Terra, temos a ideia do que foi da tragédia brasileira. Há que se aproveitar essa tragédia para refletir sobre questões que precedem à pandemia e a ela sobreviverão, caso não retiremos dos fatos lições para prevenir situações de risco emergenciais.

Por certo, a questão dos obstáculos à realização dos direitos na América Latina é multivariável, destacando-se que a dualidade entre garantisrno jurídico versus punitivismo é um fator a mais a tornar o problema da justiça ainda maior. Garantismo e punitivismo tornam-se elemento que concorrem na cultura jurídica brasileira. Mais do que punir os responsáveis pela duplicação ou triplicação dos mortos, exige-se um desenho do quadro institucional estável que ajudou a produzir tantas vítimas.

A crise da representação política parece ter dado lugar a um sentimento nacional de caça e punição aos políticos "corruptos". A corrupção é um problema sistémico na política e em sistemas com dificuldades de estabelecer formas de controlá-la, mas não pode ser responsabilizada corno motivação exclusiva do problema democrático. Mas de tanta inflação judicial para a luta, de todo necessária, contra a corrupção, deu lugar a um acirramento da crise judicial e a crítica da imparcialidade da justiça. Trata-se de mais um elemento da cultura jurídica e política brasileira assemelhando-se às evoluções truncadas de um ornitorrinco.

Também devemos ressaltar que a sobrecarga do sistema político levou à ampliação da judicialização, mas essa crença excessiva na capacidade quase sobrenatural do Poder Judiciário em corrigir os desvios cognitivos e comportamentais do político, o próprio Judiciário passou a perder sua credibilidade. Afinal, quanto mais controle, mais a possibilidade do controlador controlar.

Outro aspecto a ser considerado é que a cultura jurídica atual no Brasil tem muito a ver com os compromissos que a Constituição de 1988 firmou compromissos normativos muitas vezes ambíguos. Deu-se tanto poder aos órgãos do Judiciário, aparelhando a jurisdição com mecanismos de controle da política, com a consequente abertura do papel do intérprete, notadamente dos Juízes, mas com força, do Ministério Público.

Diante de tudo que aconteceu nos últimos 10 anos, parece que há razão em concluir que os atores importantes não quiseram ou permaneceram paralisados, sem cooperar prontamente para dar efetividade à Constituição de fato. O presidente Jair Bolsonaro durante a pandemia, por várias razões, o Ministério Público, por omissão. A chegada ao poder de Bolsonaro em 2018 já é reflexo de um sentimento muito presente no senso comum de que à desordem social, que aqui não cabe aprofundar as causas, deveria ter uma solução radical, seja da parte do Presidente,

seja de coletivos orgânicos como foi o caso da República de Curitiba.

A questão da pandemia, sua recepção e enfrentamento, os limites da estrutura de saúde pública em todo o processo pandémico, seus desdobramentos e usos políticos exige uma indagação sobre o fortalecimento da Constituição. É de se pensar com razão sobre de qual Constituição estamos a falar. A Constituição dos Direitos fundamentais, dos objetivos sociais do Estado de direito, a Constituição dos Direitos sociais, do fomento à diversidade cultural. Que Constituição, que parte dela importa de fato importa.

O que significa fortalecer a Constituição de 1988 em um contexto no qual os vínculos normativos do estado de direito parecem ter se afrouxado, quando não desatados. A tendência com a ascensão generalizada de políticas ultraconservadores ao poder em quase todo o mundo é um fator agravante da campo problemático da saúde pública e desta em tempos emergenciais, mas há que se registrar que há entraves antigos que ultrapassam o campo dos interesses da direita e apontam, também, para os obstáculos culturais e políticos que os setores sociais mais progressistas não logram superar para mudar a direção de suas ações sociais, adequando-as enquanto ideários mais conectados com as consciências individuais. É dizer, capazes de gerar movimentos sociais e transformações mais efetivas na direção de fortalecimento do Comum, ou campo partilhado daqueles interesses que a todos atendem enquanto lugar de sobrevivência social, planetária.

De todo modo as questões superficialmente acima levantadas poderão ser oportunamente respondidas, a julgar pelas propostas e mudanças legislativas que a CPI da CPVID indica, com importância decisiva a criação de uma "Frente Parlamentar Observatório da Pandemia", grupo permanente de fiscalização e gestão do combate à pandemia, monitorando os resultados da comissão de inquérito da pandemia. Sobretudo, espera-se uma ampliação de um debate diferenciado sobre a Metamorfose em curso, sem o qual atitudes bem fundamentadas em boa fé tenderão a reproduzir mais problemas que superá-los.

ALGUMAS NOTAS

1 Meus agradecimentos especiais ao Prof. Manuel Trigo, pelo convite, e ao Prof. Denis Hallis, ao qual atribuo a indicação, pela amizade

2 Professor Titular aposentado da Universidade Federal de Santa Catarina, na qual lecionou nos programas de Mestrado (UFSC) e Doutorado (Université Catholique de Louvain). Fundador e presidente honorifico do Centro Universitário de Santa Catarina, que mantém o curso de Direito, entre outros. Autor de alguns livros, entre os quais "Direito Moderno e Mudança Social". Belo Horizonte: Ed Del Rey, 1998, " Sistema Judicial Brasileiro" (org). Florianópolis: Editora Cesusc, 2005., Direito, Marxismo e Liberalismo, Florianópolis: Ed, Cesusc, 2001. em outros, edmundo1955@grnail,corn

3 25 Editora, Rio de Janeiro: Record, 2019.72.

4 Consultar Edmundo Lima de Arruda Jr e Marcus Fabiano Gonçalves, Fundamentação Ética e Hermenêutica: alternativas para o Direito. Florianópolis: Cesusc. 2002.

5 Sobre consultar Ulrich Beck. A metamorfose da Mundo: Novos caminhos para uma nova sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

6 Cf. ARRUDA, Edmundo Lima Jr. O Direito no Abismo, Florianópolis: Ed Conceito, 2024.

7 Sobre ver Sistema Judicial Brasileiro. Coletânea, Edmundo Lima de Arruda Jr, Eduardo Lanny e Oswaldo Agripino. Fpolis: Cesusc, 2014.

8 O relatório perfaz 1200 páginas. Vali-me de um excelente resumo presente no artigo de Weslley Siqueira. Relatório da CPI da Covid 19: entenda os principais pontos. Publicado no dia 26.10.2021 e atualizado em 27.06.2023.

9. "Em toda porte observamos o mesmo fenómeno, Qualifico-o aqui como "desintermediação" política, tomando emprestado a palavra do vocabulário dos meios financeiros contemporâneos, onde designa o fato de muitos bancos, em vez de concederem crédito, passarem somente a colocar em contato direto investidor e tormador, se contentando, os instituições bancárias, em fazer a aproximação sem correr riscos. Essa evolução se tornou possível graças ao progresso tecnológico, que permite a todos ter acesso imediato o dados que, até bem pouco tempo, escapavam completamente. O fenómeno não é exclusivo do mundo financeiro; ele afeto também o político, e o enfraquecimento — não raro o desaparecimento — das estruturas intermediárias que os homens interpunham entre eles e a globalização do mundo é o sintoma mais visível".. Cf. Jean Marie Guéhenno. O futuro da Liberdade: a democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, p. 13.

ANEXO I

AS TRANSFORMAÇÕES LEGISLATIVAS OPERADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO NO ÂMBITO DA RESPOSTA À PANDEMIA DA COVID-19

The legislative transformation operated in the Mozambique legal order in the context of the response to the COVID-19 pandemic

Paulo Daniel Comoane
Professor, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Resumo: A pandemia da doença de COVID-19, além de ser uma questão de saúde pública, foi um acontecimento que teve consequências jurídicas sem precedentes em vários domínios do ordenamento jurídico moçambicano, o que implicou a introdução de reformas legislativas, algumas temporárias e outras com impacto para além da pandemia. No presente artigo, pretende-se analisar as transformações operadas no âmbito do regime das limitações e restrições aos direitos fundamentais, no geral, e no domínio nas relações jurídicas de trabalho, de segurança social, bem como no âmbito fiscal e económico no ordenamento jurídico durante e após a pandemia.

Palavras-chave: Actos normativos; restrição dos direitos fundamentais; acomodação razoável.

Abstract: The COVID-19 disease pandemic, in addition to being a public health issue, was an event that had unprecedented legal consequences in several areas of the Mozambican legal system, which entailed the introduction of

legislative reforms, some temporary and others with significant impact beyond the pandemic. In this article, we intend to analyze the transformations carried out within the scope of the regime of limitations and restrictions on fundamental rights, in general, and in the field of legal relations of work, social security, as well as in the fiscal and economic sphere in the legal system during and after the pandemic.

Keywords: Normative acts; restriction of fundamental rights; reasonable accommodation.

Introdução

Em resposta à pandemia de COVID-19, foram aprovados no ordenamento jurídico Moçambicano pouco mais de cinquenta actos normativos de diversa tipologia. De acordo com a Constituição da República de Moçambique (CRM), são actos normativos as leis, emanadas do Parlamento, e os Decretos-Lei, aprovados pelo Governo sob autorização legislativa do Parlamento. São ainda actos normativos, os Decretos, Regulamentares e Autónomos, do Governo e os Avisos do Governador do Banco de Moçambique[1]. Fazem igualmente parte das fontes do Direito no ordenamento jurídico moçambicano os Diplomas Ministeriais[2], assim como os *Regulamentos e Posturas* Municipais[3].

Com o surgimento dos primeiros casos de contaminação pelo vírus que causa a doença de Covid-19, o Presidente da República declarou o Estado de Emergência através do Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março. Por sua vez, a Assembleia da República ratificou a declaração do Estado de Emergência pela Lei n.º 1/2020, de 31 de Maio[4]. Subsequentemente, foram aprovados diplomas legais complementares, nomeadamente, concernentes a medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da pandemia da doença de COVID-

1 Cfr. Art. 142.° da CRM.

2 Cfr. Lei n.º 14/78, de 28 de Dezembro, publicado no Boletim da República (BR) n.º 155, I Série.

3 Cfr. Art. 45.°, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 13/2018, de 17 de Dezembro (Lei das Autarquias Locais), publicada no BR n.º 245, I Série.

4 Publicado no BR n.º 62, I Série, de 31 de Março de 2023.

19[5], de facilidades fiscais e aduaneiras[6], medidas de apoio social e económico[7], entre outras medidas. Entretanto, este artigo vai cingir-se, particularmente, aos actos normativos aprovados na vigência do primeiro Estado de Emergência, na medida em que nos demais diplomas legais limitaram-se a fazer actualizações.

Na dimensão normativa, no âmbito da garantia do direito de acesso à justiça, a resposta à pandemia da doença de COVID-19 implicou a atribuição de competências ao Presidente do Tribunal Administrativo e ao Procurador-Geral da República para tomarem medidas adicionais consideradas adequadas durante a vigência do Estado de Emergência[8]. Esta é uma das linhas de abordagem que este artigo pretende explorar, no que diz respeito à natureza jurídica dos actos normativos emanados dos titulares dos órgãos da justiça.

Ainda no plano normativo, os actos legislativos de ratificação e prorrogação do Estado de Emergência determinaram a limitação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, colocando-os sob o regime de excepção. Esta foi, praticamente, a primeira vez que se declarou o estado de excepção em Moçambique desde a revisão constitucional de 1990, que adoptou um regime de direitos fundamentais de caris liberal, uma vez que a designada Constituição da Primeira República, que vigorou até aí, tinha um regime de direitos fundamentais mais conservador e de inspiração socialista. Este facto torna pertinente a análise da conformidade dos actos normativos aprovados em resposta à pandemia da doença de COVID-19 com o regime constitucional de *limitação dos direitos fundamentais.*

Dentre as várias medidas tomadas em resposta à pandemia, uma das inovações trazidas foi a introdução da figura do *trabalho em domicílio,* como parte das estratégias de distanciamento social com vista à contenção da propagação do vírus. Para alguns trabalhadores, foram introduzidas *medidas de protecção especial,* atendendo ao seu elevado risco de contágio. Poder-se-á dizer que as normas em causa introduziram a figura do *direito de acomodação razoável nas relações de trabalho*? Ainda no domínio das relações de trabalho, um dos temas que suscitou dúvidas foi relativo à questão de saber se os empregadores poderiam

---

5 Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, publicado no BR n.º 64, I Série. Este diploma legal foi revogado pelo Decreto n.º 26/2020, de 8 de Maio, que ajustou as medidas de contenção, na sequência da prorrogação do Estado de Emergência pelo Decreto Presidencial n.º 12/2020, de 30 de Abril, ratificado pela Lei n.º 4/2020, de 30 de Abril.

6 Decreto n.º 23/2020, de 27 de Abril, publicado no BR n.º 79, I Série.

7 Decreto n.º 29/2021, 12 de Maio, publicado no BR n.º 90, I Série, aprovou medidas económicas e sociais adicionais, de excepção e temporárias, com vista a mitigar o efeito da pandemia da COVID-19.

8 Cfr. Art. 2.°, nº. 4, da Lei nº. 1/2020, de 31 de Março, Publicada no BR n.º 62, I Série. Este diploma legal que ratificou a Declaração do Estado de Emergência pelo Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março.

reduzir o salário na proporção do *lay off* em que os trabalhadores se encontravam durante o período de confinamento obrigatório.

Estes são alguns dos eixos de reflexão que se propõe neste artigo que versa sobre o regime jurídico de resposta à pandemia de COVID-19. Para o efeito, o texto está divido em três partes, sendo a primeira sobre os actos normativos do Presidente do Tribunal Supremo, do Presidente do Tribunal Administrativo e do Procurador-Geral da República. A segunda parte analisa a limitação dos direitos, liberdades e garantias no contexto da resposta à pandemia. Por último, o texto faz uma incursão em torno do impacto da pandemia da doença de COVID-19 no regime das relações de trabalho.

1. Os Actos Normativos do Presidente do Tribunal Supremo, do Tribunal Administrativo e do Procurador-Geral da República

A reserva da lei como um princípio constitucional encontra fundamento na norma que subordina o Estado à Constituição e à legalidade, em função do que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as normas do ordenamento jurídico. Ao afirmar que o Estado funda-se na legalidade, a norma constitucional do art. 2.°, n.º 3 da CRM antecipa a consagração do princípio do Estado de Direito Democrático, constante do art. 3.° da CRM, segundo o qual *a República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.* Sobre o Estado de Direito, afirma Jorge Novais que é aquele que respeita o Direito que cria, isto é, a anunciada subordinação do Estado às normas constitucionais e legais.

A respeito das normas, conforme aludido no introito deste artigo, a Constituição e a Lei n.º 14/78, de 28 de Dezembro, e demais leis enunciam o rol dos actos normativos que constituem fontes do Direito, sendo que em relação aos órgãos singulares os actos normativos expressamente reconhecidos na ordem jurídica compreendem os Avisos do Governador do Banco de Moçambique e os Diplomas Ministeriais. À primeira vista, pode-se pensar que os titulares dos órgãos de Administração da Justiça não têm competência normativa, o que não é verdade.

Com efeito, art. 54.°, na al. g)da Lei n.º 24/2007, de 20 de Agosto[9] (Lei da Organização Judiciária - LOJ), *confere ao Presidente do Tribunal Supremo a competência de emitir directivas e instruções de carácter genérico, dirigidas aos tribunais judiciais de escalão inferior, visando uma maior eficácia e qualidade da administração da justiça*. No mesmo sentido, no art. 23.°, n.° 1, al. q) do da Lei

9 Publicada no BR n.º 33, I Série, de 20 de Agosto de 2007.

n.º 24/2013, de 1 de Novembro, alterada e republicada pela Lei n.º 7/2015, de 6 de Outubro[10], confere ao Presidente do Tribunal Administrativo a competência para *emitir directivas e instruções de carácter genérico, dirigidas aos tribunais administrativos provinciais, ao Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, aos tribunais fiscais e aos tribunais aduaneiros com vista a uma maior eficácia e qualidade da administração da justiça.* De igual modo, art. 16.°, n.° 1, al. d) da Lei n.º 4/2017, de 18 de Janeiro[11] (Lei Orgânica do Ministério Público e Estatuto do Magistrados do Ministério Público), então vigente, confere igualmente ao Procurador-Geral da República a competência para *emitir directivas, ordens e instruções por que deve pautar-se a actuação dos órgãos do Ministério Público, no exercício das suas funções.*

A partir da legislação em referência, as competências ao abrigo das quais os titulares dos órgãos da administração da justiça adoptaram medidas adicionais de resposta à pandemia de COVID-19, infere-se que as directivas emitidas pelos Titulares dos Órgãos de Administração da Justiça são normas internas de carácter funcional. São internas porque emanam dos titulares dos órgãos superiores das jurisdições e são dirigidas aos tribunais inferiores para garantirem a eficácia e qualidade da justiça. São igualmente normas funcionais porque visam dinamizar o funcionamento dos tribunais com vista à melhoria da eficácia e qualidade da administração da Justiça. Dito isto, suscitam-se duas questões em relação às directivas que adoptaram medidas adicionais de resposta à Pandemia no Sector da Administração da Justiça, designadamente, a sua natureza jurídica e a sua conformidade com a lei.

1.1. A Natureza Jurídica das Directivas e Instruções Genéricas do Presidente do Tribunal Supremo e do Presidente do Tribunal Administrativo

Nos termos do art. 2.° n.º, 4 da Lei n.º 1/2020, de 31 de Março, que ratifica a Declaração do Estado de Emergência pelo Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março, o Presidente do Tribunal Supremo, o Presidente do Tribunal Administrativo e o Procurador-Geral da República podem tomar medidas adicionais consideradas adequadas para a prevenção do vírus causador da doença da COVID-19, no âmbito da situação de emergência de saúde pública. As medidas em causa, adoptadas sob forma de directivas, com carácter normativo, emanam de órgãos judiciais, cuja vocação é prolatar sentenças no âmbito da justa composição de litígios, o que suscita o problema de saber em que qualidade os titulares dos

10 BR, n.º 79, I Série, de 6 de Outubro de 2015.

11 BR n.º 10, I Série, de 18 de Janeiro. Entretanto, a Lei n.º 4/2017, de 18 de Janeiro, foi revogada pela Lei n.º 1/2022, de 12 de Janeiro, Publicada no BR n.º 8, I Série.

órgãos de administração da justiça emanam tais normas.

A resposta à referida questão encontra-se na Lei n.º 7/2012, de 8 de Fevereiro[12] (Lei Base da Organização Administrativa), cujo âmbito de aplicação se estende aos órgãos do poder judicial, no exercício dos seus poderes administrativos, que é o caso. Desde logo porque ao emanar directivas e instruções para os tribunais da respectiva jurisdição, os titulares dos órgãos em referência agem na sua qualidade de órgãos de direcção administrativa do aparelho judiciário. Neste sentido, as referidas directivas fazem parte *das normas regulamentares emitidas pela Administração Pública,* o que as remete para o regime da legalidade dos regulamentos administrativos.

1.2. A Conformidade das Directivas Adoptadas com a Lei

Pese embora as directivas emanadas dos titulares dos Órgãos de Administração da Justiça no âmbito da resposta da pandemia da doença de COVID constituam normas internas, nalguns casos, tais normas apresentam-se como normas externas com caráter de normas relacionais, na medida em que tiveram eficácia externa, concretamente na esfera jurídica dos funcionários dos tribunais, haja vista estar hoje em dia ultrapassada a concepção orgânica do funcionário e agente público, que defendia a ideia de que uma vez integrado na função, o funcionário perde a sua identidade, por efeito da sua incorporação do aparelho de Estado[13]. De igual modo, as directivas em causa, que adoptaram medidas adicionais de resposta à pandemia, ao abrigo da já referida norma do art. 2.°, n.º 4 da Lei n.º 1/2020, de 31 de Março, tiveram efeitos na esfera jurídica dos utentes, no que diz respeito o modo de relacionamento destes com os cartórios, utilização das salas de audiência, etc.

Seguindo à risca a conclusão de que as directivas referidas nas leis orgânicas das jurisdições em referência são normas internas de carácter funcional, a legalidade das directivas de resposta à pandemia é questionável na parte em que se traduziram em normas relacionais entre os tribunais e os utentes[14]. Mas tal questionamento é inaceitável. Desde logo porque as referidas directivas foram adoptadas no âmbito do Estado de Emergência, que administrativamente se enquadra no princípio segundo o qual a necessidade não conhece a lei, que

12 BR n.º 6, I Série, de 8 de Fevereiro de 2012.

13 Sobre esta concepção, vide LIBERAL FERNANDES, Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração. Crise do Modelo Clássico de Emprego Público, Coimbra Coimbra, 1995.

14 Sobre tipos de normas do Direito Administrativo, vide DIOGO FREITAS AMARAL, Curso de Direito Administrativo. Volume I. 4.ª Almedina, Coimbra, 2015, pp. 124-130.

tem assento legal no art. 4.°, n.º 3 da Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto[15] (Lei do Procedimento Administrativo), ao abrigo do qual durante o estado de necessidade a Administração Pública pode agir sem observar o regime previsto neste diploma legal que entre outras matérias regula o regime do regulamento administrativo.

No caso concreto, pode dizer-se que um dos legados da resposta à pandemia, na situação particular do Sector de Administração da Justiça, mas que também se assistiu noutros sectores, uma vez que tanto a Administração Pública, como o sector privado foram autorizados a adoptar normas de implementação das medidas executivas administrativas de resposta à pandemia, é a adopção de *normas regulamentares de emergência* que interferem com a esfera jurídica do cidadão. Alguma doutrina integra tais normas no Direito Administrativo de Emergência[16].

Mas no domínio da justiça, a pandemia doença de COVID -19 teve outros impactos no acesso à justiça.

1.3. Em Geral, a Repercussão da Pandemia da Covid-19 no Acesso à Justiça

Na declaração do Estado de Emergência, o legislador deu muita primazia ao direito de acesso à justiça no quadro do estado constitucional de excepção. Desde logo, sobre os actos processuais e procedimentos processuais durante o Estado de Emergência, o legislador mandou aplicar o regime das férias judiciais[17], sem prejuízo dos actos urgentes como procedimentos cautelares, que devem ser praticados quando estejam em causa direitos fundamentais, tais como os direitos relativos a arguidos presos, mas em cujo rol podem ser integrados casos como direito de alimentos, direito de habitação no âmbito da proibição de despejos durante o Estado de Emergência[18], bem como os relativos a menores em risco. Quer isto dizer que durante o Estado de Emergência, os processos judiciais urgentes decorreram sem suspensão de prazos ou actos.

Ainda no domínio processual, o Estado de Emergência determinou a suspensão dos prazos processuais e administrativos, incluindo o procedimento

---

15 Publicado BR n.º 32, I Série, de 10 de Agosto de 2011.

16 Cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA, MARCO CALDEIRA, e TIAGO SERRÂO, Direito Administrativo de Emergência. Organização Administrativa, Procedimento Administrativo, Contratação Pública e Processo Administrativo na Resposta à Covid-19. Almedina, Coimbra, 2020.

17 Art. 2.°, n.º 1, da q da Lei n.º 1/2020, de 31 de Março, que ratifica a Declaração do Estado de Emergência pelo Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março.

18 Art. 29.° do Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, publicado no BR n.º 64, I Série.

disciplinar, para além da suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade, bem como da suspensão relativa a todos os processos e procedimento[19]. Desta forma, a pandemia teve impacto nos procedimentos administrativos, gracioso e contencioso, incluindo sobre o processo cível. Na verdade, pode igualmente dizer-se que durante o Estado de Emergência, as acções de despejo foram suspensas em consequência da proibição de despejos[20]. Estas suspensões de prazos foram impostas pela impossibilidade de prática dos actos processuais de forma remota, o que despoletou ainda durante o período da pandemia a necessidade de apresentação da proposta legislativa visando a introdução do regime jurídico da tramitação electrónica de processos Nesta matéria, a Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro (Lei dos Procedimentos atinentes ao Processo Administrativo Contencioso – LPPAC), já dispõe acerca do regime da tramitação electrónica de processos, ao abrigo do qual o Tribunal Administrativo encontra fundamento legal para realizar remotamente, por videoconferência[21], as suas sessões de julgamento.

2. Limitação dos Direitos Fundamentais Durante o Estado de Emergência

O Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março, que decretou o Estado de Emergência, fundamentou a adopção das medidas de contenção da propagação da pandemia da COVID-19 com a necessidade de salvaguardar a vida e a saúde pública. De entre as várias medidas adoptadas, a que maior impacto teve foi a referente à limitação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais durante o referido período de Estado de Emergência, porque suscitou-se logo o debate quanto à legitimidade da restrição dos direitos, liberdades e garantias através deste instrumento, por entenderem alguns juristas que o meio mais adequado deveria ter sido a própria Lei.º 1/2020, de 31 de Março, de ratificação do Estado de Emergência. Mais do que o debate sobre o devido processo legal, outra questão de interesse jurídico foi a conformidade das restrições adoptadas pelo sobredito Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março, com o regime constitucional de limitação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

---

19 Art. 2.°, n.^{os} 2 e 3 da Lei n.º 1/2020. de 31 de Dezembro.

20 Art. 29.° do Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, publicado no BR n.º 64, I Série.

21 Sobre estas matérias, vide no direito comparado, European Justice. Impacto da Pandemia nos Processos Cíveis e de Insolvência (Portugal), disponível em https://e-justice.europa.eu/37843/PT/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?PORTUGAL&member=1.

2.1. O Instrumento Jurídico para a Limitação dos Direitos Fundamentais

Sobre a restrição e limitação dos direitos fundamentais, a norma constante do art. 56.°, n.º 3 da CRM dispõe que *a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição*. Da interpretação conjugada desta norma com as normas do art. 178.°, n.os 1 e 2, alínea a), também, da CRM, concernente às competências da Assembleia da República, conclui-se que o acto normativo que determina a restrição dos direitos fundamentais tem de ser de natureza legislativa e não regulamentar. Deste modo, no plano formal, numa situação de normalidade constitucional, as críticas sobre a inadequação do Decreto Presidencial para a limitação dos direitos fundamentais seriam legítimas.

Entretanto, sobre a questão do nível do instrumento legal de restrição dos direitos fundamentais, o que parece resultar da conjugação do art. 56.° com o art. 290.°, n.º 2, ambos da CRM é a distinção das circunstâncias em que um e outro regime da restrição dos direitos, liberdades e garantias opera, por exclusão de partes. Assim, o regime do art. 56.°, n.º 3 da CRM aplica-se em situações de normalidade constitucional, ao passo que as restrições às liberdades e garantias a que se referem os arts. 290.°, n.º 2, 294.° e 295.°, todos da CRM, operam em situação de Estado de Excepção, onde é conferido ao Presidente da República a competência de declarar o Estado de Emergência, sendo que para o efeito a Constituição impõe que *a declaração do estado de sítio ou de emergência é fundamentada e especifica as liberdades e garantias cujo exercício é suspenso ou limitado*[22].

Deste modo, em estado de sítio ou de emergência não há mal algum que o Decreto Presidencial determine a limitação ou restrição aos direitos fundamentais.

2.2. O Regime Jurídico da Limitação dos Direitos, Liberdades e Garantias Fundamentais

Normalmente, as limitações e restrições aos direitos, liberdades e garantias fundamentais costumam ser referenciadas ao art. 29.° da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Ao abrigo deste dispositivo normativo, considera-se que o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.[23] Consequentemente, no exercício dos seus direitos e liberdades, todos os seres humanos estarão sujeitos apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar

22 Art. 290.°, n.º 2, da CRM.

23 Art. 29.°, n.º 1, da DUDH.

o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar duma sociedade democrática[24].

Neste sentido, entende-se que, por causa dos deveres a que o indivíduo está sujeito, os direitos humanos de que é titular não são absolutos, uma vez que podem ser limitados. Essa limitação ou restrição é determinada pelo Estado no exercício do seu poder discricionário, em função das exigências políticas, económicas ou sociais do momento, reconhecendo-se que nesta matéria o Estado dispõe dum poder da margem livre de apreciação das limitações a impor[25]. Contudo, essa margem livre de apreciação está sujeita aos limites da necessidade e proporcionalidade. É por isso que a Declaração do Estado de Emergência no âmbito da resposta à pandemia está sujeita aos mesmos limites.

2.2.1. O Princípio da Margem Livre de Apreciação e Seus Limites no Âmbito da Resposta à Pandemia da Doença de COVID-19

O princípio da margem livre de apreciação no regime do estado de sítio ou de emergência resulta implícito no art. 290.° da CRM, quando o legislador determina que *o estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território, nos casos de agressão efetiva ou eminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional ou de calamidade pública,* devendo a sua declaração ser fundamentada e especificar as liberdades e garantias cujo exercício é suspenso ou limitado.

A norma constitucional em presença confere ao Estado, representado pelo Presidente da República, o poder discricionário de fazer a leitura da existência dos acontecimentos que podem determinar e justificar a declaração do estado de sítio ou estado de emergência dentro do limitado rol dos casos previstos no n.º 1 do citado art. 290.° da CRM. Para além desta liberdade de apreciação dos factos que servem de fundamento para a declaração do estado de emergência, o Presidente da República goza igualmente do poder discricionário de avaliar quais os direitos, liberdades e garantias a restringir ou limitar.

No estrito caso da pandemia de Covid-19, à semelhança do que aconteceu noutros ordenamentos jurídicos, o Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março, que decretou o Estado de Emergência, ratificado pela Lei n.º 1/2020, de 31 de Março, limitou determinados direitos fundamentais, tais como o direito à

---

24 Art. 29.°, n.º 2, da DUDH.

25 MARIA VALENTINA MORAES, e SABRINA LIMA, As Teorias da Margem Livre de Apreciação Nacional e do Legislador Diante da Prática do Homeschooling: Os casos Brasileiro e Alemão, disponível em https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT5+Maria+Valentina+de+Moraes+e+Sabrina+Santos+Lima.pdf/9997b5c8-9838-fe34-f77c-00d9dd0ee371.

liberdade de circulação, mediante a imposição da quarentena, confinamento e a limitação da circulação de pessoas[26], o direito à educação, em consequência da suspensão das aulas, o direito à liberdade de trabalho, por força das medidas de encerramento de estabelecimentos comerciais e de diversão, requisição civil de médicos, rotatividade laboral, etc.

Ainda no quadro da limitação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, com vista à contenção da propagação da doença determinou-se a imposição do uso da máscara e da testagem obrigatória em determinadas circunstâncias[27], bem como a permissão de geolocalizaçâo das pessoas que tivessem testado positivo ao vírus. Esta imposição interfere com o direito à privacidade do cidadão, uma vez que neste domínio vigora, regra geral, o princípio do consentimento livre devidamente informado. Todavia, em conformidade com as exigências de saúde pública, tendo em atenção o modo de contágio do vírus de SARS-CovV-2, as medidas impostas são justificáveis porque se mostraram necessárias à contenção da propagação da doença. Com efeito, a doença do COVID-19, que se manifesta após o contágio pelo vírus SARS-CoV-2, faz parte da lista das chamadas *airborne deseases,* as quais se propagam através do ar[28], justificando-se a interferência na privacidade do indivíduo, nos termos definidos no dispositivo legal em análise, na medida em que em determinadas circunstância a falta de uso da máscara constitui uma ameaça à saúde pública. De igual modo, a testagem obrigatória para as situações em que o eventual portador do vírus SARS-VoV-2 possa criar risco de contágio aéreo para os outros, também se justifica porque esta medida permitia o isolamento da pessoa doente, limitando, assim, a possibilidade de propagação por via aérea do vírus em referência. Trata-se de um domínio sensível na área dos direitos fundamentais.

2.2.2. O Princípio da Necessidade das Restrições e da Testagem como Meio para Alcançar os Fins Almejados

A limitação dos direitos fundamentais deve resultar duma necessidade imposta por determinada circunstância e tem em vista alcançar um fim legítimo. O princípio da necessidade é extraído da norma do art. 29.°, n.º 2 da DUDH,

---

26 Cfr. Art. 2.°, n.º 1, als. b) e c), e n.º 2, als. a) e b), do Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março, ratificado pela Lei n.º 1/2020, de 31 de Março.

27 Cfr art. 7 do Decreto n.º 26/2020, de 8 de Maio, publicado no BR n.º 87, I Série. Este diploma legal actualiza as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, no âmbito da renovação do Estado de Emergência pelo Presidente da República através do pelo Decreto Presidencial n.º 12/2020, de 30 de Abril, ratificado pela Assembleia da República, pela Lei n.º 4/2020, de 30 de Abril.

28 ANN PIETRANGELO, What Are Airborne Diseases? Healthline, disponível em https://www.healthline.com/health/airborne-diseases.

segundo o qual *no exercício dos seus direitos e liberdades, todos os seres humanos estarão sujeitos apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar duma sociedade democrática.*

Entende-se que na expressão *com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar* está plasmado o princípio da necessidade, de modo que só se pode limitar os direitos fundamentais tendo em vista a salvaguarda de outros direitos ou valores. Esta ideia encontra-se subjacente no regime da limitação dos direitos fundamentais no quadro do estado de sítio ou estado de emergência, concretamente, nos arts. 290.°, n.º 1 e 291.°, ambos da CRM, quando a Constituição restringe a declaração do estado excepcional somente aos casos nela elencados[29] e apenas *ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional*[30]. Desta forma, sem a ocorrência dos factos que justificam a declaração do estado de emergência, não se pode limitar os direitos, liberdades e garantias que o art. 294.° da CRM autoriza a sua restrição.

No caso em apreço, o Presidente da República fundamentou a declaração do estado de emergência e a consequente limitação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais com a necessidade de *implementação de medidas de contenção da propagação da doença, com vista a salvaguardar a vida e a saúde pública*[31]. A preocupação com a observância do princípio da proporcionalidade está igualmente patente na fundamentação do Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, quando refere que este diploma legal *visa concretizar e operacionalizar medidas urgentes de excepcionais, necessárias, adequadas e proporcionais* à prevenção da propagação da pandemia. Uma vez que o contacto físico ou a proximidade de pessoas era um dos maiores veículos de contágio, os direitos, liberdades e garantias cuja manutenção poderia propiciar as condições de contágio foram limitados, como foi o caso da liberdade de circulação. A quarentena, o confinamento e a limitação da circulação foram também necessários como os meios adequados para conter a propagação.

---

29 Estes casos estão enumerados de forma taxativa no art. 290.°, n.º 1 da CRM, designadamente, agressão efectiva ou eminente, grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional ou calamidade pública.

30 Art. 291.°, in fine, da CRM.

31 Preâmbulo do Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março que Decreta o Estado de Emergência.

2.2.3. O Princípio da Proporcionalidade das Restrições com os Fins Pretendidos

A concretização normativa do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico moçambicano encontra-se consagrada no art. 6.°, n.º 3 da Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto. Este dispositivo legal preceitua que a *proporcionalidade implica que, de entre as medidas convenientes para a prossecução de qualquer fim legal, os agentes da Administração Pública devem adoptar as que acarretem consequências menos graves para a esfera jurídica do administrado.* Esta ideia encontra-se igualmente ínsita na norma do art. 29.°, n.º 2 da DUDH, ao referir que a limitação dos direitos humanos é permitida *exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar duma sociedade democrática.* Não se pode limitar os direitos e liberdades fundamentais para além a exigência imposta pelo fim que se pretende alcançar.

No corpo da norma sobre a elencação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, que foram limitados no âmbito do estado de emergência, constante do art. 3.°, n.º 1, do Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 2 de Abril, o Presidente da República teve a preocupação de não ferir o princípio da proporcionalidade. Enuncia o dispositivo legal em alusão que na *pendência do Estado de Emergência, e na medida do necessário para a prevenção e/ou combate à pandemia do COVID-19, devem verificar-se as seguintes medidas restritivas gerais.* Quer isto dizer que qualquer medida aplicada para além do estritamente necessário é *ultra vires,* justamente por violar o princípio da proporcionalidade, na medida em que estaria a impor consequências mais graves para os direitos, liberdades e garantias fora do exigível pelo fim pretendido de contenção da propagação da doença.

3. As Implicações da Pandemia de Covid-19 no Regime das Relações de Trabalho

O Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 2 de Abril, que declarou o Estado de Emergência, introduziu a rotatividade laboral e permitiu a adopção de outras modalidades em função da especificidade da área de trabalho. Na sequência desta orientação normativa, os diplomas legais subsequentes estabeleceram em um terço o limite máximo dos trabalhadores em serviço e em regime de rotatividade de quinze em quinze dias, sendo que nos casos em que fosse aplicável as entidades empregadoras poderiam adoptar a modalidade que os diplomas legais designaram de «trabalho em casa» ou «trabalho em domicílio», o que permitiu a introdução

do teletrabalho[32].

A adopção do regime de rotatividade e confinamento criou dúvidas sobre o regime salarial durante o período de redução de laboração das empresas durante a vigência do Estado de Emergência. Em relação ao trabalho a partir de casa, a resposta à pandemia fez uso mais amplo da figura de acomodação razoável nas relações de trabalho.

3.1. O Regime Salarial Durante a Vigência do Estado de Emergência

A redução da laboração das empresas com a consequente baixa de produção constituem parte dos impactos directos mais severos da vigência do Estado de Emergência, levando muitas delas a enfrentar dificuldades económicas sem precedentes. Esta redução da laboração foi uma imposição do regime de confinamento necessário para a contenção da propagação do vírus causador da doença de COVID-19. Um dos prismas em que este tema pode ser e é normalmente discutido no Direito do Trabalho é o do risco da actividade empresarial.

Sendo o Direito do Trabalho moldado a partir da ideia de que nas relações de trabalho existe um desequilíbrio de poder jurídico e económico entre as partes, onde o trabalhador é colocado como a parte mais fraca, o risco económico da actividade empresarial é imputado ao empregador. Em consequência desta visão, no regime da alteração das condições de trabalho, com fundamento na alteração das circunstâncias em que se fundou a decisão de contratar, a norma constante do art. 74.°, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto[33] (Lei do Trabalho), estabeleceu que em nenhum caso é admitida a modificação das condições de trabalho que implique diminuição da remuneração do trabalhador. Ora, com a declaração do Estado de Emergência e colocação dos trabalhadores em regime de *lay off* determinado por lei, colocou-se a questão de saber se as empresas poderiam reduzir a remuneração dos trabalhadores.

Infelizmente, nenhum dos actos normativos aprovados em resposta à pandemia respondeu esta questão de forma directa, o que adensou ainda mais as dúvidas. Na verdade, o citado dispositivo legal do art. 74.°, n.º 2 da Lei do Trabalho foi concebido como um regime aplicável às situações de gestão normal da empresa, nas quais a alteração das circunstâncias pode ocorrer como um evento natural do curso da economia. Na situação da pandemia, como se sabe, estava-se num estado de excepção constitucional onde não se deveria ter imposto às empresas a observância do regime decorrente do princípio da intangibilidade do salário. Impor às empresas a manutenção integral de salários numa situação

32 Art. 18.°, n.os 3 e 4, do Decreto n.º 26/20202de 8 de Maio.

33 Publicada no BR n.º 31, I Série, de 1 de Agosto de 2007.

de laboração reduzida e anormal devido ao cumprimento de medidas de saúde pública parece ter sido mais pernicioso para os trabalhadores do que o efeito que resultaria da permissão legal para as empresas reduzirem temporariamente os salários. O Banco Mundial estima que Moçambique tenha perdido 120.000 postos de trabalho devido à pandemia de Covid-19. Esta crise afectou sobretudo os sectores de hotelaria e turismo, transportes e educação[34].

Tal regime de redução salarial não seria nem novo nem inédito nas relações de trabalho, uma vez que a própria Lei do Trabalho a permite nas situações de *lay off* impostas por motivos respeitantes ao empregador, nos termos do art. 123.° do diploma legal em referência. Nos termos deste dispositivo legal, o empregador pode suspender o contrato de trabalho por razões económicas, podendo em tal caso reduzir os salários ou mesmo suspender o seu pagamento. Por essa razão foi questionável a opção de não permitir a diminuição temporária dos salários durante o Estado de Emergência, por se ter optado na adoção de outras modalidades de apoio às empresas[35] que nem sempre se mostraram eficazes porque muitas delas não preenchiam os requisitos de acesso.

3.2. O Direito de Acomodação Razoável no Quadro do Distanciamento Social

Estas modalidades de trabalho não têm à partida um enquadramento legal expresso na Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto (Lei do Trabalho), então em vigor durante o Estado de Emergência declarado em resposta à pandemia do COVID-19. Porém, no que concerne aos contratos de trabalho ou relações de trabalho vigentes aquando da declaração e duração do Estado de Emergência, as estratégias de gestão do distanciamento físico configuraram verdadeiras modificações temporárias dos referidos contratos ou relações de trabalho. Nos termos do art. 70.°, n.º 1 da Lei do Trabalho então vigente, *As relações jurídicas de trabalho podem ser modificadas por acordo das partes ou mediante decisão unilateral do empregador, nos casos e limites previstos na lei.* No caso em apreço, a modificação das relações de trabalho foi directamente imposta por lei, embora a conformação dos termos de ajustamento da concretização da jornada laboral não tivesse prescindido da vontade das partes.

---

34 JORNAL OBSERVADOR. Covid-19. Banco Mundial estima que Moçambique tenha perdido 120.000 postos de trabalho, disponível em https://observador.pt/2020/12/02/covid-19-banco-mundial-estima-que-mocambique-tenha-perdido-120-000-postos-de-trabalho/.

35 O Decreto n.º 23/2020, de 27 de Abril, publicado no B.R. n.º 79, I Série, aprovou as facilidades aduaneiras e fiscais, com vista a mitigar os efeitos económicos do COVID-19. Na mesma senda, o Decreto n.º 29/2021, 12 de Maio, publicado no BR n.º 90, I Série, aprovou medidas económicas e sociais adicionais, de excepção e temporárias, com vista a mitigar o efeito da pandemia da COVID-19.

Com efeito, a determinação das escalas de rotatividade dos trabalhadores, bem como o ajustamento dos termos e condições de realização do trabalho em domicílio, tanto pela via do teletrabalho como por qualquer outra modalidade compatível com o trabalho a partir de casa foram adoptados por consenso das partes. Este será, sem dúvidas o maior legado das alterações normativas no âmbito da doença de COVID-19, na medida em que o teletrabalho e o trabalho em domicílio passaram a constituir o «novo normal» de execução da jornada laboral. Numa outra dimensão, o trabalho em domicílio foi adoptado não somente como estratégia de distanciamento social, mas também como medida de protecção especial dos trabalhadores em situação de risco mais agravado, designadamente, os trabalhadores com idade igual ou superior a 60 anos, os portadores de doença considerada de risco e as gestantes[36].

Em todos os casos acima mencionados, o quadro normativo de resposta à pandemia de COVID-19 recorreu à figura do direito de acomodação razoável nas relações de trabalho. Até à declaração do Estado de Emergência, o direito de acomodação razoável estava confiando às situações de aproveitamento da capacidade residual do trabalhador vítima de acidade de trabalho ou doença profissional. Entretanto, no âmbito da resposta à pandemia, a acomodação razoável[37] teve uma aplicação mais ampla de modo a adaptar a situação do trabalhador às necessidades de distanciamento social ou protecção especial através do trabalho em domicílio ou trabalho em casa na terminologia então adoptada.

Conclusão

Esta breve incursão sobre o regime jurídico de resposta à pandemia de COVID-19 permite concluir que mais do que uma questão de saúde pública, a pandemia é uma questão jurídica. Por ser um regime jurídico aprovado num quadro de anormalidade e de Estado de Emergência, o quadro jurídico de resposta à pandemia compreende, essencialmente, normas de excepção.

A previsão de que no futuro a humanidade poderá enfrentar outras pandemias deve fazer reflectir sobre a melhor forma de construir um Direito de Excepção, na medida em que desta vez, à semelhança do que aconteceu por todo o lado, as autoridades públicas moçambicanas foram encontradas desprevenidas,

---

36 Art. 6.° do Decreto n.º 26/2020, de 8 de Maio.

37 Sobre este tema vide, JOANA NUNES VICENTE, Breves Notas sobre o Estatuto Jurídico-Laboral das Pessoas com Deficiência ou Doença Crónica no Código de Trabalho, in PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA (Coordenação). Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. III, Almedina, Coimbra, Maio de 2020, pp. 35 e ss.

o que fez com que a adopção das medidas de resposta à pandemia tivesse sido casuística, algumas vezes acompanhada de dúvidas sobre o modo de como fazer as coisas. É de louvar, por exemplo, o facto de o legislador ter aprovado a Lei n.º 3/2022, de 10 de Fevereiro[38] (Lei que estabelece os Mecanismos de Protecção e Promoção de Saúde).

Mas não se deve ficar por aqui, pois outras áreas devem ainda ser clarificadas. As dúvidas colocadas aquando da declaração do estado de emergência mostraram e alertaram para a necessidade de clarificação dos procedimentos e mecanismos de aplicação de figuras previstas na Constituição que não se encontram devidamente legisladas. No domínio fiscal e laboral há matérias que podem ser aprofundadas para responder às necessidades das empresas em situações de emergência. Coloca-se, igualmente, a necessidade de regulação mais clara do regime do teletrabalho, em particular, e a do trabalho em casa, em geral. Há que repensar o regime salarial nas situações de emergência, pois em tais circunstâncias parece justo repartir o risco económico entre o Estado, empregador e o trabalhador, o que permitiria a redução de salários, sendo que os trabalhadores deveria beneficiar da segurança social em tais casos.

Bibliografia

ANN PIETRANGELO, *What Are Airborne Diseases?* Healthline, disponível em https://www.healthline.com/health/airborne-diseases.

DIOGO FREITAS AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*. vol. I. 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

JOANA NUNES VICENTE, *Breves Notas sobre o Estatuto Jurídico-Laboral das Pessoas com Deficiência ou Doença Crónica no Código de Trabalho, in* PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA (Coordenação), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III, Almedina, Coimbra, Maio de 2020.

JOSÉ DUARTE COIMBRA, MARCO CALDEIRA e TIAGO SERRÂO, *Direito Administrativo de Emergência. Organização Administrativa, Procedimento Administrativo, Contratação Pública e Processo Administrativo na Resposta à Covid-19*. Almedina, Coimbra, 2020.

LIBERAL FERNANDES, *Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração*. *Crise do Modelo Clássico de Emprego Público*, Coimbra, Coimbra, 1995.

JORNAL OBSERVADOR. Covid-19. Banco Mundial estima que

38 Publicado no BR n.º 28, I Série, de 10 de Fevereiro.

Moçambique tenha perdido 120.000 postos de trabalho, disponível em https://observador.pt/2020/12/02/covid-19-banco-mundial-estima-que-mocambique-tenha-perdido-120-000-postos-de-trabalho/.

MARIANA VALENTINA MORAES e SABRINA LIMA, *As Teorias da Margem Livre de Apreciação Nacional e do Legislador Diante da Prática do Homeschooling*: Os casos Brasileiro e Alemão, disponível em *https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT5+Maria+Valentina+de+Moraes+e+Sabrina+Santos+Lima.pdf/9997b5c8-9838-fe34-f77c-00d9dd0ee371*.

Legislação

Constituição da República de Moçambique,

Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, publicado no BR n.º 64, I Série,

Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, publicado no BR n.º 64, I Série,

Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, que aprova as medidas de execução administrativa para a prevenção e contenção da propagação da pandemia COVID-19, a vigorar durante o Estado de Emergência, publicado no BR n.º 64, I Série,

Decreto n.º 23/2020, de 27 de Abril, publicado no BR n.º 79, I Série,

Decreto n.º 26/2020, de 8 de Maio,

Decreto n.º 26/2020, de 8 de Maio, publicado no BR n.º 87, I Série,

Decreto n.º 29/2021, 12 de Maio, publicado no BR n.º 90, I Série, aprovou medidas económicas e sociais adicionais, de excepção e temporárias, com vista a mitigar o efeito da pandemia da COVID-19,

Decreto Presidencial n.º 12/2020, de 30 de Abril, ratificado pela Lei n.º 4/2020, de 30 de Abril,

Lei n.º 1/2020, de 31 de Março que ratifica a Declaração do Estado de Emergência pelo Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março,

Lei n.º 13/2018, de 17 de Dezembro (Lei das Autarquias Locais), publicada no BR n.º 245, I Série,

Lei n.º 14/78, de 28 de Dezembro, publicado no Boletim da República (BR) n.º 155, I Série,

Lei n.º 4/2017, de 18 de Janeiro, foi revogada pela Lei n.º1/2022, de 12 de Janeiro, Publicada no BR n.º 8, I Série.

A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM NOME DA SAÚDE E DA SEGURANÇA: QUE LIÇÕES A RETIRAR DA EXPERIÊNCIA PANDÉMICA COVID 19?

The Restriction of Fundamental Rights in the Name of Health and Safety: What Lessons can be Drawn from the Covid-19 Pandemic Experience?

Mário Ferreira Monte
Professor Catedrático, Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal

Resumo: Durante a Pandemia Covid-19, um pouco por todo o mundo, houve necessidade de decretar confinamentos, muitas vezes acompanhados de normas significativamente restritivas de direitos fundamentais, *v.g.*, à livre circulação, ao trabalho, à fruição cultural, desportiva, etc., tudo em nome da saúde pública, da saúde pessoal e da segurança.

Não raras vezes, essas medidas foram coercivamente impostas através de normas sancionatórias.

Umas vezes notou-se um certo desnorte por parte dos atores políticos. Outras vezes, as entidades administrativas e policiais aplicavam aquelas restrições e "improvisavam" outras, ameaçando com sanções, inclusive de natureza penal.

Levantaram-se diversas questões: estava o Estado preparado para lidar com tal fenómeno e decretar medidas restritivas, às vezes a roçar a inconstitucionalidade? Estavam as Constituições preparadas para permitir uma resposta musculada em nome da segurança e da saúde? Estavam as entidades administrativas e policiais preparadas para lidar com aquele fenómeno?

Esta intervenção, partindo da experiência portuguesa, pretende responder a tais questões, mas acima de tudo retirar lições dessa experiência. A intervenção

é feita com recurso à análise de alguns casos que foram decididos nos tribunais, e onde ficou clara a divergência de visões entre as entidades políticas, administrativas e policiais e o poder judicial. Retirar lições dessa experiência é importante para se responder afinal a uma pergunta tão simples e ao mesmo tempo tão complexa: estamos mesmo preparados para respeitar os direitos fundamentais, mesmo em tempo de emergência, ou só estamos à espera de um pretexto para afinal os desrespeitar? Que valor lhe atribuímos?

Palavras-chave: Direitos fundamentais; crime de desobediência; estado de emergência.

Abstract: During the Covid-19 Pandemic, all over the world, there was a need to enact confinements, often accompanied by significantly restrictive rules on fundamental rights, e.g., free movement, work, cultural and sporting enjoyment, etc., all in name of public health, personal health and safety. Not infrequently, these measures were coercively imposed through sanctioning rules. Sometimes a certain disorientation was noticed on the part of political actors. At other times, administrative and police entities applied those restrictions and "improvised" others, threatening sanctions, including those of a criminal nature. Several questions were raised: was the State prepared to deal with such a phenomenon and enact restrictive measures, sometimes bordering on unconstitutionality? Were the Constitutions prepared to allow a muscular response in the name of safety and health? Were administrative and police entities prepared to deal with that phenomenon? This intervention, based on the Portuguese experience, aims to answer such questions, but above all draw lessons from this experience. The intervention is carried out using the analysis of some cases that were decided in the courts, and where the divergence of views between political, administrative and police entities and the judiciary became clear. Drawing lessons from this experience is important to finally answer such a simple and at the same time complex question: are we really prepared to respect fundamental rights, even in times of emergency, or are we just waiting for an excuse to finally disrespect them? What value do we attribute to it?

Keywords: Fundamental rights; crime of disobedience; state of emergency.

I. Os Factos

Imaginemos duas situações.

Suponhamos que estamos em maio de 2020, em plena tragédia pandémica, sem vacina e com milhares de casos de covid 19, com graves problemas de sobrelotação nas urgências dos hospitais. Alguém que se encontra no estrangeiro regressa ao seu país, mais propriamente ao lugar onde habita, onde está a sua família, e, em vez de ir para casa, ao encontro dos seus familiares, as autoridades locais mandam-no recolher numa unidade hoteleira, e aí permanecer por um período de 14 dias, em quarentena. Quem concordaria que uma situação destas poderia configurar uma detenção ilegal?

Imaginemos outra situação, agora em junho de 2020, com o estado de emergência decretado, sendo proibido, por Resolução governamental, o ajuntamento de pessoas, o consumo de bebidas alcoólicas em estabelecimentos de restauração e até a circulação sem motivo que o justifique, na via pública. Um grupo de pessoas é surpreendido num estabelecimento de restauração, a assistir a um jogo de futebol na TV e a consumir bebidas alcoólicas. Alguém duvidaria que o proprietário do estabelecimento estaria a desobedecer às normas que proibiam aquele ajuntamento e que as pessoas visadas, além disso, também estariam a desrespeitar o dever de não circular sem motivo que o justificasse?

Antes de respondermos, melhor, antes de ver o que os tribunais poderiam responder, vamos enquadrar as questões que estas situações implicam.

II. O Problema

A humanidade, em 2019 e nos anos seguintes, conheceu os limites da sua existência pela ameaça de um vírus letal, mas também pela impossibilidade de o erradicar. A hipótese que se colocou foi a de minimizar a sua propagação e os seus efeitos. Estavam em jogo vários interesses relevantes: a saúde das pessoas em geral, enquanto direito pessoal, fundamental; a saúde pública, uma vez que a pandemia propiciava um quadro geral de agravamento das condições sanitárias, desde logo pela impossibilidade de se proporcionar assistência a todas as vítimas do vírus, mas também de se não conseguir socorrer adequadamente pessoas que padeciam de outras enfermidades; o direito à segurança, na medida em que uma tragédia deste tipo podia evoluir para uma certa desordem capaz de gerar os mais inusitados atos de barbárie; e, no limite, mas não menos importante, como veio a suceder, estava em causa o direito à vida. Porém, do outro lado, estavam direitos igualmente importantes: o direito à liberdade pessoal, o direito de livre circulação, o direito ao exercício de atividades normais e algumas até vitais, como trabalhar, prestar assistência a pessoas vulneráveis, praticar desporto ou simplesmente, mas não menos importante, o direito ao lazer e à fruição cultural.

Certamente que para garantir todos estes direitos, os Estados, através das

suas estruturas, enfrentaram graves desafios: ou bem que garantiam os direitos à saúde, à segurança e à vida, com prejuízo dos restantes; ou bem que respeitavam estes direitos individuais e podiam prejudicar aqueles igualmente individuais e também comunitários. Naturalmente que quem não quiser aprofundar nas vantagens de uma ou outra situação, apostaria na defesa da saúde, da segurança e da vida, em prejuízo dos restantes direitos fundamentais. Não é isso, porém, que as Constituições democráticas e modernas nos dizem. Apelando ao princípio da proporcionalidade, o que determinam é que os direitos fundamentais podem ser comprimidos na medida do estritamente necessário e adequado à salvaguarda de outros direitos igualmente importantes[1]. E, portanto, as restrições devem ser proporcionas aos benefícios dela resultantes. No final, o que estaria em jogo seria o princípio da concordância prática[2] ou, se quisermos, da unidade e harmonia da ordem jurídico-axiológica constitucional[3]. No sentido positivo do termo: promover a limitação necessária e adequada de cada interesse, mas otimizando ao máximo todos os interesses em crise. Portanto, não seria só restringir uns e proteger outros; seria restringir o menos possível uns, não os deixando de otimizar, para proteger outros.

Este juízo de ponderação deve ser feito pelo aplicador da Lei. Mas também pelo legislador quando tem de restringir direitos. Não pode ser feito de um modo absolutamente arbitrário ou *ad hoc*.

III. A Realidade Ultrapassou a Imaginação

O que sucedeu, todavia, foi de algum modo inesperado. Não tardou, quando o problema se colocou verdadeiramente e se entendeu que o melhor seria confinar as pessoas, que se assistisse a uma tomada de decisões restritivas de direitos sem o mínimo de suporte legal e constitucional. Independentemente das respostas que se possam dar a estas questões, há uma certeza: nem tudo correu bem. E há algo que manifestamente, a meu ver, não correu nada bem: não foi preciso muito para se ver pequenos e grandes titulares do exercício de decisão a "provar" e "saborear" o poder de impor regras, proibições e imposições, quase diariamente, limitando

---

1 Em Portugal, isso está claramente assumido no artigo 18.º, n.º 2, da CRP: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

2 Sobre o princípio da concordância prática, por todos, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, p. 220 e s.

3 No sentido apontado por Castanheira Neves, *O Instituto dos 'Assentos' e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, p. 230.

a vida das pessoas e praticamente sem questionar a legalidade dessas medidas. Já que se estava em emergência, então valia tudo, e sobretudo valia uma coisa: impor, limitar, restringir, condicionar, proibir e ameaçar.

A dado momento o que parecia mesmo é que, não fosse a Lei, em tempo de normalidade, e estaríamos muito perto de pequenas ditaduras. Pelo menos, não foi difícil vermos pequenos "ditadores" a "ditar" regras, mesmo que ao arrepio das leis. Se se pensa que há exagero nas palavras, vamos a factos.

Em Portugal, por exemplo, como certamente em muitos outros lugares do mundo, mal se começou a falar da necessidade de quarentena, de confinamento ou de cordão ou cerca sanitária, dispararam as situações de restrição de direitos. No governo central, começou a ouvir-se falar em proibição de circulação, sem mais; nos municípios assistiu-se a uma proliferação de decisões díspares, mas sempre no sentido de proibir a circulação de pessoas, às vezes com a ameaça do crime de desobediência. E foram mesmo vários os casos de quarentena forçada, em regime de detenção. Tudo isto sem qualquer base legal.

Estávamos nos primeiros dias de março de 2020. Eis senão quando se começou a questionar o que fazer do pronto de vista jurídico para legitimar as situações de proibição de circulação, sem correr o risco de ilegalidades ou inconstitucionalidades.

Precisamente na semana em que se discutia o assunto, fui convidado, no dia 10 de março de 2020, pela Rádio Televisão Portuguesa, para ir ao programa "3 às 11"[4], explicar que não se podia restringir direitos fundamentais, sem o necessário suporte constitucional e legal. Nessa altura discutia-se, entre juristas, a eventual declaração de um estado de emergência. Havia quem entendesse, naquelas circunstâncias, não ser possível. Ora, isso seria fatal. A minha posição, então, foi muito clara: a declaração do estado de emergência era, mais do que necessária, justificada por duas grandes razões: à uma, a situação pandémica obrigava a que se tomassem decisões que poderiam implicar a restrição de direitos fundamentais, mas necessária pela realidade, pelos factos; à outra, só com a declaração de estado de emergência, aquela restrição de direitos podia ser realizada, uma vez que não havia lei que a permitisse nos termos que eram desejados e que já estavam a ser experimentados[5]. De facto, o não decretamento do estado de emergência atiraria

---

4 https://www.rtp.pt/play/p6645/e460894/3-as-11?fbclid=IwAR3kjTx9yzk8WEfbtgrmzFujk1RbrjPkrC6_AVxuKs8Ta-Y7kjB-t7zkzbw, a partir do minuto 5.05

5 Em Portugal, o art. 19.º da CRP, é claro: "1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição.
O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública".

tais decisões para o campo da ilegalidade e seguramente da inconstitucionalidade. A lei de emergência formularia os termos em que certas restrições poderiam suceder. E, sendo assim, tais limitações deveriam obedecer a essa lei, e não ser tomadas por cada autoridade ao sabor do curso da pandemia.

Depois de uma explicação tão pormenorizada quanto o possível, o jornalista, de um modo sábio, questionou-me se, independentemente das questões jurídicas, estando em causa o bem comum, o bom senso não deveria impor a necessidade de uma certa regulação das situações de calamidade, sem perdermos tempo a discutir as leis. A questão fazia todo o sentido. Do que se tratava então, em Portugal, como em todo o mundo, era de uma *emergência*, por calamidade pública. Uma situação assim impunha que fossem tomadas medidas restritivas que afetariam os direitos fundamentais, sem perder tempo! Podia o poder executivo, fosse ele central, regional ou local, ou até as autoridades públicas que exercem esse poder na rua, como era o caso das autoridades policiais e de segurança pública, absterem-se de tomar decisões urgentes, "só" porque em causa poderiam estar ilegalidades ou inconstitucionalidades? Podiam a vida, a saúde e a segurança ficar dependentes de um certo "escrúpulo" normativo?

A resposta que o bom senso ditava era a de que, em emergência, a roçar o estado de necessidade coletivo, não se podia esperar mais: tinha de se fazer tudo o que era necessário para evitar uma tragédia humana. Mas o que era afinal "fazer tudo o que era necessário"? Quem avaliava esta qualidade das decisões?

IV. Casos e Decisões Judiciais

Em Portugal, ocorreram dois tipos de situação que merecem atenção: os casos de confinamento anteriores ao primeiro decretamento do estado de emergência, e mesmo posteriores, mas em que não estava em vigor o estado de emergência – uma vez que este era decretado por períodos; e as situações de imputação de crime de desobediência já com o estado de emergência decretado.

Quanto ao primeiro tipo, causou surpresa a iniciativa de alguns municípios de condicionar a circulação de pessoas e automóveis, com intervenção policial, sob pena de crime de desobediência[6]. Naturalmente que não existia sequer uma lei que habilitasse aquele condicionamento, muito menos qualquer possibilidade legal de se aplicar o crime de desobediência previsto no Código Penal. E também

6 Foram várias as situações. Mas em https://www.rtp.pt/play/p6645/e460894/3-as-11?fbclid=IwAR3kjTx9yzk8WEfbtgrmzFujk1RbrjPkrC6_AVxuKs8Ta-Y7kjB-t7zkzbw, a partir do minuto 3.54, reporta-se uma situação ocorrida num município, em que o desespero dos responsáveis autárquicos levava à aplicação de sanções, entre as quais a pena prevista para o crime de desobediência.

não se duvida da bondade intencional de quem lançou mão de tais meios. Só que se tratava de meios ilegais. Já compreenderemos melhor o que agora dizemos.

Mas mesmo depois de ter sido decretado o primeiro estado de emergência, houve uma certa "habituação" de lidar com a situação como se tudo se reconduzisse ao seu abrigo. Ora, não era assim e, portanto, as consequências não se fizeram sentir.

É tempo de recordar a primeira das situações que imaginámos no início. É aqui paradigmático, entre outros, um caso que chegou ao Tribunal Constitucional, decidido através do Acórdão n.º 424/2020. Tratou-se de uma pessoa que viajou de Lisboa para S. Miguel (Açores), onde tinha a sua residência habitual e onde vivia a sua família, em maio de 2020. Quando aterrou, as autoridades conduziram-no a um hotel onde deveria ficar em quarentena por 14 dias. Esta medida, decretada já em pleno estado de emergência, de acordo com as autoridades regionais, estava prevista na "Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, de 04/05/2020, cujo artigo 11.º mantém em vigor a Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020, de 27/03/2020, a qual, por seu turno, tem como normas habilitantes as alíneas a), b), d) e e) do n.º 1 do artigo 90.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores e os artigos 9.º, 10.º, 11.º e 12.º do Decreto Legislativo Regional n.º 26/2019/A, de 22 de novembro, do Regime Jurídico do Sistema de Proteção Civil da Região Autónoma dos Açores, que por sua vez se funda no artigo 60.º da Lei de Bases da Proteção Civil; aqueles artigos 9.º, 10.º e 11.º são as normas habilitantes da Resolução do Conselho de Governo n.º 123/2020, de 04/05/2020, atribuindo ao Governo Regional dos Açores a competência para declarar os estados de contingência e de calamidade pública regional respetivamente, tendo sido ao abrigo da alínea f) do n.º 1 do artigo 10.º que foi determinado o confinamento profilático". Esta fundamentação que foi esgrimida pelas autoridades regionais não convenceu o Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada que proferiu decisão, datada de 16/05/2020, "no sentido de recusar a aplicação, por inconstitucionalidade (mais concretamente, por violação do disposto nos artigos 1.º, 13.º, 18.º, 20.º, 27.º, 165.º, n.º 1, alínea b), 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alínea b), e 228.º da Constituição), das normas contidas nos artigos 9.º, 10.º 11.º e 12.º do Decreto Legislativo Regional n.º 26/2019, de 22 de novembro, e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, também na parte em que remete para a Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores e, em consequência, de conceder a providência requerida, ordenando-se a restituição do requerente à liberdade". O Ministério Público, inconformado, recorreu para o Tribunal Constitucional, uma vez que em causa estava a determinação de inconstitucionalidade das normas que habilitavam aquela quarentena. E o Tribunal Constitucional, através do Acórdão 424/2020, deu

razão ao Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada. Entre outros argumentos, porque "o requerente da providência de habeas corpus foi sujeito a confinamento obrigatório em 10/05/2020, altura em que já não vigorava a declaração do estado de emergência (declarado inicialmente pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, entre 19/03/2020 e 02/04/2020, renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, entre 03/04/2020 e 17/04/2020, e novamente renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, entre 18/04/2020 e 02/05/2020, após o que vigorou a situação de calamidade declarada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020)", decidiu "julgar inconstitucionais as normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020 e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, por violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, por referência ao artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa". É muito interessante ler este acórdão. Na parte relativa aos fundamentos do Ministério Público, não existem dúvidas da bondade intencional daquela medida. Naquele momento (10.05.2020), a situação em Portugal e em todo o mundo já era trágica. Havia mais do que razões para serem tomadas medidas restritivas. E, porém, o Tribunal de Ponta Delgada e o Tribunal Constitucional não hesitaram em conceder *habeas corpus* ao detido. Mesmo perante a pergunta feita pelo Ministério Público "*Se, no seguimento do seu desconfinamento por decisão da autoridade judicial, vier a infetar os elementos do seu agregado familiar ou terceiros, não incorrerá em responsabilidade criminal?*" Esta pergunta, assim colocada, não interpelava apenas o requerente. Era uma séria interpelação ao Tribunal. E, contudo, este não vacilou.

Este caso é ilustrativo do que estava em causa. Discutiu-se se seria um problema de limitação do direito à liberdade, previsto no artigo 27.º da Constituição, ou de restrição do direito à deslocação, previsto no artigo 44.º da Constituição[7]. Independentemente da resposta, sempre estaria "em causa

7 Sobre a questão, o Acórdão 424/2020 do TC recenseia doutrina interessante, de que aqui se dá eco: Jorge Reis Novais, Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19, revista e-Pública, cit., pp. 79-117, especialmente pp. 95 e ss. e p. 99, e Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial, disponível em https://observatorio.almedina.net/; José de Melo Alexandrino, Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais, disponível em https://observatorio.almedina.net/; Miguel Nogueira de Brito, Pensar no estado da exceção na sua exigência, disponível em https://observatorio.almedina.net/; e Rúben Ramião, O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross (2.ª Resposta a Jorge Reis Novais) e Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3.ª Resposta a Jorge Reis Novais), disponíveis em http://www.icjp.pt/publicacoes/papers/4).

um direito referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP". E, por isso, a decisão de confinar, sem o respeito pela lei constitucional, consubstanciava uma detenção ilegal.

Importa dizer que afetação do direito à liberdade ou simplesmente, mas não menos importante, do direito à livre deslocação, conheceu o maior número de situações na circulação rodoviária. De facto, quanto às situações anteriores ao estado de emergência, ou até depois deste, mas quando este não estava em vigor, pode dizer-se que as mais comuns, quando estava em vigor aquilo que se designava por estado de calamidade, tinham que ver com proibições de circulação sob ameaça do crime de desobediência.

Inclusivamente colocou-se uma situação, que acabou por registar alguma recorrência, em alguns casos, de automobilistas que não obedeciam ao sinal de paragem das autoridades policiais, entre outras razões, por não terem de ser conduzidos compulsivamente a quarentena. Também aqui a ameaça de crime de desobediência era feita sem qualquer fundamento legal. É que, embora se tratasse de uma desobediência a ordem legítima de autoridade, a verdade é que tal infração está especialmente prevista no direito das contraordenações, que, embora sendo direito sancionatório público, não é direito penal. O princípio "ne bis in idem" impede que o facto implique dupla responsabilidade – penal e contraordenacional – quando duas normas protegem exatamente o mesmo bem jurídico[8]. E, portanto, se o artigo 4.º do Código da Estrada português prevê expressamente a contraordenação grave de desobediência ao sinal regulamentar de paragem das autoridades, é a coima ali referida que se pode aplicar, e nunca a pena de multa prevista no artigo 348.º do Código penal. É que esta última norma é um tipo genérico que requer a verificação de dois requisitos: "a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação". Ora, no caso, a norma que expressamente prevê a infração contraordenacional não a comina com desobediência simples, do Código Penal, pela simples razão de que condena com coima prevista no respetivo tipo. Também se não aplicaria a segunda hipótese porque o que sucedia é que nem sequer chegava a existir interação com a autoridade. Portanto, o condutor, quando muito, teria realizado a infração contraordenacional, que neste caso é especial em relação ao crime de desobediência e, portanto, a que se devia aplicar. Trata-se da aplicação do princípio da legalidade (criminal e contraordenacional) a funcionar

8 Quer sito dizer que uma ação até pode desencadear responsabilidade penal e contraordenacional, se violar bens jurídicos distintos, previstos quer em lei penal, quer em lei contraordenacional. O que não pode suceder é o facto ser duplamente punido, como contraordenação e crime, quando as duas normas protegem exatamente o mesmo bem jurídico.

em pleno[9]. Pois bem, isto não impediu que em muitos casos se tivesse restringido a liberdade de circulação sob ameaça de crime de desobediência.

Quanto ao segundo tipo de situações – de casos controversos ocorridos no âmbito do estado de emergência –, somos agora transportados ao segundo caso que imaginámos no início. É modelar o acórdão n.º 350/2022 do Tribunal Constitucional português. Diz respeito a uma situação ocorrida em 23 de junho de 2020, quando, portanto, já havia sido decretado o estado de emergência. Em causa estava o eventual crime de desobediência de uma arguida proprietária de um estabelecimento de restauração, surpreendida por uma fiscalização, com várias pessoas no interior do estabelecimento, a assistir a um jogo de futebol, que passava na TV e a tomar bebidas alcoólicas, cerca das 22h15m. Tudo factualidade proibida pela "Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-B/2020, de 22 de junho, que era punida com o crime de desobediência p. e p. pelo disposto no artigo 5.º-B do regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de maio, introduzido pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-B/2020, de 22 de junho". A arguida invocou a inconstitucionalidade orgânica e formal daquela norma. O Tribunal Judicial da comarca de Lisboa – Oeste, Juízo local criminal da Amadora, deu-lhe razão. O Ministério público recorreu para o Tribunal Constitucional, por considerar não ser inconstitucional a referida norma. O tribunal anterior tinha considerado que "é manifesto que a referida Resolução 45-B/2020 não constitui fonte de Direito válida para subsumir a conduta da aqui arguida ao crime de desobediência, padecendo de manifesta inconstitucionalidade, orgânica e formal, impondo-se, portanto, a absolvição daquela, por não aplicação do disposto

9 O que dizemos no texto não seria afastado pela circunstância de a parte final do n.º 3 do artigo 4.º referir "se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal". Sanção mais grave, neste caso, seria sempre contraordenacional. A razão é muito simples: a norma do artigo 4.º não comina a infração com a pena do art. 348.º do CP. Pelo contrário, o legislador quis que fosse sancionada nos termos do artigo 4.º, como contraordenação grave. Trata-se de uma cominação clara, não remissiva e, portanto, não habilitante da aplicação do art. 348.º O direito penal rege-se pelo princípio da intervenção penal mínima, sendo a *ultima ratio* do sistema sancionatório. Quando há uma norma sancionatória especialmente prevista para uma conduta, punida de modo específico, e ainda por cima com uma sanção que, embora pecuniariamente mais onerosa, não tem natureza penal, é essa, e só essa sanção, que deve ser aplicada, e nunca a do Código Penal. Caso contrário, o resultado a que se chegaria é este: sempre que alguém desrespeitasse o artigo 4.º do Código da Estrada, seria punido pelo art. 348.º do CP. Que sentido teria então a previsão da sanção do artigo 4.º do Código da Estrada? Nenhuma. Ora, é bom de ver que não foi isso que o legislador pretendeu. Paradigmático é, a este respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12 de dezembro de 2008, que, a um condutor que desrespeitou o sinal de paragem dado por autoridade policial, e que simultaneamente apresentava uma taxa de álcool no sangue de 1,96, considerou bem que tinha praticado uma contraordenação prevista no art. 4.º do Código da Estrada, pelo desrespeito do sinal de paragem, e um crime de condução perigosa de veículo rodoviário, previsto no art. 291.º do CP, e consequentemente não realizando o cúmulo jurídico de ambas as sanções.

no artigo 5°-B do regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n° 40-A/2020, de 29/05, na redação dada pela Resolução do Conselho de Ministros n° 45-B/2020, de 22/06 e respetivos pontos 4 e 5 de tal diploma, uma vez que a respetiva aplicação é inconstitucional na aceção supra exposta". O Tribunal Constitucional, por sua vez, dando razão ao Tribunal recorrido, decidiu "[j]ulgar inconstitucional a norma decorrente do artigo 5.º-B, n.º 2, do regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de maio, introduzido pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-B/2020, de 22 de junho, conjugadamente com o ponto 4 desta Resolução e com o artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, segundo a qual, para os efeitos do crime de desobediência previsto neste preceito do Código Penal, constitui cominação suficiente a publicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-B/2020, onde se prevê que, na Área Metropolitana de Lisboa, os estabelecimentos de comércio a retalho e de prestação de serviços, bem como os que se encontrem em conjuntos comerciais, encerram às 20 horas, por violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição".

Note-se que, nos termos das normas invocadas, não havia qualquer dúvida, nem da razoabilidade da fundamentação, nem sequer do alcance da norma. E, todavia, punir com desobediência quem não cumpria aquela proibição foi algo que o Tribunal não aceitou. Pode dizer-se que se deveu a uma questão orgânica e formal. Mas não só. Na verdade, havia uma questão material bem mais profunda: a de que, para condenar criminalmente, há que respeitar o princípio da legalidade criminal[10]. Como é referido por Naucke e sublinhado Christine Pott[11],

---

10 Como explicou o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 350/2022: "Em conclusão, a Lei de Bases da Proteção Civil não contém uma disposição que comine a punição da desobediência, para os efeitos do artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, para a conduta, cometida em situação de calamidade, de desobedecer a ordem ou comando no sentido de que seja encerrado determinado estabelecimento a partir de determinada hora. Não tem a definição necessária para poder considerar-se uma norma incriminatória já suficientemente determinada a que o n.º 2 do artigo 5.º-B, introduzido pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-B/2020, tivesse vindo apenas dar maior nitidez. Uma tal cominação veio a ser realizada somente pelo ponto 4 daquela Resolução, conjugadamente com o referido artigo 5.º-B, n.º 2, que introduz elementos centrais para a definição da conduta proibida, pelo que careceria, ele próprio, de revestir os atributos exigidos pelo princípio da legalidade na vertente de lei formal (cf. os Acórdãos n.º 256/2002, n.º 187/2009, n.º 397/2014 e n.º 149/2017).

No âmbito da situação de calamidade é inequívoco que o Governo não tem competência para aprovar uma norma como a que aqui se aprecia sem que para tanto estivesse autorizado pela Assembleia da República. Em termos idênticos aos sustentados nos Acórdãos n.º 424/2020, n.º 88/2022, n.º 89/2022 e n.º 90/2022, assim como no âmbito dos processos n.º 594/2021, n.º 663/2021 e n.º 740/2021 – todos relativos a matérias integradas na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República e todos relativos a normas aprovadas no âmbito da situação de calamidade –, para cuja fundamentação, portanto, se remete, com as necessárias adaptações".

11 Pott, Christine, «La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la

"[o] princípio da legalidade no Direito Penal pretende que em Direito mandem as leis e não as pessoas". Nem mais nem menos.

Esta não foi a única situação. Seria fastidioso enumerar todas[12].

Estas situações são paradigmáticas de duas notas: à uma, o poder executivo atuou certamente com a melhor das intenções; à outra, não podia incriminar condutas, mesmo que baseadas nessa situação, sob pena de violação da Constituição.

V. Em Jeito de Conclusão: as Lições a Retirar Para o Futuro

Chegados aqui, há que retirar ilações.

No artigo XXX da primeira parte da Constituição de Massachussets de 1780, em clara emanação do princípio da divisão de poderes, afirma-se categoricamente que o governo há de ser das leis e não dos homens[13].

Podemos ir ainda mais longe: num Estado democrático de direito, em última instância, mandam as leis, não as pessoas. Um Estado nunca será

---

relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreseimiento (§ 153 sigs. StPO)», trad. de Elena Iñigo Corroza e Guillermo Benlloch Petit, in *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Granada: Editorial Comares, 2000, 84, em especial, nota 21.

12 Aqui fica mais uma, agora dos Tribunais superiores comuns. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de março de 2021, referindo-se a situações de eventual desobediência, ocorridas em abril de 2020, considerou que a agravação da pena do crime de desobediência previsto non Código Penal era organicamente inconstitucional porque da "Resolução da Assembleia da República 15A/2020 de 18/03 que autorizou o Presidente da República a declarar o estado de emergência, não se retira dela que contenha uma autorização para que o Governo pudesse criar um novo tipo de crime.
Não basta estatuir que ficam parcialmente suspensos alguns direitos, nomeadamente o direito de deslocação, para daí retirar sem mais a aceitação de que a suspensão de direitos implica automaticamente a criminalização das condutas".
Mais, referiu: "O Decreto 2-B/2020 não tendo criado novo tipo de crime de desobediência pelo menos alterou a medida da pena do crime.
Ocorre que a criação de tipos de ilícitos criminais é matéria da reserva relativa da Assembleia da República, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP.
O Decreto 20-A/2020 ao definir um novo tipo de crime, invade a competência legislativa que lhe não compete e que só competiria se tivesse sido prevista por uma lei de autorização legislativa.
É também nisto que consiste o princípio do Estado do direito democrático estabelecido no artigo 2.º da CRP".

13 Artigo XXX da Constituição de Massachussets de 1780: "In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men".

democrático e de direito se estiver dependente da vontade e dos humores de quem governa, se estiver refém da vontade de cada governante, seja qual for o nível de poder em que se encontre. Qualquer decisão política, tomada por quem governa, sempre há de obedecer às leis. Não podem existir decisões ao arrepio das leis, e muito menos da Constituição. Naturalmente que no exercício da função de governar muitas decisões podem conduzir a mudanças na legislação. Isso é perfeitamente legítimo, quando esse processo segue as regras democráticas. O que se não pode é admitir decisões arbitrárias ou em contramão com as leis. E sobretudo quando estão em causa leis emanadas pelo órgão legislativo, com reserva, então é imperioso que o poder executivo não atue contra essas leis. E mesmo o poder legislativo, quando almejar alterar leis, não pode fazê-lo em desrespeito para com a Lei maior que é a Constituição. E até a alteração desta, mesmo que desejada por uma maioria indiscutível de deputados, deve obedecer aos requisitos constitucionais para tal.

Naturalmente que a Lei, em democracia, é a manifestação positivada, formal e material, da vontade das pessoas. Mas esta vontade é expressa democraticamente, de acordo com procedimentos previamente determinados, uma vez mais, pela Lei. E, uma vez positivada, essa vontade formalizada prevalece sobre vontades ou decisões supervenientes, venham de onde vierem que não estejam de acordo com a lei, que não sejam a sua concretização.

Isto, que parecia razoavelmente claro e assumido nas democracias assentes no primado da lei, foi afinal questionado aquando da trágica pandemia motivada pelo Covid 19. Sobretudo porque em causa estavam direitos fundamentais.

Pode dizer-se que tudo aconteceu pelo risco a que se expuseram interesses vitais, como é o caso da vida, da saúde, da saúde pública e a até da segurança. E, portanto, a situação de emergência tende a desculpar os excessos que se verificaram. Mas também se pode dizer que muitas das situações ocorrerem por causa de uma certa falta de formação democrática, ou que o que é pior, de uma certa indiferença às regras do Estado democrático de direito. Pois é preciso notar que é justamente em situações excecionais que se põe à prova a maior ou menor solidez do estado democrático de direito. Não é em tempo de normalidade.

A COVID-19 E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MOÇAMBIQUE: UM OLHAR AO DIREITO À SAÚDE E DIREITO À EDUCAÇÃO E LIÇÕES PARA O FUTURO

COVID-19 and the guarantee of fundamental rights in Mozambique: a look at the right to health and right to education, and lessons for the future

Almeida Machava
Professor, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Resumo: Com o agravamento de casos positivos de COVID-19 em Moçambique, foi declarado, primeiro, o Estado de Emergência e, depois, o estado de calamidade pública, como medidas para a contenção da propagação da doença, com vista a salvaguardar a vida e a saúde pública. Neste processo vários sectores da vida social e económica ficaram afectados. Um dos principais efeitos dessas medidas de contenção e, por conseguinte, da pandemia da COVID-19 em Moçambique foi a limitação e restrição de alguns direitos fundamentais dos cidadãos, como forma de responder a essa emergência de saúde pública. Assente numa abordagem hermenêutica, o presente ensaio debate, em especial e criticamente, as medidas legais que o Estado moçambicano adoptou durante a pandemia e que impactaram na efectivação dos direitos fundamentais, em particular do direito à saúde e do direito à educação. Por outro lado, discute as lições aprendidas e apreendidas para evitar alguns dos efeitos negativos verificados, no futuro.

Palavras-chave: COVID-19; direitos fundamentais; direito à saúde; direito à educação.

Abstract: With the worsening of positive cases of COVID-19 in Mozambique was firstly declared the state of emergency and then the state of public calamity, as measures to contain the spread of the disease, with a view to safeguarding life and public health. In the process, various sectors of social and economic life were affected. One of the main effects of these containment measures and, therefore, of the COVID-19 pandemic in Mozambique was the limitation and restriction of some fundamental rights, as a way of responding to the public health emergency. Based on a hermeneutical approach, this essay, particular and critically, debates the legal measures adopted by Mozambique during the pandemic and that impacted the realization of fundamental rights, especially the right to health and the right to education. On the other hand, it discusses the lessons learned to avoid some of the negative effects in the future.

Keywords: COVID-19; fundamental rights; right to health; right to education.

I. Introdução

Um dos princípios estruturantes do Direito constitucional moçambicano é o do *Estado de Direito Democrático.* Trata-se de um princípio que pode apresentar diferentes vertentes, sendo uma delas o respeito e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem. Por sua vez, os direitos fundamentais consistem naquele rol de direitos positivados no texto constitucional de um determinado Estado, sendo o seu fim último a protecção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República de Moçambique (CRM) é consagradora de um vasto leque de direitos fundamentais, entretanto para o presente ensaio o foco incidirá sobre dois direitos: o direito à educação e o direito à saúde. São direitos que o texto constitucional de Moçambique confere aos cidadãos em igualdade de condições. Porém, em determinadas situações, quer sejam elas de normalidade ou anormalidade social, aqueles direitos podem ser objecto de limitações, sendo certo que tais limitações só podem ser feitas dentro dos parâmetros que a própria Constituição estabelece.

A pandemia da COVID-19 configurou-se como uma situação de verdadeira anormalidade social, facto que implicou a restrição do exercício de diferentes direitos fundamentais. Neste interregno, o presente ensaio, com base numa

abordagem qualitativa alicerçada na hermenêutica jurídica, busca fazer um estudo crítico das medidas legais que o Estado moçambicano adoptou durante a pandemia e que impactaram na efectivação dos direitos fundamentais, em particular do direito à educação e do direito à saúde, bem como discutir as lições aprendidas e apreendidas para evitar alguns dos efeitos negativos verificados, no futuro.

II. Os Direitos Fundamentais no Direito Moçambicano

Para fazermos a abordagem dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico moçambicano teremos como ponto de partida a apresentação da definição desta expressão.

Para JORGE MIRANDA, por direitos fundamentais deve entender-se *"os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição"*.[1] Como pode ser notado, trata-se de uma definição puramente positivista, ou seja, só serão considerados como fundamentais os direitos que se encontrarem positivados em uma determinada Constituição. É nesta perspectiva que GOMES CANOTILHO ensina, que os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente positivados e assistidos por garantias jurídicas no ordenamento interno – revestindo-se de força normativa constitucional.[2]

No ordenamento jurídico moçambicano, o legislador constituinte procedeu à inserção dos direitos fundamentais no Título III – da CRM de 2004, primeiramente revista pela Lei n.º 1/2018, de 12 de Junho e posteriormente revista e republicada pela Lei n.º 11/2023, de 23 de Agosto – tendo como epigrafe *"Direitos, Deveres e Liberdades Fundamentais"*. A Constituição moçambicana, no que diz respeito aos direitos fundamentais, não segue uma linhagem puramente positivista, quer isto significar que tais direitos não se esgotam no plano constitucional. Trata-se este de um entendimento que encontra fundamento no artigo 42.º da CRM, referente ao âmbito e sentido dos direitos fundamentais, quando determina que *"os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis"*. Somos do entendimento de que, faz todo sentido este subterfúgio ao positivismo [constitucionalismo] puritano dos direitos fundamentais, pois é muito limitativo devido ao enfoque quase que puramente na codificação das normas.

---

1 JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral (Apontamentos das Aulas)*, Lisboa,1999, p. 11.

2 J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª Edição. Reimpressão; Almedina, Coimbra, 2004, p. 377.

Reveste-se de maior importância o artigo 43.º da CRM, atinente à interpretação dos direitos fundamentais, quando consagra que *"os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos."* Há que notarmos um aspecto interessante em torno da epígrafe do artigo em causa, ela refere-se somente à interpretação dos direitos fundamentais, entretanto uma leitura ao seu corpo permite constatar que abarca também a integração dos direitos fundamentais.

O recurso aos instrumentos internacionais consagradores dos direitos humanos – *Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos* – para a interpretação e integração dos preceitos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais reflecte e reforça, na nossa percepção, a íntima ligação que os direitos humanos têm com os direitos fundamentais.

Como bem afirmam CARLA DE MARCELINO GOMES; BÁRBARA DE NAZARETH OLIVEIRA E RITA PÁSCOA DOS SANTOS[3]:

> *Pode dizer-se que os direitos humanos (e na sua raiz, os direitos fundamentais) são aqueles direitos e liberdades que as pessoas detêm pelo simples facto de serem dotadas de caráter humano, possuindo uma natureza essencial para garantir a existência do indivíduo. Para além disso, considera-se que tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos estão intimamente ligados a uma visão de igualdade e de liberdade dos indivíduos.*

Há que sublinharmos que os direitos fundamentais são aquelas garantias positivadas e previstas na CRM em sede dos artigos 35.º a 95.º, e os direitos humanos as normas compreendidas nas fontes de Direito no âmbito do Direito Internacional Público, a título de exemplo, os costumes internacionais e os tratados ratificados por Moçambique.

1.1. O Direito à Educação e o Direito à Saúde como Direitos Fundamentais

Para a análise do direito à educação e do direito à saúde como direitos fundamentais partiremos da premissa de que os direitos fundamentais são aquelas garantias positivadas e previstas na Constituição, sem descurar que no ordenamento jurídico moçambicano os direitos fundamentais não se esgotam no plano constitucional.

---

3 CARLA DE MARCELINO GOMES; BÁRBARA DE NAZARETH OLIVEIRA; RITA PÁSCOA DOS SANTOS, *Os direitos fundamentais em Timor-Leste: teoria e prática,* Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 30.

Com a inserção do direito à saúde assim como do direito à educação no *Título III – Direitos, Deveres e Liberdades Fundamentais; Capítulo V – Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais*, da Constituição de 2004, não restam dúvidas de que eles terão a natureza de direitos (humanos) fundamentais. É em dois preceitos legais subsequentes que o legislador constituinte moçambicano tratou de consagrar dos direitos fundamentais em análise, designadamente:

> *ARTIGO 88.º*
> *(Direito à educação)*
> *Na República de Moçambique a educação constitui direito e dever de cada cidadão.*
> *O Estado promove a extensão da educação à formação profissional continua e igualdade de acesso a todos cidadãos ao gozo deste direito.*
>
> *ARTIGO 89.º*
> *(Direito à saúde)*
> *Todos os cidadãos têm o direito à assistência médica e sanitária nos termos da lei, bem como o dever de promover e defender a saúde pública.*

Seguindo aquela arrumação sistemática do legislador constituinte, o direito à saúde e o direito à educação, enquanto direitos fundamentais, enquadram-se na categoria dos direitos económicos, sociais e culturais, ou simplesmente direitos sociais, entendimento que se vai cristalizar, por exemplo, quando, em sede do artigo 113.º da CRM – sistematicamente inserido no *Titulo IV – Organização Económica, Social, Financeira e Fiscal* –, *Capítulo III – Organização Social*, – o legislador constituinte veio tratar da *educação,* na medida em que torna mais sólido o carácter social do direito à educação enquanto direito fundamental. Trata-se, a educação, de um direito de dimensão positiva impreterivelmente passível de ser satisfeito pelo Estado mediante função legislativa e ainda por políticas concretas.

A educação enquanto direito fundamental implica a protecção de direitos supra-individuais, quer isto significar que a sua titularidade tem incidência sobre os indivíduos singularmente considerados, de tal forma que o seu campo de abrangência alcança interesses de grupos de pessoas indeterminadas ou de complexa determinação. Consiste num direito passível de ser exercido individualmente, entretanto a sua compreensão não pode abstrair-se da sua dimensão colectiva ou mesmo difusa.[4] O acesso ao direito em destaque é norteado

---

4 CLARICE SIXAS DUARTE, *Educação como um direito fundamental,* Educação como direito

pelo princípio da igualdade, para tanto, do n.º 2 do artigo 88.º da CRM resulta que o Estado promove a igualdade de acesso ao gozo do direito à educação.

Ainda no contexto do direito à educação, não se pode marginalizar o artigo 114.º da CRM referente ao *Ensino Superior,* porque as instituições de ensino, quer públicas assim como privadas, desempenham um papel crucial para a concretização do direito à educação.

Já em relação ao direito à saúde, o seu reforço constitucional vem da consagração, no artigo 116.º da CRM, que *"o Estado promove a extensão da assistência médica e sanitária e a igualdade de acesso de todos os cidadãos ao gozo deste direito"*[5]. Somos do entendimento de que o direito à saúde aqui consagrado reveste feições de um direito fundamental de dimensão activa como encargo público na realização de uma tarefa elementar[6].

Como bem afirma CLÁUDIA MONGE[7], o direito à saúde enquanto direito social *"é um direito subjetivo a prestações, porquanto aquele sobre que incide o dever de prestar – o ente público – tem como correlativo um direito subjetivo a prestações, ao qual se adita o qualificativo de públicas – o sujeito ativo tem um direito subjetivo a prestações públicas"*. Há que se ter em consideração que o direito à saúde configura-se como um direito fundamental cujo conteúdo encontra-se constitucional e devidamente delimitado, de tal forma que a margem de liberdade de conformação do legislador infraconstitucional e do poder administrativo é amplamente reduzida, é menor quando comparada com os outros direitos sociais consagrados em normas mais programáticas e menos concisas.

O direito à saúde pode ser visto como o centro de gravidade de outros direitos fundamentais, em torno dele gravitam o direito à integridade física e o direito à vida. Se o direito à saúde não for prosseguido nas suas duas vertentes em que o texto constitucional o apresenta: (i) *assistência médica* e (ii) *assistência sanitária,* colocar-se-á em causa a vida e a integridade física.

Restou claro que a consagração do texto constitucional em sede do n.º 4 do artigo 116.º da CRM vai no sentido de que o Estado promove a extensão da assistência médica e sanitária e a igualdade de acesso de todos os cidadãos ao gozo deste direito, para tanto, a assistência médica e sanitária aos cidadãos, nos

---

fundamental, Educação Social, Volume 8, n.º 100, Campinas, p. 697.

5 Cfr. n.º 4 do artigo 116 CRM.

6 No mesmo sentido, ORQUÍDEA MASSARONGO-JONA, *O Direito à Saúde como um direito humano em Moçambique*. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. (30 de dezembro de 2016), 5:152-64. p. 154. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/348 , acesso em 2 de outubro de 2023.

7 CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à protecção da saúde.* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Revista Electrónica de Direito Público, vol. 5, n.º 2, Lisboa, (Abril de 2019), p. 79.

termos do n.º 1 do artigo em voga, é organizada através de um sistema nacional de saúde que beneficie todo o povo moçambicano.

A consagração constante daquele preceito legal em si só não é bastante, para além da consagração do direito à saúde, deve haver a respectiva prossecução. A este respeito, releva a consideração de que:

> *"(...) não basta consagrar o direito, nem mesmo basta prever a criação e a manutenção do Serviço Nacional de Saúde; é necessário dotar o Serviço Nacional de Saúde dos meios, recursos humanos e materiais, necessários e adequados à realização do direito à proteção da saúde, assim como é necessário criar políticas ativas de promoção da saúde para atuar sobre as determinantes da saúde e prevenir a doença"*[8].

A efectividade do direito à saúde não prescinde do reconhecimento de que os deveres do Estado, que nascem da vinculação jurídica aos direitos fundamentais consagrados na CRM, geralmente fazem brotar para os indivíduos, respectivas pretensões subjectivas. Com efeito,

> *"o direito à saúde deve ser entendido como o direito de beneficiar ou gozar de um conjunto de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para a realização ao mais alto nível possível de atingir, estando aqui realçado a questão da disponibilidade e acesso aos serviços de saúde. O mesmo acontece com o acesso a medicamentos essenciais que constitui um elemento fundamental do direito à saúde"*[9].

Para tanto, o acesso àquele direito é orientado pelo princípio da igualdade com vista a promoção da dignidade da pessoa humana. Refira-se que a igualdade (material) no contexto do direito à saúde só pode ser alcançada mediante acções próprias de um Estado Social de Direito, sendo certo que o seu fim último será a realização da justiça distributiva.

É importante notar que a fórmula usada pelo legislador constituinte moçambicano para a consagração dos direitos à educação e à saúde numa dupla dimensão, em que os cidadãos, beneficiários dos direitos também assumem deveres, ou seja, tratam-se de direitos-deveres em que os beneficiários das faculdades que impõem ao Estado deveres, são igualmente deveres para os mesmos cidadãos, quer no sentido de ao cidadão incumbir o dever de educação (n.º 1 do artigo 88.º da CRM), como o dever de promover e defender a saúde pública

8 CLÁUDIA MONGE, ob cit., p. 80.

9 ORQUÍDEA MASSARONGO-JONA, ob cit., p. 155.

(artigo 89.º da CRM), isto determina que ao cidadão serão exigidas acções para a materialização dos direitos à educação e à saúde.

1.2. Garantia dos Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia

O propósito aqui não é de desenvolver esta secção na perspectiva de *"direitos"* e *"garantias"* fundamentais como tais, onde direitos fundamentais configuram-se em forma de complexo normativo que procede a consagração de determinado direito, e as garantias assumem a configuração de meios ou mecanismos através dos quais se procede à efectivação desse direito. Para melhor compreendermos, imaginemos que temos uma norma consagradora do direito à liberdade de locomoção, em caso de prisão ilegal, a pessoa que se vê privada de exercer aquele direito pode recorrer a uma garantia a ele inerente, *o habeas corpus,* neste caso. Por conseguinte, garantias fundamentais têm a função de assegurar ao indivíduo a possibilidade de proceder a exigência dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam.[10]

a) Generalidades

Um dos princípios estruturantes do Estado moçambicano encontra-se plasmado no artigo 3.º da CRM e consiste no *"Estado de Direito Democrático"*. Em torno deste princípio, importa afirmar que, em bom rigor, o delineamento de um regime democrático é feito dentro dos parâmetros constitucionais e no próprio texto constitucional, através dos quais se procede à viabilização da garantia da liberdade e dos outros direitos fundamentais. Uma constituição desnudada desses parâmetros será um simples documento de retórica, ou mera constituição em sentido formal. A qualificação de uma Carta suprema como Constituição em sentido material não prescinde da definição das garantias de liberdade e de direitos fundamentais. Refira-se que a Constituição na sua vertente material não é essencialmente dependente de formalização, mas nela devem sempre incluir-se os parâmetros atinentes à organização do Estado e aos direitos e garantias fundamentais.[11]

---

10 THIAGO PEREIRA DA SILVA; MAURÍCIO ZANOTELLI, *A mitigação temporária dos direitos fundamentais em decorrência da pandemia do novo corona vírus no âmbito Municipal de Peixoto de Azevedo/MT,* Encontro de Iniciação Científica da AJES, ISSN 2595-551, p. 3. Disponível em https://eventos.ajes.edu.br/iniciacao-cientifica-guaranta/uploads/arquivos/606227f0ed560_A-MITIGAO-TEMPORRIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS-EM-DECORRNCIA-DA-PANDEMIA-DO-NOVO-CORONAVRUS-NO-MBITO-MUNICIPAL-DE-PEIXOTO-D-E-AZEVEDO-MT-.pdf acesso em 02 de Outubro.

11 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Crises, pandemia e direitos fundamentais: o perigo das interseções,* Revista Estudos Institucionais, vol. 6, n.º 3, (Setembro/Dezembro 2020), p. 849.

Das várias características que podem ser atribuídas aos direitos fundamentais, o absolutismo não é uma delas, pelo que em determinadas situações, quer sejam elas de normalidade ou anormalidade social, aqueles direitos podem ser objecto de limitações. O próprio texto constitucional abre espaço para limitação dos direitos, liberdades e garantias, entretanto, tal limitação deve obedecer aos parâmetros constitucionalmente consagrados, neste caso, previstos no artigo 56 da CRM:

> *"1. [...]*
> *2. O exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição.*
> *3. A lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.*
> *4. As restrições legais dos direitos e liberdades devem revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo".*

Esta norma constitucional vem reforçar a ideia de Luís CARVALHO[12], de que a restrição dos direitos fundamentais demanda que as limitações:

> *"(...) podem surgir por intermédio de lei, editada pelo legislador com base na existência de reserva legal explícita, ou "com base em uma lei", nesse caso levadas a efeito por intérpretes do texto constitucional em sua função de perscrutar a essência dos mandamentos que compõem a linha dos direitos fundamentais".*

É neste quadro que o n.º 3 do artigo 56.º da CRM dispõe que a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, querendo dizer que ela própria cuidou de determinar os parâmetros dentro dos quais deve ocorrer a limitação/suspensão dos direitos fundamentais, e, de facto, fá-lo no artigo 290.º e seguintes.

É do n.º 1 do artigo 290.º da CRM que decorre que o estado de sítio ou de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território, tendo como fundamento nos casos de agressão efectiva ou eminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional ou de *calamidade pública* (destaque nosso). Por outro lado, essa declaração do estado de sítio ou de emergência deverá especificar *as liberdades e garantias cujo exercício é suspenso ou limitado,* conforme decorre do n.º 2 do mesmo artigo.

A pandemia da COVID-19, qualificada como *calamidade pública*, para

---

12 LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Direito de Informação e Liberdade de Expressão,* citado por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ob cit; p. 850.

os efeitos do número 1 do artigo 290.º da CRM, levou à declaração do estado de emergência em Março de 2020 no território nacional[13]. Deveras, a pandemia suscitou drásticas mudanças nos hábitos quotidianos das populações. O Governo moçambicano, assim como outros governos em diferentes partes do mundo, viu-se obrigado a tomar certas medidas que alteraram o curso normal de vida das populações[14], sendo certo que as medidas tomadas tiveram repercussão em diferentes campos da vida socioeconómica e política, colocando em causa o exercício de diferentes direitos fundamentais. No entanto se o pressuposto era de que a normalidade constitucional estava afectada e, em razão disso, determinados direitos e liberdades poderiam ser gravemente afectados, como o caso do direito à vida, e assumindo que *todos os cidadãos estão, nos termos da CRM, obrigados a defender e promover a saúde pública[15],* tais medidas governamentais eram justificadas.

b) O Direito à Saúde e o Direito à Educação em Tempos de COVID-19

Do n.º 4 do artigo 2.º da CRM extrai-se que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico moçambicano. Em torno desta norma temos que ter em consideração que a aplicação das normas constitucionais deve ocorrer de forma flexível, de acordo com as hipóteses da vida social. Tal entendimento encontra fundamento na razão de que a vontade do legislador constituinte resume-se no facto de que a Constituição deve ajustar-se às relações sociais com as quais se depara. Não teria nenhum sentido que a aplicabilidade dos preceitos constitucionais não fosse permeável a determinadas alterações perante circunstanciais metamorfoses sociais, como as que nascem por consequência de crises periódicas.

Disto resulta que qualquer texto constitucional, ainda que seja proclamador do regime democrático e se firme como Estado de Direito Democrático, não prescinde de apetrechar-se de *válvulas de escape* para confrontar os períodos de crise, nos quais sobressaia o carácter de emergência. A adaptabilidade das normas constitucionais aos momentos de crise, numa primeira linha, pode revestir a aparência de agressividade aos padrões comuns da Constituição, entretanto, em sua substância, tem uma finalidade oposta, que consiste em preservar a estabilidade dos Poderes e das Instituições e a salvaguarda dos direitos fundamentais[16].

---

13 Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 30 de março, ratificado pela Lei n.º 1/2020, de 31 de Março.

14 *Vide* Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, que estabeleceu as medidas administrativas para a contenção da covid-19.

15 MANUEL GUILHERME JÚNIOR, *Regime Jurídico do Estado de Emergência (EE) em Moçambique: O caso do EE Declarado devido a COVID-19*, Escolar Editora, Maputo, 2020, p. 22.

16 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ob. cit; p. 852.

Nos meandros doutrinários, o argumento vai no sentido de que:

> *"(...) a ordem constitucional precisa contar com mecanismos "que garantam a harmonização (entre a realidade e a Constituição), o equilíbrio (entre as situações de crise e as medidas para debelá-las) e a continuidade (a não ruptura assegurada pelos limites jurídicos que caracterizam o sistema constitucional de emergência) desses elementos", vale dizer, um sistema pelo qual se possa controlar minimamente as situações excepcionais incompatíveis com a dicção constitucional ordinária"*[17].

Ainda na mesma lógica de argumentação, há que se ter em consideração que:

> *"(...) o sistema de enfrentamento de crises busca preservar a unicidade da Constituição, e isso tendo em vista seu objetivo de cuidar do ordenamento constitucional considerando a decisão constituinte, reafirmando-se, assim, o relacionamento com a comunidade política. Inatacável, desse modo, a conclusão de que "O funcionamento do Estado e a realização dos direitos fundamentais estão diretamente vinculados, nessa linha, à preservação de uma margem mínima de normalidade constitucional". Resulta, daí, ser possível que, mesmo diante da situação de crise, possa manter-se o equilíbrio institucional, ainda que com o recurso a mecanismos de exceção"*[18].

A pandemia da COVID-19 configurou-se como um verdadeiro período de crise – *calamidade pública*, pelo que levou à declaração do estado de emergência através do Decreto-Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março, com base nos seguintes fundamentos:

> *Considerando que o novo coronavírus, responsável pela pandemia da COVID-19, já infectou mais de meio milhão de pessoas, das quais cerca de trinta mil morreram. Tendo presente a alta taxa de morbi-mortalidade e o impacto social e económico negativo que a mesma provoca, mostra-se necessária a implementação urgente de medidas de contenção da propagação da doença, com vista a salvaguardar a vida e a saúde pública. [...]*[19].

---

17 AGASSIZ ALMEIDA FILHO, *Comentários à Constituição Federal de 1988,* citado por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ob. cit; p. 852.

18 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ob. cit; p. 852.

19 *Vide* o Preâmbulo do Decreto-Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março.

Tal decreto passou a vigorar no território nacional[20] a partir das zero horas do dia 1 de Abril de 2022 e a sua duração foi de 30 dias, pelo que seu término estava previsto para as 24 horas do dia 30 de Abril de 2020[21]. Entretanto, o mesmo foi, posteriormente, objecto de prorrogação por três vezes, em conformidade com o limite previsto pela CRM, nos termos do artigo 292.º.

No seu artigo 3.º, o Decreto tratou de arrolar dos direitos, liberdades e garantias objectos de limitação, sendo um deles: *c) suspensão das aulas em todas as escolas públicas e privadas, desde o ensino pré-escolar até ao ensino universitário.* Esta alínea, como pode ser constatado, procedia à limitação do direito fundamental à educação. Acreditamos que uma suspensão neste sentido encontra-se associada ao facto de que as instituições de ensino caracterizam-se por ser recintos de movimentação de numerosas pessoas e que as crianças, principalmente, formam um grupo mais acometível para o desenvolvimento de patologias.

A suspensão das aulas gerou inconvenientes para as crianças e para a camada juvenil, quer no campo da aquisição de conhecimentos assim como das habilidades socioeconómicas, da segurança alimentar e da própria integridade física. Com efeito,

> *"O fechamento das escolas acarreta altos custos sociais e económicos para as pessoas nas diferentes comunidades. Seu impacto, porém, é particularmente grave para os meninos e as meninas mais vulneráveis e marginalizados, assim como para suas famílias. As perturbações resultantes daí exacerbam as disparidades já existentes nos sistemas educacionais, mas também em outros aspectos de suas vidas, incluindo: aprendizagem interrompida; má nutrição; confusão e estrese para professores; pais despreparados para a educação à distância em casa; desafios na criação, manutenção e melhoria do ensino a distância; lacunas no cuidado às crianças; altos custos económicos; pressão não intencional nos sistemas de saúde; maior pressão sobre as escolas e sobre os sistemas educacionais que permanecem abertos; aumento das taxas de abandono escolar; maior exposição à violência e à exploração; isolamento social e desafios para mensurar e validar a aprendizagem"*[22].

---

20 Cfr. Artigo 1.º do Decreto-Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março.

21 Cfr. Artigo 2.º do Decreto-Presidencial n.º 11/2020, de 30 de Março.

22 UNESCO. *Consequências adversas do fechamento das escolas: Mais sobre a resposta educacional da UNESCO frente à COVID-19.* Disponível em https://pt.unesco.org/covid19/educationreponse/consequences acesso em 28 de Setembro de 2023.

A vigência do estado de emergência começou no dia 1 de Abril de 2020 e foi prorrogado por três vezes, pelo que se arrastou até Agosto. Entretanto, justamente porque a causa COVID-19 - que esteve por detrás do decretamento do estado de emergência prevalecia, procedeu-se à decretação de um segundo estado de emergência em 5 de Agosto de 2020, sendo certo que este não conheceu nenhuma prorrogação[23]. O dia 4 de Setembro do mesmo ano foi marcado pelo anúncio do Estado de Calamidade Pública e activação do alerta vermelho, pelo Chefe do Estado, cuja vigência teria lugar a partir das zero horas do dia 7 do mesmo mês, todavia duraria indeterminadamente, uma vez que seria enquanto se mantivesse o risco da pandemia da COVID-19[24].

Enquanto duravam os Estados de Emergência e de Calamidade Pública os inconvenientes anteriormente mencionados e associados à suspensão das aulas prevaleciam, portanto mostrava-se necessária a adopção de medidas vocacionadas à minimização dos imensos prejuízos suscitados pela pandemia da COVID-19 na garantia do direito fundamental à educação, exigindo cooperação entre instituições, articulação, transparência, publicidade e controlo.

Quase no fim dos seis meses da convivência com a pandemia, um dos temas dominantes na opinião pública era a retoma das aulas presenciais, um tema que dividiu pontos de vista. Entretanto, a suspensão das aulas em si, durante esses seis meses, não podia ter implicado, necessariamente a limitação absoluta do direito fundamental à educação. Em resposta à suspensão das aulas presenciais ter-se-ia, de imediato, recorrido ao regime da educação à distância, enquanto modalidade de educação, prevista na Lei n.º 18/2018, de 28 de Dezembro – Lei do Sistema Nacional de Ensino[25].

Certamente que a adopção desta modalidade de educação acarretaria custos financeiros para o Estado. Entretanto, o Estado moçambicano encontra-se vinculado à efectivação do direito fundamental à educação: a garantia de

---

23 TTA, SOCIEDADE DE ADVOGADOS. *Coronavírus: Estado de Calamidade Pública e Alerta Vermelho,* News Letter, Visão Global, Experiência Local, 15 de Setembro de 2020. Disponível em https://www.tta-advogados.com/xms/files/Arquivo/2022-08/2020/setembro/NL_TTA_Coronavirus_-_Estado_de_Calamidade_Publica_e_Alerta_Vermelho.pdf acesso em 02 de Outubro de 2023.

24 Refira-se que a cobertura legal do anúncio da Calamidade Pública e a activação do alerta vermelho deu-se através do Decreto n.º 79/2020, de 4 de Setembro, aprovado pelo Conselho de Ministros. Ademais, enquanto a decretação do Estado de Emergência materializou-se através de um Decreto Presidencial que depois foi objecto de ratificação pela Assembleia da República e regulamentação pelo Conselho de Ministros, o Estado de Calamidade foi anunciado pelo Presidente da República e a sua decretação foi feira pelo Conselho de Ministros através do Decreto n.º 79/2020, de 4 de Setembro, em conformidade com o consagrado nos artigos 33 e 34 da - Lei de Gestão e Redução do Risco de Desastres – a Lei n.º 10/2020, de 24 de Agosto.

25 Artigo 20.º da Lei n.º 18/2018, de 28 de Dezembro.

eficácia plena de um direito aproxima-se de uma efectivação integral do direito fundamental. Até porque no Sistema Nacional de Ensino é dever do Estado assegurar o exercício do direito fundamental à educação aos cidadãos em condições de igualdade[26].

Configurando-se as instituições de ensino como fóruns onde se procede à discussão de questões elementares da vida, das sociedades e dos governos, com a suspensão das aulas, deveriam buscar-se meios alternativos de forma a garantir o exercício do direito à educação – direito de aprender no panorama imposto pela pandemia da COVID-19. Para tanto, mostrava-se indispensável o uso de novas Tecnologias de Informação e Comunicação com recurso às plataformas virtuais, telescola, dentre outras. Não obstante, um desafio se apresentava, a efectivação do direito à educação por meios alternativos ao ensino presencial não seria fácil, sobretudo numa sociedade como a moçambicana, que se caracteriza por assimetrias socioeconómicas que se reflectem, de igual modo, na desigualdade no acesso aos recursos de natureza tecnológica.

No contexto das desigualdades acima referidas o Ministério da Educação e Desenvolvimento Humano (MINEDH) e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Ensino Superior e Técnico Profissional emitiram directivas com vista a assegurar que o processo de ensino e aprendizagem não ficasse paralisado, amenizando, desta forma, os impactos da pandemia. Por conseguinte, a orientação emitida por aqueles dois Ministérios foi no sentido de que as Instituições de Ensino Superior e as Escolas deviam recorrer aos meios alternativos ao ensino presencial, mediante plataformas de ensino até então tidos à disposição quer ao nível de cada instituição de ensino assim como as de uso geral, feitura de fichas de apoio aos estudantes, reactivação de tele-aulas através da Televisão de Moçambique e rádio-aulas[27].

A pertinência das medidas adoptadas para se assegurar o exercício do direito à educação é pouco discutível, entretanto o Estado não disponibilizou recursos financeiros e tecnológicos suficientes para a efectivação do direito em causa dentro da nova ordem imposta pela pandemia, pelo que alunos, estudantes e formandos, social e economicamente desfavorecidos, ficaram prejudicados. Assim sendo, o Estado furtou-se de cumprir as suas obrigações face à efectivação dos direitos fundamentais. Como bem afirma ALEXANDRE DE MORAES:

"(...) Os direitos fundamentais sociais são aquelas posições jurídicas

---

26 Cfr. n.º 2 do artigo 88.º da CRM em conjugação com a al. b) do artigo 3 da Lei n.º 18/2018, de 28 de Dezembro.

27 ANTÓNIO CIPRIANO PARAFINO GONÇALVES; ADÉRITO NANDJA JORGE; RICARDO ANTÓNIO TEXEIRA, *Educação remota no contexto da COVID-19 em Moçambique: um olhar sobre as condições de acesso.* Disponível em https://doi.org/10.1590SciELOPreprints.4193 acesso em 30 de Setembro de 2023.

> *que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais… os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, uma prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna"*[28].

Não se pode negar que o cenário anteriormente relatado vai contra o espírito do Estado de Direito Democrático, que Moçambique é, nos termos do artigo 3.º da CRM, e cujo pressuposto é o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem. Ainda assim, acreditamos que se trata de uma lição que o cenário em si deixou para o Estado moçambicano.

No que diz respeito ao direito à saúde em tempos de pandemia, importa tecer que o acesso aos serviços de saúde e medicamentos essenciais são componentes daquele direito e compreendem obrigações do Estado. Entretanto, o direito a saúde constitui um grande desafio para Moçambique, pois ter acesso à assistência médica e medicamentosa não tem sido fácil. Enquanto fazia-se sentir a pandemia da COVID-19 deu para constatar que a precariedade é uma das características do Sistema Nacional de Saúde moçambicano, tanto que este opera com insuficiente pessoal de saúde, estando tal pessoal, na sua maioria concentrado em grandes cidades.

Ainda que em contexto de calamidade pública, que tinha como principal fundamento a preservação da saúde pública, o rastreio da COVID-19 não era um exercício fácil, não porque não existisse materiais (testes) para o efeito, mas porque o seu acesso não era fácil na medida em que, se nas entidades sanitárias privadas exigiam altos custos financeiros, nos hospitais públicos, assegurados pelo Sistema Nacional de Saúde, o seu acesso era discriminatório, no sentido de que devia observar-se certos critérios para a testagem, quais sejam: apresentação de sintomas ou antecedentes de contacto com pacientes positivos para pandemia[29].

---

28 ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*. 16.ª. ed; Atlas Editora, São Paulo, 2004, p. 203.

29 No mesmo sentido, ORQUÍDEA MASSARONGO-JONA, *A pandemia da COVID-19 no espaço da Lusofonia: a visão de direitos humanos no direito moçambicano,* Caderno Ibero-amer. Dir.

Se o quadro legal moçambicano atinente ao direito fundamental à saúde, pode ser qualificado como sendo perfeito, a sua efectivação enfrenta grandes embaraços. Concorrem para tais embaraços, a propensão da população a doenças endémicas como é o caso da malária e HIV/SIDA, obstáculos no acesso aos medicamentos, agudizados pela pandemia, longas distâncias que separam as residências e os hospitais, sobretudo nas zonas rurais, o que reflecte a fraca cobertura do Sistema Nacional de Saúde ao território nacional[30].

Um outro dado não menos importante no contexto da assistência médica e medicamentosa tem que ver com o processo de vacinação contra a COVID-19, quando este iniciou incidiu sobre um certo grupo de pessoas que reuniam determinados requisitos, quais sejam: faixa etária – indivíduos com faixa etária igual ou superior a 50 anos; *status* social – funcionários e agentes do Estado, sendo que estes tinham a prerrogativa de levar certo número de membros do seu agregado familiar para a vacinação; motoristas e cobradores de transportes de passageiros.[31] Trata-se de um critério de selecção discriminatório na sua essência, portanto incompatível com o espírito do princípio da igualdade plasmado no artigo 35 da CRM.

Com os estados de emergência e de calamidade pública, foram determinados serviços essenciais, entre as quais se destacam os *serviços médicos, hospitalares e medicamentosos*[32] e, no domínio das medidas restritivas especiais, destaca-se a *requisição de prestação de serviços de saúde, serviços similares e outros que se [consideravam] complementares*[33], tendo em vista a materialização do direito à saúde.

Se o foco das medidas de resposta aos desafios da pandemia da COVID-19 procurou garantir a realização do direito à saúde, a verdade é que a sua operacionalização não se mostrou plenamente eficaz. Com efeito, se os serviços médicos, hospitalares e medicamentosos foram definidos como essenciais a ponto de se justificar a requisição de prestação de serviços de saúde, na prática adoptou-se um modelo de prestação de serviços pouco consentâneo com a necessidade, visto que nas unidades sanitárias foi adoptado o regime de rotatividade o que

---

Sanit., Brasília, 10(2): (Abril/Junho, 2021). p. 261. Disponível em https://doi.org/10.17566/ciads.v10i2.764 acesso em 29 de Março de 2023.

30 ORQUÍDEA MASSARONGO-JONA, *A pandemia da COVID-19 no espaço da Lusofonia: a visão de direitos humanos no direito moçambicano, cit.*, p. 264.

31 VOA MOÇAMBIQUE. *COVID-19: vacinação em massa em curso em Moçambique.* Disponível em https://www.voaportugues.com/a/vacina%C3%A7%C3%A3o-em-massa-em-curso-em-mo%C3%A7ambique/5990917.html acesso em 30 de Setembro.

32 Cfr. artigo 7.º do Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 31 de Março.

33 Alínea f), n.º 2 do artigo 2.º do Decreto Presidencial n.º 11/2020, de 31 de Março.

significou a redução do pessoal de saúde em permanência, para atender aos doentes. Em consequência os utentes das unidades sanitárias permaneciam muito mais tempo nas unidades sanitárias e, em algumas situações, não lhes era garantido o atendimento, limitando-se assim o exercício do direito à saúde.

Importa destacar que com a pandemia foram registados alguns aspectos positivos que impulsionam a melhoria das condições de realização ou exercício do direito à saúde. Com efeito, havendo necessidade de prover mais e melhores serviços de saúde, o governo moçambicano acelerou o programa de construção de unidades sanitárias, ainda que em níveis reduzidos, cerca de 1,8%, em 2021, aumento da qualidade dos medicamentos, em cerca de 3%[34].

III. Considerações Finais: Lições Aprendidas Com a COVID-19

A pandemia da COVID-19 foi um verdadeiro "calcanhar de Aquiles" não só para o Sistema Nacional de Ensino como também para o Sistema Nacional de Saúde. Esses sistemas mostraram-se despreparados para responder aos problemas de grande dimensão como os suscitados pela pandemia. Por consequência, o exercício dos direitos fundamentais à educação e à saúde foi comprometido. Ainda que com legitimidade constitucional para a limitação do exercício desses direitos, em tempos de pandemia, era obrigação do Estado os salvaguardar, na medida do possível, tratando-se de direitos sociais, que, por natureza, necessitam de maior acção por parte do Estado para assegurar o seu exercício.

A pandemia tornou expostos problemas de natureza tecnológica e social que enfermam o sistema nacional de ensino em Moçambique. Quer no domínio público como privado, tornaram-se evidentes as limitações de infra-estruturas. Ainda que fosse maior a vontade política de mudança, não teria havido tempo suficiente, muito menos recursos financeiros acessíveis para se proceder à mudança brusca do panorama educacional moçambicano, sobretudo no que diz respeito à educação à distância, de cunho emergencial.

O sistema de fichas e plataformas digitais, para se assegurar o exercício do direito fundamental à educação, não conseguiu efectivar na plenitude e em condições de igualdade tal exercício, visto que aquele sistema foi muito incidente nas zonas urbanas e nas vilas ou sedes dos distritos abrangidos pela rede eléctrica e nos locais circunvizinhos a estas vilas, ficando comprometido o uso daquele sistema nas zonas rurais e mesmo nos centros urbanos, sobretudo nas famílias onde os encarregados de educação não dispunham de recursos financeiros para adquirir

34 MINISTÉRIO DA SAÚDE DE MOÇAMBIQUE, *Relatório Anual de Balanço do Sector de Saúde 2021*, MISAU, Maputo, 2022, pp. 40-42.

as fichas, na medida em que as próprias instituições de ensino não dispunham de condições para multiplicar as fichas e proceder a respectiva distribuição aos alunos.

Para além da falta de preparação para o sistema nacional de ensino lidar com as situações semelhantes às introduzidas pela pandemia da COVID-19, também ficou evidente a falta de preparação dos professores, a todos os níveis, para atender aos desafios impostos pela pandemia, em particular o recurso às tecnologias de informação e comunicação para o desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem. Grande parte dos professores não tinha qualquer formação ou conhecimento das metodologias de ensino à distância, comprometendo-se assim as suas actividades pedagógicas.

Foi notória durante a pandemia a dificuldade em adaptar-se os modelos de ensino, desde logo porque a elaboração dos programas de ensino teve sempre uma visão unidireccional, ou seja, ou o programa foi concebido para o modelo de ensino exclusivamente presencial ou para um modelo de ensino à distância. Em rigor, os "arranjos" feitos para permitir que as actividades lectivas continuassem durante a pandemia eram, em algumas situações, por sinal a maioria delas, irregulares, visto que os planos curriculares, aprovados e acreditados não contemplavam as metodologias de ensino virtual. No entanto, acreditava-se que a sua adopção estaria dentro dos princípios de *razoabilidade, sustentabilidade e proporcionalidade*, anunciados pelos Presidente da República aquando da declaração do Estado de Emergência em 30 de Março de 2020.

Com a pandemia, verificou-se uma rápida reformulação dos programas de ensino e proliferaram planos curriculares que privilegiam modelos híbridos, como forma de garantir que os impasses havidos aquando da suspensão das aulas presenciais em 2020, devido à pandemia, não voltem a acontecer. Actualmente, as acções e programas de formação psico-pedagógica dos professores impõem a capacitação em metodologias de ensino à distância, com maior incidência para o usos das plataformas digitais de ensino.

No que diz respeito ao direito fundamental à saúde, com a pandemia da COVID-19 ficou mais assente a precariedade como característica principal do sistema nacional de saúde em Moçambique, que não conseguiu responder à pressão que se fez sentir enquanto durava o estado de emergência. Ademais, o sistema de saúde encontra-se mais concentrado nas zonas urbanas e quase que inexistente nas zonas rurais, onde as populações vivem bem distantes das unidades hospitalares. Para que situações como essas não se repitam no futuro mostra-se imprescindível a extensão da rede sanitária a nível nacional e a melhoria do quadro do pessoal da saúde através de formações periódicas, e fornecer ao cidadão acesso à informação, conhecimento e educação em saúde.

O direito à saúde inclui o acesso à assistência medicamentosa, o que exige a disponibilidade de medicamentos nas unidades sanitárias para suprir as

necessidades dos doentes. Com a pandemia, o sector de saúde de Moçambique registou a ruptura de *stock* dos principais medicamentos na ordem dos 13,94%, em resultado do aumento dos preços, disponibilidade dos produtos nos principais mercados produtores e crise internacional de transporte[35], comprometendo assim a realização do direito à saúde.

A pressão sobre os serviços de saúde por causa da pandemia da COVID-19 e seus desafios permitiu repensar a forma como os serviços de saúde são prestados em Moçambique. Hoje é um dado assente a necessidade de se *"garantir a resiliência do Serviço Nacional de Saúde aos diferentes desafios"*[36], devendo-se procurar:

> *"• Garantir a disponibilidade de medicamentos e consumíveis nas unidades sanitárias;*
> *• Expandir e reforçar a capacidade dos cuidados de saúde primários através da implementação do subsistema comunitário; e*
> *• Continuar com a expansão, adequação e apetrechamento de unidades sanitárias"*[37].

Em suma, a pandemia da COVID-19 despertou, nas autoridades e sociedade moçambicanas, a necessidade de estabelecer mecanismos de resposta para a mitigação e contenção dos choques externos que possam afectar ou limitar o exercício de direitos fundamentais como o direito à saúde e o direito à educação, cujo exercício foi notoriamente limitado durante a incidência mais evidente da pandemia em Moçambique.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*. 16.ª. ed; Atlas Editora, São Paulo, 2004.

ANTÓNIO CIPRIANO PARAFINO GONÇALVES; ADÉRITO NANDJA JORGE; RICARDO ANTÓNIO TEXEIRA, *Educação remota no contexto da COVID-19 em Moçambique: um olhar sobre as condições de acesso.* Disponível em https://doi.org/10.1590SciELOPreprints.4193 acesso em 30 de Setembro de 2023.

CARLA DE MARCELINO GOMES; BÁRBARA DE NAZARETH

35 MINISTÉRIO DA SAÚDE DE MOÇAMBIQUE, *Relatório Anual de Balanço do Sector de Saúde 2021*, MISAU, Maputo, 2022, p. 39.

36 MINISTÉRIO DA SAÚDE DE MOÇAMBIQUE, ob. cit. p. 85.

37 MINISTÉRIO DA SAÚDE DE MOÇAMBIQUE, ob cit., p. 86.

OLIVEIRA; RITA PÁSCOA DOS SANTOS, *Os direitos fundamentais em Timor-Leste: teoria e prática,* Coimbra Editora, Coimbra, 2015

CLARICE SIXAS DUARTE, *Educação como um direito fundamental,* Educação como direito fundamental, Educação Social, volume 8, n.º 100, Campinas.

CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à protecção da saúde.* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Revista Electrónica de Direito Público, Volume 5, n.º 2, Lisboa, (Abril de 2019).

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª ed; Almedina, Coimbra, 2004.

JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO; PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Direito Constitucional Angolano*, Coimbra: Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral (Apontamentos das Aulas)*, Lisboa,1999.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2012.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Crises, pandemia e direitos fundamentais: o perigo das interseções,* Revista Estudos Institucionais, vol. 6, n.º 3, (Setembro/Dezembro 2020).

LUCIANA OLIVEIRA DE CAMPOS, *A dimensão objectiva dos Direitos Fundamentais e o papel das Agências Reguladoras Independentes,* Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 1, n.º 2, Minas Gerais, 2015.

MANUEL GUILHERME JÚNIOR, *Regime Jurídico do Estado de Emergência (EE) em Moçambique: O caso do EE Declarado devido a COVID-19*, Escolar Editora, Maputo, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE DE MOÇAMBIQUE, *Relatório Anual de Balanço do Sector de Saúde 2021*, MISAU, Maputo, 2022.

ORQUÍDEA MASSARONGO-JONA, *A pandemia da COVID-19 no espaço da Lusofonia: a visão de direitos humanos no direito moçambicano,* Caderno Ibero-amer. Dir. Sanit., Brasília, 10(2): (Abril/Junho 2021). Disponível em https://doi.org/10.17566/ciads.v10i2.764 acesso em 29 de Março de 2023.

ORQUÍDEA MASSARONGO-JONA, *O Direito à Saúde como um direito humano em Moçambique*. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. (30 de dezembro de 2016), 5:152-64. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/348 , acesso em 2 de outubro de 2023.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA de MOÇAMBIQUE, *Comunicação de Sua Excelência Filipe Jacinto Nyusi, Presidente da República de Moçambique, à Nação sobre a situação da Pandemia do Corona Vírus – COVID – 19*, Maputo, (30 de Março de 2020). Disponível em https://www.presidencia.gov.mz/por/

Media/Files/100-COVID_Comunicacao-a-Nacao-3003020 , Acesso em 23 de setembro de 2023.

THIAGO PEREIRA DA SILVA; MAURÍCIO ZANOTELLI, *A mitigação temporária dos direitos fundamentais em decorrência da pandemia do novo corona vírus no âmbito Municipal de Peixoto de Azevedo/MT,* Encontro de Iniciação Científica da AJES, ISSN 2595-551, Disponível em https://eventos.ajes.edu.br/iniciacao-cientifica-guaranta/uploads/arquivos/606227f0ed560_A-MITIGAO-TEMPORRIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS-EM-DECORRNCIA-DA-PANDEMIA-DO-NOVO-CORONAVRUS-NO-MBITO-MUNICIPAL-DE-PEIXOTO-DE-AZEVEDO-MT-.pdf acesso em 02 de Outubro.

TTA SOCIEDADE DE ADVOGADOS. *Coronavírus: Estado de Calamidade Pública e Alerta Vermelho,* News Letter, Visão Global, Experiencia Local, (15 de Setembro de 2020). Disponível em https://www.tta-advogados.com/xms/files/Arquivo/2022-08/2020/setembro/NL_TTA_Coronavirus_-_Estado_de_Calamidade_Publica_e_Alerta_Vermelho.pdf acesso em 02 de Outubro de 2023.

VOA MOÇAMBIQUE. *COVID-19: vacinação em massa em curso em Moçambique.* Disponível https://www.voaportugues.com/a/vacina%C3%A7%C3%A3o-em-massa-em-curso-em-mo%C3%A7ambique/5990917.html em acesso em 30 de Setembro de 2023.

AS RELAÇÕES CONJUGAIS NA E PARA ALÉM DA PANDEMIA— REFLEXOS DA COVID-19 NO DIVÓRCIO

Marital relations during and beyond the pandemic — reflections of COVID-19 on divorce

Cristina Dias
Professora Catedrática, Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

Resumo: Analisamos os reflexos da pandemia nas relações conjugais e as respostas eventualmente encontradas pelo sistema jurídico português. Impõe-se uma reflexão, por um lado, das relações conjugais em tempos de pandemia, decorrente da COVID-19, e a eventual relação entre os períodos de isolamento social e a crise matrimonial conducente a um divórcio, e, por outro lado, o cumprimento ou incumprimento do regime estabelecido quanto ao exercício das responsabilidades parentais nesses períodos e as consequências nas relações materno/paterno filiais. Acresce algumas referências a alterações legislativas verificadas no âmbito do divórcio por mútuo consentimento administrativo.

Palavras-chave: Família; divórcio; impacto da pandemia; relações conjugais e paternofiliais.

Abstract: We analyse the effects of the pandemic on marital relations and the possible solutions found by the Portuguese legal framework. We reflect on marital relations in times of pandemic, due to COVID-19, and the possible connection between periods of social isolation and the marital crisis leading

to a divorce, and, on the other hand, the fulfillment or not of the established framework regarding the exercise of parental responsibilities in these periods and the consequences on maternal/paternal relationships. In addition, there are some references to legislative changes in the area of divorce by mutual consent.

Keywords: Family; divorce; impact of the pandemic on marital and parental relationships.

1. A Título Introdutório – o Divórcio no Ordenamento Jurídico Português: Reflexos da COVID-19

A pandemia causada pela COVID-19 paralisou o mundo, afetando as relações sociais, económicas, laborais, políticas, familiares, educativas, etc, com repercussões que se estendem ao período pós-pandemia. Restringimos a nossa reflexão às relações privadas familiares e, em especial, às repercussões da pandemia nas relações familiares e, dentro das relações conjugais, no divórcio.

O ordenamento jurídico português prevê duas modalidades de divórcio, determinando, no art. 1773.º do Código Civil[1], que o divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil ou no tribunal se, neste caso, o casal não entrar em acordo quanto às questões relativas aos acordos complementares.

O divórcio por mútuo consentimento é um divórcio requerido por ambos os cônjuges de comum acordo, sem necessidade de revelar a causa do mesmo (sem causa revelada), mas onde os cônjuges devem acordar sobre o exercício das responsabilidades parentais, o destino da casa de morada da família, a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça e o destino dos animais de companhia, caso existam (v., n.º 1 do art. 1775.º). Na verdade, os cônjuges não terão de alcançar tais acordos complementares como requisito do divórcio; a dissolução do casamento depende apenas do mútuo acordo sobre o próprio divórcio. Mas, faltando algum destes acordos complementares, o pedido de divórcio tem de ser apresentado no tribunal para que, além de determinar a dissolução com base no mútuo consentimento, o juiz decida as questões sobre que os cônjuges não conseguiram entender-se, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, nomeadamente, a questão do destino dos animais de companhia.

1 Sempre que no texto sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil português.

Portanto, o divórcio por mútuo consentimento, regulado nos arts. 1775.º a 1778.º, é da competência da conservatória do registo civil quando os cônjuges acordem, além do divórcio, quanto a tais questões complementares ao divórcio.

Nos termos do art. 1776.º, recebido o requerimento (que pode ser apresentado *online*, iniciando-se o processo dessa forma na plataforma do registo civil *online*)[2], o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos referidos nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do art. 1775.º, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, podendo determinar para esse efeito a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária, e decreta, em seguida, o divórcio, procedendo-se ao correspondente registo, salvo o disposto no art. 1776.º-A.

Existindo filhos menores, cujo exercício das responsabilidades parentais não esteja previamente regulado, exige o art. 1776.º-A que, tendo sido apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores, o processo seja enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias (n.º 1). Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público (n.º 2). Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, segue-se o disposto na parte final do n.º 1 do art. 1776.º (n.º 3). Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar, aplica-se o disposto no art. 1778.º (n.º 4), ou seja, a homologação dos acordos de divórcio apresentados na conservatória do registo civil deve ser recusada e o processo de divórcio integralmente remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória, seguindo-se os termos previstos no art. 1778.º-A, com as necessárias adaptações.

Se os cônjuges, querendo o divórcio, não conseguirem chegar a acordo quanto às questões complementares, o requerimento de divórcio por mútuo consentimento deve ser apresentado no tribunal (art. 1778.º-A). Cabe ao juiz fixar as consequências do divórcio quanto ao exercício das responsabilidades parentais, a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o destino da casa de morada da família e o destino dos animais de companhia como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Repare-se que só depois

2 https://www.civilonline.mj.pt/CivilOnline/.

de estabelecer os referidos acordos ou de decidir tais matérias o juiz decreta o divórcio (v., n.º 5 do art. 1778.º-A).

Por seu lado, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no art. 1781.º, ou seja, a separação de facto por um ano consecutivo; a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento.

Expostas, em traços gerais, as modalidades de divórcio no ordenamento jurídico português, impõe-se agora uma reflexão, por um lado, das relações conjugais em tempos de pandemia, decorrente da COVID-19, e a eventual relação entre os períodos de isolamento social e a crise matrimonial conducente a um divórcio, e, por outro lado, o cumprimento ou incumprimento do regime estabelecido quanto ao exercício das responsabilidades parentais nesses períodos e as consequências nas relações materno/paterno filiais. Deixarei de fora desta análise as repercussões quanto ao destino dos animais de companhia em caso de divórcio nos períodos de isolamento social. Como referimos, a lei impõe que, no âmbito do divórcio por mútuo consentimento administrativo, os cônjuges apresentem um acordo, a par dos outros, sobre o destino dos animais de companhia e, no caso do divórcio por mútuo consentimento judicial, esta será uma das matérias a regular pelo tribunal na falta de acordo dos cônjuges, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento (v., arts. 1775.º, n.º 1, al. f), e 1778.º-A, n.º 3).

Por outro lado, determina o art. 1793.º-A[3], quanto aos efeitos do divórcio, e reportado ao divórcio sem consentimento ou por mútuo consentimento judicial, sendo decidido pelo tribunal, que os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal.

Do ponto de vista legislativo, não assistimos a qualquer alteração decorrente das necessidades ou consequências decorrentes da situação pandémica causada pela COVID-19. Deve, todavia, referir-se, como uma repercussão permitida pela pandemia, a possibilidade do divórcio por videoconferência.

Referirei, por isso, a existência do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, que veio admitir que alguns dos atos realizados nas conservatórias de registos e nos cartórios notariais possam ser realizados por videoconferência,

3 Com uma redação, aliás, muito parecida com a da regulação do destino da casa de morada da família (v., art. 1793.º), e usando terminologia diferente da empregue no art. 1775.º onde se refere o destino dos animais de companhia e não a atribuição da confiança.

com cariz temporário, fixando a sua data de entrada em vigor no dia 4 de abril de 2022 e vigorando durante dois anos.

No Portal da Justiça pode ler-se que o Governo assegura que se trata de "um regime inovador, que coloca à disposição dos cidadãos e das empresas uma relevante ferramenta de prestação de serviços. Inovador na forma como este tipo de atos podem ser praticados pelos profissionais, no estrito respeito das competências de cada qual, sem se prescindir, contudo, da observância das formalidades legalmente impostas para a prática dos atos e oferecendo idênticas garantias de segurança e autenticidade". Para o efeito, foi criada uma plataforma informática específica que permite realizar as videoconferências, acautelando-se a devida segurança de acesso (PAD – Plataforma de Atendimento à Distância)[4].

Relativamente aos atos realizados pelos conservadores, fica abrangido por este novo regime o processo de divórcio por mútuo consentimento (administrativo), aplicando-se o mesmo à separação de pessoas e bens. Podendo o divórcio ser por mútuo consentimento ou sem consentimento, está apenas em causa o divórcio por mútuo consentimento e requerido na conservatória do registo civil (fica de fora o divórcio por mútuo consentimento judicial). Nos termos do art. 1776.º do Código Civil, recebido o requerimento (que, como referimos, pode ser apresentado na plataforma do registo civil *online*), o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos já referidos *supra*, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, e decreta, em seguida, o divórcio. Não esquecer, todavia, que, existindo filhos menores, cujo exercício das responsabilidades parentais não esteja previamente regulado, exige o art. 1776.º-A do Código Civil que, tendo sido apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, o processo seja enviado ao Ministério Público, para que este se pronuncie sobre o acordo.

Será aquela conferência a que se refere o art. 1776.º, onde os cônjuges afirmam perante o conservador que querem e mantêm a intenção de se divorciar, que deixa de ser obrigatoriamente realizada presencialmente, podendo ser por videoconferência. Será certamente uma pequena herança do período de pandemia em que vivemos, e dos novos modos de trabalho, mas que, neste caso concreto, veio por bem. Na verdade, respeitando-se a tramitação referida, acautelando-se os direitos dos intervenientes e a segurança no acesso à plataforma em causa, a alteração introduzida simplifica o processo de divórcio, evitando deslocações, com os custos associados, desnecessárias para o efeito pretendido, correspondendo, portanto, aos interesses das partes envolvidas.

Está dado o primeiro passo para a utilização das vantagens do mundo digital

4 V., https://justica.gov.pt/Servicos/Plataforma-de-Atendimento-a-Distancia.

no contexto jurídico e que reflete novos modos de trabalho. Creio que o regime que se cria como temporário passará a definitivo.

Vejamos, assim, que reflexos teve a pandemia nas relações conjugais e paterno-filiais e na própria configuração da vida familiar.

2. Algumas Reflexões – Queremos Estar Casados em Tempos de Pandemia?

a) O isolamento social e as regras do confinamento impostas pela pandemia causada pela COVID-19 forçaram um contacto diário permanente entre os cônjuges, filhos ou outros familiares ou coabitantes, com repercussões no modo como a família assume as suas funções e no próprio conceito de familiar[5].

Guilherme de Oliveira sublinha que "as regras do confinamento impostas pela pandemia (COVID 19) entregaram à responsabilidade das "casas" (lares) e das pessoas que lá vivem o desempenho das funções que outrora cabiam à família alargada tradicional; pouco importaram os vínculos jurídicos formais que unem aquelas pessoas. Por outras palavras, o confinamento fez avultar a *prática dos atos de convivência* em detrimento dos *títulos formais de familiar*, contribuindo eventualmente para um alargamento da noção de "familiar", baseado em critérios funcionais"[6]. Parte o autor de uma crítica à noção de família e de relações familiares como as apresenta o Código Civil português (art. 1576.º), por desvalorizarem o conteúdo real da relação que se verifique num dado momento. Ou seja, relevam apenas as relações que "tenham passado por uma certificação prévia oficial", assentando a noção de "família" num critério puramente formal, independentemente do vínculo social, afetivo ou de outra ordem que unem certas pessoas.

Por outro lado, reconhecendo que a família perdeu as suas tradicionais funções (política, económica, educativa, de assistência e de segurança)[7], salienta

---

5 O confinamento trouxe inevitavelmente outros problemas, podendo, neste âmbito, destacar-se a pressão sentida no direito à privacidade, no contexto da família e na partilha da habitação, e na salvaguarda de direitos de personalidade. Sobre esta questão, v., MARIA RAQUEL GUIMARÃES/ MARIA REGINA REDINHA*, A portuguese approach to privacy in COVID-19 times – Through the Keyhole*, in AAVV, Coronavirus and the Law in Europe, Ewoud Hondius et allii (eds.), Cambridge – Antwerp – Chicago, Intersentia, 2021, pp. 1009-1026.

6 GUILHERME DE OLIVEIRA, *"Fique em casa." – notas para uma taxonomia dos "familiares"*, *Julgar online*, julho 2020, p. 2 (disponível em *http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/07/20200703-JULGAR-Notas-para-uma-taxonomia-dos-familiares-Guilherme-Oliveira-1.pdf,* a 25 de julho de 2023).

7 V., FRANCISCO PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 119 e 120.

o autor a manutenção de alguns desses objetivos tradicionais, mas também a atribuição à mesma de "novas" funções "que as exigências sociais contemporâneas sugerem"[8]. Tais funções já lhe eram atribuídas à luz de um modelo desatualizado de família alargada, tornando a sua realização mais difícil à luz do atual modelo da família nuclear. "Ou seja, em vez do quadro da robusta família alargada, as funções de sempre têm de ser desempenhadas no âmbito de unidades pequenas e frágeis – as famílias nucleares restantes, e os fragmentos delas que resultaram dos divórcios, das recomposições e da crescente mobilidade social"[9]. Refere-se à tarefa de companhia e de evitar a solidão, a prestação do cuidado e de encargo de outrem e a de partilha de recursos.

Ora, a pandemia decorrente da COVID-19 exigiu determinados períodos de confinamento nos lares, atribuindo os serviços públicos (preocupados essencialmente com a luta contra a pandemia) aos núcleos familiares (formais ou informais) muitas das tarefas atribuídas ao Estado. "A confinação sublinhou a necessidade social de reconhecimento e valorização da companhia, do cuidado, do encargo e da partilha de recursos; mostrou em abundância que a Sociedade e o Estado, ao promoverem o isolamento social como o procedimento mais eficaz (e mais antigo) contra a propagação da doença, confiaram àquelas unidades a satisfação das necessidades básicas das pessoas e a minoração dos sacrifícios resultantes do confinamento. As "casas" (lares) que têm desempenhado as funções essenciais para garantir o isolamento social albergam vários tipos de unidades de convivência duradouras.

Para a Sociedade e para o Estado (…) não tem qualquer relevo o caráter formal ou informal do vínculo pessoal em que a convivência assenta; não importou se os conviventes confinados são casados, unidos de facto, vivem em economia comum, são parentes, são adotantes e adotados, são cuidadores e beneficiários de cuidados duradouros, ou estão simplesmente a cargo de outrem. O que importou – exclusivamente – foi o respeito do isolamento recomendado, e a entreajuda perante um modo de vida desconfortável e prolongado; o que importou foi a manutenção da convivência sob uma forma capaz de proteger a saúde comunitária e capaz de salvar vidas. Por outras palavras, o que importou foi o desempenho efetivo das funções que sustentam a convivência e que promovem a satisfação das aspirações pessoais e comunitárias; o que importou foi *ser... Família*. Algumas dessas unidades de convivência duradouras desempenharam todas as funções típicas das velhas famílias alargadas (…) com vários casais e várias gerações reunidos sob o mesmo teto, gerando e educando filhos, fazendo companhia, cuidando, sustentando, partilhando recursos.

---

8 GUILHERME DE OLIVEIRA, "Fique em casa."…, loc. cit., p. 9.

9 GUILHERME DE OLIVEIRA, *ibidem*, p. 10.

Aparentemente, quanto mais pessoas estiveram presentes, organizadas segundo vários tipos de vínculos, desempenhando mais funções, as "casas" foram mais resilientes, como as velhas famílias alargadas – distribuíram papéis, garantiram substituições, permitiram períodos de descanso. Ou seja, a *dimensão* tornou a "casa" mais forte. Nas *unidades de convivência duradouras* mais pequenas, a *proximidade física* entre "casas" que mantêm uma relação de intimidade de qualquer tipo terá facilitado apoios, conselhos, trocas e abastecimentos. Ou seja, a proximidade entre "casas" que estiveram ocupadas por pessoas que integram uma família alargada – formal ou informal – terá tornado as *unidades de convivência duradouras* mais confiantes e resistentes.

E é de esperar que, atenuado o perigo da doença, as Sociedades e os Estados fiquem mais pobres, com a consequência óbvia de deixarem as unidades de convivência duradouras mais entregues às funções prementes de companhia, de cuidado, de encargo e partilha de recursos"[10].

Por força disso, o conceito jurídico de família poderá diminuir o seu pendor formal, trazendo "para dentro do seu perímetro entidades informais, mais ou menos novas, que desempenham funções substanciais indispensáveis"[11].

b) Numa outra perspetiva, várias questões podem colocar-se, provavelmente de um ponto de vista mais sociológico do que jurídico, em torno das relações entre o isolamento social imposto pela pandemia e os conflitos conjugais tendentes a um divórcio: i) terão os períodos de isolamento agravado os desentendimentos conjugais e conduzido a um aumento do número de divórcio?; ii) terá o isolamento social impedido a saída da casa de morada de família e a procura de alternativas para viver o que, por sua vez, aumentou os desentendimentos e potenciou o número de divórcios apenas pós-pandemia?

Por outro lado, e do ponto de vista do exercício das responsabilidades parentais em casos de divórcio, iii) quais as repercussões das sucessivas restrições impostas à mobilidade e deslocação dos cidadãos no cumprimento do estabelecido quanto ao exercício das responsabilidades parentais (em matéria de convívio ou de residência alternada)? iv) a manutenção do convívio com os progenitores manteve-se mesmo com os períodos de isolamento (exceções à proibição de saída e deslocações) – os receios de transmissão de doença não terão conduzido a incumprimentos ao regime estabelecido e a um possível afastamento, nesses períodos, de um dos progenitores, afetando o convívio regular com os filhos?

Para as primeiras questões procurarei apresentar as estatísticas retiradas

10 GUILHERME DE OLIVEIRA, ibidem, pp. 23 e 24.

11 GUILHERME DE OLIVEIRA, ibidem, p. 26.

do site PORDATA[12]. Vejamos.

Os dados indicam que o número de divórcios em Portugal em 2019 foi de 20.421, tendo tal número caído para 17.295 em 2020 e para 17.279 em 2021, e sendo de 18.464 em 2022. Aparentemente, o isolamento causado pela pandemia poderá ter obstado a que, pelo menos formalmente, os cônjuges se divorciassem, provavelmente por não terem a mobilidade que necessitariam para procurar uma nova casa e novo centro de vida.

É interessante notar que a pandemia não afetou a atratividade que o casamento tem. Em 2019 houve 33.272 casamentos, em 2020 apenas 18.902 (que se compreende pelas restrições existentes à celebração de casamentos para evitar o contágio), e em 2021, quando muitas das restrições terminaram ou foram reduzidas, o número sobe para 29.057, continuando a aumentar em 2022 (36.952).

Mas se olharmos agora para os dados dos divórcios por 100 casamentos, em 2019, 61,4 em 100 casamentos eram dissolvidos por divórcio; em 2020 eram 91,5 (quase a totalidade dos casamentos celebrados); em 2021 mais de metade dos casamentos foram dissolvidos (59,5), sendo de metade em 2022 (50 em 100). Uma eventual crise conjugal já existente foi agravada pela situação pandémica, por todo o stress e incerteza daí decorrente, e potenciou os conflitos conjugais, pelo convívio constante e permanente no lar, sem possibilidade de sair e de interagir com outras pessoas além das do agregado familiar, e conduzindo ao divórcio.

No ano em que menos se casou (2020) mais divórcios existiram por 100 casamentos (mais de 90%), o que pode efetivamente traduzir aqui o impacto da pandemia nas relações conjugais.

Para as questões relativas ao incumprimento das responsabilidades parentais importa referir alguns acórdãos que se pronunciaram diretamente sobre essas questões em tempos de pandemia[13].

O Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.11.2020, vem dizer que "(…) II. O estado pandémico da nação e do mundo face à declaração da situação de Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional da doença COVID-19, como facto notório, pode ser considerado pelo Tribunal como motivo para determinar provisoriamente a suspensão dos efeitos de uma decisão que concluiu pela guarda partilhada, mas para tal terá de ser ponderada a existência de maior risco da menor junto de um progenitor em relação ao outro, bem como as condições que permitam ter aulas à distância apenas facultadas por um dos progenitores. III. Exercendo ambos os progenitores a profissão em ambiente hospitalar, o risco acrescido de infeção por SARS Cov 2 é idêntico para ambos. IV. Assim, sendo ambos os progenitores médicos, não representa a manutenção/implementação

12 https://www.pordata.pt/subtema/portugal/casamentos+e+divorcios-33, a 2 de outubro de 2023.

13 Todos os acórdãos citados podem ser consultados em www.dgsi.pt.

do regime de residência alternada um perigo maior do que o que existiria se os progenitores vivessem juntos e tomando estes as mesmas precauções face à doença, pelo que não se encontram quaisquer razões para suspender aquele regime durante o atual estado de pandemia, impondo-se aos pais um especial dever de cuidado a observar na transição entre as duas casas".

Também o Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 14.01.2021, entendeu que "1. A alínea j) do n.º 1 do art. 5.º Decreto n.º 2-C/2020, de 17.04, prevê expressamente que os cidadãos podem circular em espaços e vias públicas, ou em espaços e vias privadas equiparadas a vias públicas, para cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente. 2. O cumprimento de partilha de responsabilidades parentais engloba as deslocações necessárias para assegurar e garantir o convívio das crianças com o progenitor não residente, assim como com o residente na sequência do estabelecimento do regime de residência alternada. 3. Justifica-se a condenação da progenitora em multa, nos termos do art. 41.º/1 do RGPTC, que recusa o convívio do filho com o pai, estabelecido judicialmente no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais, durante o período de confinamento obrigatório e execução das medidas de contenção e controlo do risco de contágio da COVID-19, invocando esta circunstância, apesar desta questão ter sido previamente apreciada e ordenado o imediato convívio do menor com o pai (…)".

Portanto, a situação pandémica causada pela COVID-19 poderá ter justificado alguns incumprimentos do exercício das responsabilidades parentais, não por a lei não a ter acautelado e excecionado das restrições às deslocações dos cidadãos, mas por representar uma desculpa (eventualmente compreensível, por receio de contágios) ao contacto com um dos progenitores (com reflexos nas relações de proximidade e afetivas com esse progenitor). O afastamento do filho de um dos progenitores durante esse período pode trazer reflexos que apenas agora, decorrido algum tempo desses momentos de distanciamento, se farão sentir, nomeadamente, uma menor proximidade afetiva, alguma ansiedade e stress nos contactos com esse progenitor, etc, com eventuais repercussões no regime do exercício das responsabilidades parentais. Para evitar que essas alterações aos regimes estabelecidos agravem ainda mais o afastamento face a um dos progenitores impõe-se olhar com atenção cada caso concreto, as circunstâncias que o rodeiam, com especial atenção à saúde mental de cada um dos intervenientes, incluindo a criança.

Deixei à margem desta reflexão todos os problemas que surgiram decorrentes ou potenciados pela situação pandémica e que terão agravado ainda mais as crises conjugais e o relacionamento com os filhos. Refiro-me aos problemas decorrentes do desemprego, que surgiu em certos setores da economia,

e a diminuição dos rendimentos a ele ligados; a falta de condições da habitação para que todos os membros do agregado familiar aí pudessem estar a viver, a trabalhar e a estudar; os problemas de saúde mental; etc.

Não posso deixar de pensar tudo isto à luz do que nos diz Guilherme de Oliveira a propósito das modificações ocorridas no casamento. E passo a citar: "Cada membro do casal procurará na comunhão de vida a maior realização pessoal e a maior satisfação que puder. Esta procura é tanto mais intensa quanto se tem produzido, na esfera individual, um movimento narcisista de obsessão pela fitness do corpo e do espírito, proporcional ao sentimento de insegurança perante a sociedade moderna, de impotência perante os seus riscos, de extrema dificuldade no seio de um quotidiano de confrontação com as consequências da própria modernidade. Cada indivíduo organiza as suas "estratégias de sobrevivência" que se orientam cada vez mais intensamente para o amor, para a intimidade, para a vida a dois, que se tornou a nova esperança, a nova religião. Isto quer dizer que cada um exigirá da união – do outro – muito mais do que alguma vez se pretendeu; e isto passa-se num quadro em que cada um está mais sofregamente do que nunca formulando as suas próprias pretensões. A estas condições particulares acresce todo o enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição, enquanto conjunto de referências externas, "dadas" à relação particular pela tradição, pela moral, pela Igreja ou pelo Direito. (…)

Desde então tem-se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos "deveres conjugais" predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes. A "família auto-poiética" pode receber estímulos do exterior mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação. Neste sentido pode dizer-se que o casal e a família acompanham o movimento para a criação de "sistemas internamente referenciais", característico da sociedade moderna e, assim, dentro do casal "a lei é a ausência de lei", "o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes" e o casal tornou-se o seu próprio legislador.

O resultado que se vem apurando de tudo isto – da relação entre dois indivíduos que lutam, amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas – é o de uma "relação pura", apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, de uma relação entre dois estranhos – dois "estranhos íntimos" – de construir "a menos estável de todas as relações possíveis", que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos. "Queremos amar-nos… mas não sabemos como!" – uma frase escrita por alguém numa parede – mostra a extrema solidão individual no quadro de uma cultura narcisista "em branco"; mostra a extrema dificuldade da empresa

sentimental "a dois", em que ambos participam com a expectativa máxima e um individualismo sem precedentes"[14].

c) Como anteriormente referido, o Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, veio admitir que alguns dos atos realizados nas conservatórias de registos e nos cartórios notariais possam ser realizados por videoconferência, com cariz temporário.

Relativamente aos atos realizados pelos conservadores, fica abrangido por este novo regime o processo de divórcio por mútuo consentimento (administrativo), aplicando-se o mesmo à separação de pessoas e bens. Está apenas em causa o divórcio por mútuo consentimento requerido na conservatória do registo civil[15]. Nos termos do art. 1776.º do Código Civil, recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos que já foram referidos *supra*, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, e decreta, em seguida, o divórcio. É esta conferência a que se refere o art. 1776.º, onde os cônjuges afirmam perante o conservador que querem e mantêm a intenção de se divorciar, que deixa de ser obrigatoriamente realizada presencialmente, podendo ser por videoconferência.

Também aqui se fazem sentir os reflexos da pandemia nos novos modos de trabalho e na utilização das vantagens do mundo digital no contexto jurídico. Respeitando-se a tramitação referida, acautelando-se os direitos dos intervenientes e a segurança no acesso à plataforma em causa (PAD), a alteração introduzida simplifica o processo de divórcio, evitando deslocações, com os custos associados, desnecessárias para o efeito pretendido, correspondendo, portanto, aos interesses das partes envolvidas.

Em pleno contexto pandémico, o recurso aos meios virtuais permitiu a manutenção de várias atividades em diferentes setores da sociedade[16]. Pode

---

14 PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso…, ob. cit., pp. 123-125.

15 Já anteriormente nos pronunciámos quanto à possibilidade de dissolução do casamento on line abranger apenas o divórcio por mútuo consentimento administrativo. V., CRISTINA DIAS, Da celebração e dissolução do casamento online – algumas reflexões, in AAVV, Atas do 5.º Congresso Internacional Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 33-46.

16 V., PATRÍCIA ROCHA, Facilitar (ainda mais) o divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil - considerações em torno do divórcio por videoconferência, in AAVV, Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Gestlegal, 2023, p. 480, https://hdl.handle.net/1822/84122. Segue a autora a linha de outros autores, como LURDES VARREGOSO MESQUITA/ SUSANA ALMEIDA/ FERNANDA REBELO, Algumas notas sobre o impacto digital no processo civil português em tempos de pandemia: soluções e

ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, que "[a] emergência de saúde pública determinada pela doença COVID-19 impulsionou a utilização de meios de comunicação à distância, quer no setor público quer no privado, tendo sido desenvolvidos e disponibilizados ao longo deste período novos serviços públicos eletrónicos.

Em face da evolução da situação epidemiológica em Portugal, mantém-se a conveniência em adotar medidas que possam contribuir para minimizar as interações sociais, correspondendo ao mesmo tempo à crescente procura de serviços online. Assim, afigura-se oportuno criar condições que permitam a prática à distância de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos que exigem a presença dos interessados no ato perante o profissional que os lavra.

Nesse sentido, o presente decreto-lei estabelece um regime inovador e temporário que possibilita a realização de atos através de videoconferência, colocando uma nova e relevante ferramenta de prestação de serviços, com elevado impacto no comércio jurídico, à disposição de cidadãos, empresas e profissionais. Inova-se na forma como este tipo de atos podem ser praticados pelos profissionais, no estrito respeito das suas competências, sem se prescindir, no entanto, da observância das formalidades legalmente impostas para a prática dos atos e oferecendo idênticas garantias de segurança e autenticidade".

O referido decreto-lei estabelece, assim, o regime jurídico temporário aplicável, entre outros atos, à realização, através de videoconferência, do processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento[17]. A realização de atos por

---

controvérsias, in AAVV, Crisi Pandemica e suo impatto sul sistema socio-giuridico-economico e culturale delle nazioni, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 285-309.

17 A este ato acresce a realização de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos que requeiram a presença dos intervenientes perante conservadores de registos, oficiais de registos, notários, agentes consulares portugueses, advogados ou solicitadores. Resulta do art. 1.º do referido decreto-lei que, relativamente aos atos a realizar por conservadores de registos e oficiais de registos, apenas estão abrangidos pelo presente decreto-lei os relativos: a) Ao procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de prédios em atendimento presencial único, criado pelo Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de julho, na sua redação atual; b) Ao processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento, regulado pelo Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, na sua redação atual; c) Ao procedimento de habilitação de herdeiros com ou sem registos, previsto no artigo 210.º-G do Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, na sua redação atual (n.º 2).
Relativamente aos atos a realizar por notários, agentes consulares portugueses, advogados ou solicitadores, estão abrangidos pelo presente decreto-lei todos os atos da sua competência, com exceção dos: a) Testamentos e atos a estes relativos; b) Atos relativos a factos sujeitos a registo predial que não respeitem a: i) Factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição, a modificação ou a extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão; ii) Factos jurídicos que determinem a constituição ou a modificação da

videoconferência é facultativa (art. 1.º, n.º 6).

O Ministério da Justiça disponibiliza uma plataforma informática para suporte à realização dos atos, através da qual é facultado o acesso às sessões de videoconferência (v., art. 3.º), acessível no endereço eletrónico *https://justica.gov.pt* (art. 2.º, n.º 2). A plataforma informática é gerida pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. (IRN, I. P.), em articulação com o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P. (art. 2.º, n.º 3). Os intervenientes podem fazer-se acompanhar nos atos por advogado ou solicitador, presencialmente ou à distância, sendo feita referência a essa circunstância nos documentos lavrados (art. 2.º, n.º 5).

Quanto ao procedimento para a realização do ato em causa (em concreto, a conferência de divórcio por mútuo consentimento administrativo), v., o disposto nos arts. 5.º e segs. do Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro. Assim, a realização de atos ao abrigo do presente decreto-lei depende de prévio agendamento (art. 5.º, n.º 1).

Acordada a data de realização do ato, cabe ao profissional proceder ao agendamento do ato na plataforma informática, indicando o dia, hora e duração prevista para a sua realização e identificando as pessoas que nelas intervenham, através do nome completo, do número de identificação civil ou equivalente no caso de cidadãos da União Europeia, ou do número de passaporte nos demais casos, e do endereço de correio eletrónico (art. 5.º, n.º 2). Participando no ato advogado ou solicitador que acompanhe ou represente um dos intervenientes, a sua identificação é feita através do nome profissional, número de cédula profissional e endereço de correio eletrónico disponibilizado pela respetiva ordem profissional (art. 5.º, n.º 3).

Agendado o ato, é enviada aos intervenientes identificados pelo profissional uma mensagem para o endereço de correio eletrónico por eles indicado, contendo a confirmação do agendamento do ato, a hiperligação para a área reservada da plataforma informática que, mediante autenticação, permitirá aceder, no dia agendado, à sessão de videoconferência, as regras de funcionamento da plataforma informática e as condições de realização das sessões de videoconferência, bem como, no caso de atos da competência de conservadores de registos e de oficiais de registos e da competência dos agentes consulares portugueses, o valor e dados para pagamento dos emolumentos que sejam devidos, respetivamente, ao IRN, I. P., e ao Ministério dos Negócios Estrangeiros (art. 5.º, n.º 4).

Os atos realizados ao abrigo deste decreto-lei são objeto de gravação audiovisual (art. 6.º, n.º 1). As sessões de videoconferência só se iniciam depois

---

propriedade horizontal; iii) Promessa de alienação ou oneração de imóveis, se lhe tiver sido atribuída eficácia real, ou a cessão da posição contratual emergente desse facto; iv) Hipoteca, sua cessão, modificação ou extinção, a cessão do grau de prioridade do respetivo registo e a consignação de rendimentos (n.º 3).

de os intervenientes na sessão terem prestado, aquando do procedimento de autenticação na plataforma informática, o seu consentimento para a recolha dos elementos que sejam necessários para a verificação da sua identidade pelo profissional, terem procedido à autenticação na plataforma informática e terem declarado conhecer as condições para a sua realização (art. 6.º, n.º 2). A verificação da identidade do profissional e dos advogados ou solicitadores que acompanhem ou representem os intervenientes é feita através da sua autenticação na plataforma informática, nos termos do n.º 3 do artigo 3.º (art. 6.º, n.º 4). A verificação da identidade dos intervenientes efetua-se por meio de autenticação na plataforma informática, nos termos do n.º 3 do artigo 3.º, e ainda por um dos seguintes meios: a) Confronto, pelo profissional, dos elementos de identificação do interveniente recolhidos pela plataforma informática aquando do procedimento de autenticação, com a imagem facial da pessoa e com as respostas dadas por esta, no início da sessão de videoconferência, às questões colocadas pelo profissional especificamente com o intuito de confirmar a sua identidade; ou b) Recurso, pelo interveniente, a sistema biométrico de comparação das imagens do rosto recolhidas eletronicamente em tempo real com a imagem facial constante do sistema de informação responsável pelo ciclo de vida do cartão de cidadão, nos casos e nos termos definidos por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da justiça e da modernização administrativa (art. 6.º, n.º 5). Sem prejuízo da adoção de quaisquer outras medidas que repute adequadas para se certificar de que os intervenientes agem de livre vontade, o profissional solicita aos intervenientes que mostrem o espaço em seu redor (art. 6.º, n.º 6).

No decurso da sessão de videoconferência, o profissional partilha no ecrã os documentos que for lendo e explicando em voz alta e na presença, simultânea ou não, de cada um dos intervenientes (art. 6.º, n.º 7). A leitura, explicação e assinatura dos documentos devem realizar-se no mesmo dia, sob pena de nulidade, cabendo ao profissional certificar-se que o ato é conforme à real vontade dos intervenientes (art. 6.º, n.º 8). Os intervenientes não podem desativar, em circunstância alguma, a captação de imagem ou som durante a sessão de videoconferência, sob pena de o procedimento ser interrompido pelo profissional e não haver lugar à conclusão do ato (art. 6.º, n.º 9). Caso não se verifiquem as condições técnicas necessárias à boa condução do procedimento, nomeadamente nos casos de ocorrência de fraca qualidade de imagem, de condições deficientes de luminosidade ou som, ou de interrupções na transmissão do vídeo, o procedimento deve ser interrompido (art. 6.º, n.º 10).

Após a leitura e explicação do documento, os intervenientes apõem ao documento a sua assinatura eletrónica qualificada, submetendo-o na plataforma informática (art. 8.º, n.º 1). Depois de verificada a qualidade da gravação da sessão ou sessões de videoconferência, o profissional apõe ao documento a sua assinatura

eletrónica qualificada, submetendo-o na plataforma informática (art. 8.º, n.º 2). É disponibilizada uma cópia eletrónica do documento lavrado aos intervenientes quando o procedimento for concluído (art. 8.º, n.º 4).

Nos termos do art. 9.º, as gravações das sessões de videoconferência são arquivadas e conservadas pela entidade gestora da plataforma informática durante um período de 20 anos (n.º 1). As gravações das sessões de videoconferência apenas são disponibilizadas aos intervenientes mediante decisão judicial (n.º 5).

A preterição das formalidades instituídas pelo presente decreto-lei determina a nulidade dos atos realizados ao seu abrigo (art. 13.º).

Nos termos do seu art. 15.º, o disposto no Decreto-Lei n.º 126/2021, de 30 de dezembro, entrou em vigor no dia 4 de abril de 2022 e vigorará durante dois anos.

Pode criticar-se mais ou menos a opção encontrada, pode eventualmente ficar comprometida mais facilmente a perfeição ou a liberdade do consentimento[18], mas julgamos que, acautelando-se os direitos dos intervenientes e a segurança no acesso à plataforma informática em causa, a alteração introduzida simplifica o processo de divórcio, correspondendo, portanto, aos interesses das partes envolvidas.

Bibliografia Citada:

COELHO, FRANCISCO PEREIRA/OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

DIAS, CRISTINA, *Da celebração e dissolução do casamento online – algumas reflexões*, in AAVV, Atas do 5.º Congresso Internacional Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 33-46.

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL/REDINHA, MARIA REGINA, *A portuguese approach to privacy in COVID-19 times* – Through the Keyhole, in AAVV, Coronavirus and the Law in Europe, Ewoud Hondius et allii (eds.), Cambridge – Antwerp – Chicago, Intersentia, 2021, pp. 1009-1026.

MESQUITA, LURDES VARREGOSO/ALMEIDA, SUSANA/ REBELO, FERNANDA, *Algumas notas sobre o impacto digital no processo civil português em tempos de pandemia: soluções e controvérsias*, in AAVV, Crisi Pandemica e suo impatto sul sistema socio-giuridico-economico e culturale delle nazioni, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 285-309.

18 V., CRISTINA DIAS, Da celebração e dissolução do casamento online – algumas reflexões, ob. e loc. cit., p. 45.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, "*Fique em casa.*" – notas para uma taxonomia dos "familiares", Julgar online, julho 2020 (disponível em http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/07/20200703-JULGAR-Notas-para-uma-taxonomia-dos-familiares-Guilherme-Oliveira-1.pdf, a 25 de julho de 2023).

ROCHA, PATRÍCIA, *Facilitar (ainda mais) o divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil - considerações em torno do divórcio por videoconferência*, *in* AAVV, *Atas do I Congresso Ibérico de* Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Gestlegal, 2023, pp. 479-500, *https://hdl.handle.net/1822/84122.*

INCUMPRIMENTO NOS CONTRATOS COMERCIAIS E A FORÇA MAIOR: AS LIÇÕES DA COVID 19 EM MOÇAMBIQUE

The Risk of Contractual Default and Force Majeure: the Lessons of Covid-19 in Mozambique

Amina Adão Saide Abdala
Professora, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Resumo: À semelhança do que ocorreu em outros países, em Moçambique, a pandemia da COVID-19 teve impacto negativo sobre a economia, pondo em causa o princípio da pontualidade do cumprimento dos contratos. O presente artigo pretende analisar o tratamento jurídico dado à pandemia como causa de exoneração da responsabilidade contratual, bem como as mudanças operadas na prática contratual como lições da Covid-19 em Moçambique.

Palavras-chave: Impossibilidade; exoneração; força maior; Covid-19; contrato.

Abstract: Similar to what happened in other countries, in Mozambique, the COVID pandemic had a negative impact on the economy, calling into question the principle of punctual fulfillment of contracts. This article aims to analyze the legal treatment given to the pandemic as a cause for exemption from contractual liability, as well as the changes made to contractual practice as lessons from Covid 19 in Mozambique.

Keywords: Impossibility; exoneration; force majeure; Covid-19; contract.

Introdução

O princípio "*pacta sunt servanda*" é um dos princípios mais importantes do direito civil, segundo o qual os contratos celebrados dentro dos limites de lei devem ser pontualmente cumpridos. Este princípio é baseado na boa-fé[1] e encontra-se previsto no n.º 1 do artigo 406.º do Código Civil[2] ("CC") que estabelece o seguinte: *o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contratantes ou nos casos admitidos por lei*.

O advento da pandemia da COVID-19 ("pandemia") mostrou que nem sempre é possível cumprir com o referido princípio quando as partes celebram um determinado contrato e, posteriormente, ocorre um caso de força maior ou caso fortuito. Se as partes pudessem prever esses impedimentos, nunca iriam celebrar contratos nessas condições ou tê-lo-iam celebrado com um conteúdo diferente[3], acautelando situações dessa natureza.

O regime jurídico da impossibilidade do cumprimento das obrigações por facto não imputável ao devedor admite que uma das partes deixe de estar vinculada ao cumprimento da prestação debitória em virtude da ocorrência de um impedimento imprevisível, irresistível e fora do controlo da vontade das partes, tal como é o caso da pandemia.

Segundo Antunes Varela, o não cumprimento de uma obrigação é *a situação objectiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede*[4].

O não cumprimento da prestação debitória pode ter causas diversas e diversos efeitos, com base no qual se distinguem as modalidades de não cumprimento quanto à causa e quanto aos efeitos e se sistematiza o regime do não cumprimento[5].

---

1 MARGARYTA RUDNIEVA, *Cláusula de Força Maior nos Contratos Internacionais de Compra e Venda,* Tese de Mestrado- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, p. 8. Documento electrónico. Disponível em *https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/37149/1/202970736.pdf*, consultado no dia 04.10.2023, pelas 17:40 Min.

2 O CC foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro e tornado extensivo ao Ultramar pela Portaria 22.869 do Ministro do Ultramar, de 4 de Setembro de 1867, continuou a ser aplicado em Moçambique, por força do disposto no artigo 71 da Constituição da República de 1975. O CC foi parcialmente alterado pelo Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro e Decreto-Lei n.º 1/2009, de 24 de Abril.

3 MARGARYTA RUDNIEVA, *op cit,* p. 8.

4 JOÃO MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 60.

5 MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, Textos Jurídicos, Faculdade de Direito de Macau, 2014, p. 566.

Em relação à causa do não cumprimento, o CC regula do artigo 790.º ao artigo 797.º, o não cumprimento e mora não imputáveis ao devedor (O CC trata dos casos de *impossibilidade e mora não imputáveis ao devedor*), e regula do artigo 798.º ao artigo 812.º, os casos de não cumprimento e mora imputáveis ao devedor (o CC refere-se em concreto do não cumprimento definitivo por falta de cumprimento e impossibilidade culposa, e a mora do devedor). O não cumprimento e mora imputáveis ao credor (o CC trata dos casos de falta de cumprimento e mora) são regulados no n.º 2 do artigo 705.º e nos artigos 813.º e seguintes[6].

No que se refere aos efeitos, o CC distingue o não de cumprimento (falta de cumprimento não imputável ao devedor, nos artigos 790.º e seguintes, impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor, nos artigos 801.º e seguintes, *falta de cumprimento não imputável ao devedor, por perda de interesse do credor no cumprimento emergente de mora ou por recusa do cumprimento da prestação debitória pelo devedor em mora,* no artigo 808.º), a mora ou atraso no cumprimento da prestação debitória (imputável ao devedor, nos artigos 804.º e seguintes, imputável ao credor, nos artigos 813.º e resultante de situações não imputáveis às partes, artigo 792.º e seguintes) o cumprimento defeituoso (Cfr. no n.º 1 do artigo 799.º)[7].

Para este artigo releva apenas o regime da impossibilidade superveniente do cumprimento da prestação debitória resultante da verificação da pandemia, enquanto evento de força maior, cujo regime jurídico será analisado mais adiante neste artigo.

Para análise do tratamento jurídico dado à pandemia no âmbito da aplicabilidade de cláusulas de força maior e do mencionado regime jurídico da impossibilidade, o presente artigo está estruturado em cinco partes, além da introdução: a primeira parte refere-se ao enquadramento do tema; a segunda referente à análise do conceito de força maior e caso fortuito; a terceira relativa à análise da aplicabilidade das cláusulas de força maior em tempos de pandemia; a quarta referente à analise do regime impossibilidade de cumprimento das obrigações contratuais no Direito Civil; a quinta referente à análise das mudanças na prática contratual, em resultado dos efeitos da pandemia no âmbito do cumprimento de obrigações, seguindo-se da síntese conclusiva. Esta reflexão será feita no âmbito dos contratos comerciais, presentemente regulados pelo Regime Jurídico dos Contratos Comerciais[8] e pelo CC.

---

6 MANUEL TRIGO, *op.cit*, pp. 566 e 567.

7 MANUEL TRIGO, *op.cit*, p. 567.

8 O Regime dos Contratos Comerciais foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3/2022, de 25 de Maio. Anteriormente a matéria referente aos contratos comerciais era regulada anteriormente regulados pelos artigos 477.º a 633.º do Código Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de

Para atender ao objectivo proposto, na elaboração do presente artigo far-se-á uma abordagem qualitativa e descritiva, a partir de metodologia jurídico-teórica e métodos hipotético-dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

1. Enquadramento do Tema

A Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada no 31 de Dezembro de 2019 sobre o surgimento de vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. E, posteriormente, no dia 7 de Janeiro, as autoridades chinesas confirmaram a existência de uma nova cepa (tipo) de coronavírus (SARCOV-2)[9].

Assim, procurando aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus, a OMS, no dia 30 de Janeiro de 2020, declarou que o referido surto uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional[10].

Em seguida, a OMS, no dia 11 de Março de 2020, caracterizou a COVID-19 como uma pandemia global, pelo facto de a sua transmissibilidade ser rápida e bastante alta, levando a contaminação de um número elevado de pessoas em curto espaço de tempo e a sua expansão ou propagação por todos os países do mundo ser um caso ímpar e impressionante[11].

Em Moçambique, o Presidente da República emitiu, através do Decreto n.º 11/2020, de 30 de Março,[12] ratificado pela Lei n.º 1/2020, de 31 de Março,

---

Dezembro parcialmente pela Decreto-Lei n.º1/2018, de 4 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 1/2022, de 25 de Maio.

9 *https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19*, consultado no dia 17 de Julho de 2023, pelas 09h26.

10 A ESPII é considerada, nos termos do Regulamento Sanitário Internacional, "um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata. Disponível em *https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19* , consultado no dia 17 de Julho de 2023, pelas 09h26.

11 ANTÓNIO SALOMÃO CHIPANGA, *Estado de Emergência à Luz da Constituição da República de Moçambique.* In *Dário Moura Vicente, Henriques José Henriques, Catarina Salgado e Almeida Machava (Org.)E*studos Comemorativos dos 30 Anos de Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, p. 124.

12 Observada consulta prévia ao Conselho do Estado e a ratificação posterior do Decreto pela Assembleia da República, por força das disposições da al. b) do art. 165.º in fine e al. g) n.º 2 do art. 178.º da CRM, respectivamente, como refere MANUEL GUILHERME JUNIOR, *Regime Jurídico do Estado De Emergência (EE) Em Moçambique: O Caso do EE Declarado devido à*

a declaração de Estado de Emergência (EE),[13] por um período de 30 dias, com início no dia 1 de Abril de 2020.

Entre as medidas restritivas[14] podem, por exemplo, ser citadas as seguintes: encerramento de estabelecimentos comerciais (bares e barracas destinadas à venda de bebidas alcoólicas), a proibição de eventos públicos e privados e encerramento de estabelecimentos de diversão e equiparados (discotecas, salas e campos de jogos, ginásios, piscinas públicas, pavilhões gimno-desportivos, teatros, museus, bibliotecas, para realização de festas de casamentos, aniversários, limitações em cultos religiosos, funerais, reuniões do Estado e privadas, etc.), a proibição de realização de actividades turísticas; a limitação de circulação, e quarentena obrigatória domiciliar para todos os cidadãos que tenham viajado para países considerados de risco ou que tenham mantido contacto com pessoas suspeitas de COVID-19. Estas medidas tiveram um impacto negativo sobre a economia, gerando situações de impossibilidade ou dificuldade de cumprimento de obrigações previamente estabelecidas em contratos.

O EE foi prorrogado, primeiro, até ao final de Maio 2020 e, posteriormente estendido para os meses de Junho, Julho e Setembro de 2020[15]. Entretanto, o Presidente da República declarou o fim do EE[16] devido aos imperativos legais decorrentes dos limites impostos pela Constituição da República de Moçambique e, tendo em conta que ainda era necessário continuar com medidas para a redução da propagação da pandemia, o governo declarou o Estado de Calamidade Pública e activou o Alerta Vermelho, com início no dia 7 de Setembro de 2020 e por um período indeterminado, sujeito a ajustamentos periódicos em função da evolução da pandemia em Moçambique.

Covid-19, Escolar Editora, 2020, pp. 23-24.

13 O EE é uma situação de cariz excepcional, decretada pelo Presidente da República quando existe uma perturbação de ordem constitucional ou de calamidade pública. O EE tem, em regra, duração máxima de até 30 dias, podendo ser prorrogável por mais 3 vezes por igual período, nos termos dos artigos 290.º e seguintes da Constituição da República de Moçambique de 2004, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 1/2018, de 12 de Junho.

14 Para execução ou implementação das medidas supra referidas foi aprovado o Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, com algumas alterações introduzidas pelo Decreto n.º 14/2020, de 09 de Abril de 2020.

15 As prorrogações do EE foram aprovadas pelo Decreto Presidencial n.º 12/2020, de 29 de Abril (ratificado pela Lei n.º 4/2020, de 30 de Abril), Decreto Presidencial n.º 14/2020, de 29 de Maio (ratificado pela Lei n.º 6/2020, de 29 de Maio), Decreto Presidencial n.º 21/2020, de 26 de Junho (ratificado pela Lei n.º 8/2020, de 29 de Junho) e Decreto Presidencial n.º 23/2020, de 5 de Agosto (ratificado pela Lei n.º 9/2020, de 7 de Agosto).

16 A comunicação do término do estado de emergência teve como fundamento na Resolução n.º 72/2020, de 5 de Agosto.

2. Força Maior e Caso Fortuito – Origem e Aspectos Distintivos

2.1. Origem

A noção da "força maior" (*vis maior*) e do "caso fortuito" (*casus fortuitus*) foram trazidas pelo Direito Romano Privado do período clássico. Nessa altura, os juristas consideravam a *vis maior* um acontecimento natural ou causado por um facto humano não imputável ao devedor, ao qual não seria possível se opor: "*cui resisti non potest*", v.g., uma inundação, um raio, um terramoto, um naufrágio, etc. Enquanto o conceito do *casus fortuitus,* cuja principal característica era a imprevisibilidade pressupunha apenas um acontecimento natural, independentemente da vontade do devedor. Portanto, já nessa altura, os conceitos de "força maior" e de "caso fortuito" eram amplamente discutidos pela doutrina. A principal distinção que existia no Direito Romano entre as duas expressões era a imprevisibilidade do caso fortuito e a irresistibilidade da força maior[17].

Não obstante a discussão doutrinal, tanto *casus fortutis* como *vis maior* tinham como função objecto a exoneração da responsabilidade do devedor do pagamento de uma indemnização ao credor pelos danos a este causados, no caso de não realização da prestação em virtude de um acontecimento imprevisível, inevitável e que não lhe fosse imputável. É importante acrescentar, que a doutrina actual também não é pacífica relativamente aos conceitos em causa. Apesar da antiguidade dos conceitos de "força maior" e de "caso fortuito", a controvérsia acerca da sua natureza jurídica continua até a actualidade[18].

2.2. Distinção Entre Força Maior e Caso Fortuito

Para fixação dos conceitos de força maior e de caso fortuito defrontam-se, desde os tempos mais remotos, dois critérios opostos. Por um lado, um critério *objectivo*, procurando caracterizá-lo com elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, com abstração das condições pessoais e da diligência do devedor; e por outro lado, um critério *subjectivo*, conduzindo à perfeita identificação daquela noção com a ausência de culpa. Sendo deste modo, para a teoria subjectiva importante analisar a questão da culpa da parte faltosa, aplicando-se o princípio do "bom pai de família". Enquanto para a teoria objectiva, o que deve ser apreciado é a impossibilidade da execução independentemente da personalidade do devedor. Assim, para esta teoria interessa a natureza do próprio impedimento e não a culpa do agente[19].

---

17 MARGARYTA RUDNIEVA, *op cit,* pp. 11 -14.

18 Idem, pp. 14-15.

19 Idem, p. 17

Ana Prata ao tentar distinguir as duas figuras afirma que, tanto força maior como o caso fortuito são a mesma coisa se olhar-se para os dois conceitos num sentido mais amplo. De acordo com a autora, o que muda é a forma como são vistos os referidos conceitos, pois se forem apreciados num sentido mais restrito, o conceito de força maior terá como pressuposto comportamentos oriundos de terceiros, alheios ao devedor, que impedem o cumprimento de obrigações. Por exemplo, guerras, roubos, previsões, ordens de autoridades administrativas ou judiciais, etc. Portanto, a autora considera que, em sentido amplo, o caso fortuito é sinónimo de causa de força maior, o que difere é a forma como se é feita a abordagem, pois se apreciado num sentido mais restrito, o mesmo faz menção apenas àquelas situações ocasionadas por fenómenos naturais, imprevisíveis e inevitáveis, alheias ao comportamento humano, e que tornam impossível o cumprimento da obrigação. Neste sentido, ela identifica o terramoto, as inundações, a morte, etc[20].

Segundo Mário Costa, uma orientação mais difundida, olha para o conceito de força maior tendo em mente a ideia de *inevitabilidad*e a ele subjacente: portanto, este será todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pode evitar, nem em si mesmo e nem nas suas consequências. Ao passo que, o conceito de caso fortuito assenta na ideia de *imprevisibilidade*: o facto não se pode prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto[21].

Nas palavras de Albano Macie, força maior é *todo o facto imprevisível e estranho à vontade das partes que as impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais por ser imprevisível, irresistível, inevitável e, porque escapa à vontade das partes, as impossibilita parcial ou totalmente de executar o contrato nos termos acordados, levando à sua extinção ou modificação*[22].

Apesar disto, é já pacífico na doutrina que a diferenciação entres estes dois conceitos indeterminados será meramente académica e não terá grande interesse prático, pois os seus efeitos serão praticamente os mesmos. O que realmente releva aqui, explica Brandão Proença *apud* Miguel Loura é a: [23]

> *"(...) total imprevisibilidade do facto, a imprevisibilidade do efeito e a inevitabilidade (de efeitos) do facto ocorrido. (...) O caso fortuito ou de força maior não é, assim, algo de absoluto ou de abstracto,*

---

20 PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico,* 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1992, pp. 1994 – 1999.

21 MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direitos das Obrigações,* 9.ª ed, Almedina, Coimbra, 2006, p.754.

22 ALBANO MACIE, *Lições de Direito Administrativo Moçambicano - vol. II*, 1.ª ed., Escolar Editora, 2018, pp 298 e 299.

23 MIGUEL ANDIAS LOURA, *A Força Maior em tempos de Pandemia: as Cláusulas de Força Maior nos Contratos de M&A*, Tese de Mestrado-Faculdade Católica Portuguesa, 2021, pp.17 e 18. Documento electrónico. Disponível em *https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/37149/1/202970736.pdf*, consultado no dia 05.10.2023, pelas 14h30.

> *na medida em que o seu circunstancialismo só releva se não houver «interferências» por parte do devedor, ou seja, há que confrontar o factualismo anómalo com o conjunto de medidas preventivas que o devedor possa ou não ter adoptado para evitar o evento ou minorar ou afastar as consequências verificadas."*

Em face do acima exposto, tendo por base a definição apresentada por Albano Macie, tudo aponta para que a pandemia seja considerada um evento de força maior, podendo também ser enquadradas, por exemplo, as medidas de excepção do governo relativas à proibição do exercício de certas actividades e de encerramento de estabelecimentos comerciais.

O seu enquadramento como "força maior" justifica-se também pelo facto de, na prática contratual, as partes estabelecerem nos contratos cláusulas de força maior que, regra geral, definem força maior como sendo um evento imprevisível, irresistível e fora das partes e, desde modo, caso se verifique, impossibilitando a realização da prestação debitória.

3. Aplicabilidade das Cláusulas de Força Maior em Tempos de Pandemia

No âmbito do princípio da autonomia contratual previsto no artigo 405.º do CC, na negociação de contratos é habitual as partes estabelecerem cláusulas de força maior. As referidas cláusulas, regra geral, listam os eventos de forma exemplificativa e definem os seus efeitos. No entanto, há situações em que as referidas cláusulas enumeram de forma taxativa e detalhada os eventos de força maior e os respectivos efeitos[24].

Pese embora ser habitual estabelecer-se cláusulas de força maior, a sua aplicabilidade, em tempos de pandemia, não foi algo absoluto e abstracto, mesmo naquelas situações em que existiam cláusulas de força maior que previam expressamente pandemia[25]. A sua aplicabilidade foi aferida caso a caso e requereu a verificação cumulativa dos pressupostos da força maior, nomeadamente: [26]

a) *Externalidade*: a circunstância causadora da impossibilidade não foi causada por qualquer acto ou omissão das partes, isto é, a pandemia e/ou as normas de carácter excepcional aprovadas pelo governo não são factos imputáveis às partes;
b) *Imprevisibilidade*: sendo um evento único na história mais recente

24 MIGUEL ANDIAS LOURA, *op.cit*, pp. 34 e 35.

25 Idem, p. 35.

26 Ibidem.

cujas consequências não poderiam ser conhecidas pelas partes no momento da celebração do contrato, a pandemia foi considerada um facto imprevisível;

c). *Inevitabilidade*: para sua verificação é importante avaliar o comportamento do devedor quanto à: eventual escassez de tempo para fazer frente ao impacto negativo da pandemia; eventual inexistência de meios alternativos de execução da prestação; ou eventual aumento exponencial dos custos (de capital ou não) para dar cumprimento aos seus deveres contratuais. Não é possível avaliar o requisito da inevitabilidade em abstracto. Assim, na verificação dos pressupostos da força maior, este requisito deve ser aferido casuisticamente.

d) *Causalidade*: para confirmação da sua verificação, cabe ao devedor demostrar a existência de nexo de causalidade entre a pandemia e a impossibilidade do cumprimento da obrigação. Este é também um requisito que deve ser aferido casuisticamente.

Assim, em face do acima exposto, conclui-se que a pandemia, *de per si*, como evento de força maior, não deve ser considerada suficiente para que uma das partes invoque contra a outra parte a existência de força maior e, consequentemente, beneficiar-se dos seus efeitos. Para o efeito, é necessário que todos os requisitos referidos supra estejam preenchidos. Neste âmbito, apenas uma avaliação casuística poderá ditar as situações em a mesma é aplicável ou não, incluindo nas situações em que existam clausulas de força maior.

Nas situações em que as partes não tinham previsto cláusulas de força maior, incluindo os casos de cláusulas de força maior demasiado restritivas (cláusulas taxativas), a resolução dos conflitos resultantes pela impossibilidade do cumprimento das obrigações gerada pela pandemia foi, em algumas situações resolvida por acordo das partes, no âmbito da autonomia contratual, ou base no regime da impossibilidade superveniente, previsto nos artigos 790.º e seguintes do CC, cuja apreciação será feita no ponto seguinte.

4. A impossibilidade de Cumprimento das Obrigações Contratuais no Direito Civil

4.1. Aplicação Supletiva do Regime Jurídico da Impossibilidade

No momento da eclosão da pandemia, os contratos comerciais eram regulados pelos artigos 477.º a 633.º do Código Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro parcialmente pela Decreto-Lei n.º 1/2018,

de 4 de Maio, pela Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril. Presentemente, são regulados pelo Decreto-Lei n.º 1/2022, de 25 de Maio que aprova o Regime dos Contratos Comerciais foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3/2022, de 25 de Maio e revoga os artigos supra referidos do Código Comercial de 2005.

O Código Comercial de 2005 não regulava as situações de impossibilidade de incumprimento contratual ocasionadas pela força maior que conduzissem a suspensão ou extinção das obrigações aplicáveis à todos os contratos comerciais, embora na parte especial, referente ao regime de cada um dos contratos comercias fazer alusão, sem grandes desenvolvimentos, às circunstâncias supervenientes que tornavam as obrigações impossíveis ou prejudicavam gravemente a realização do fim contratual, em termos de o contrato não se mostrar exigível naquelas condições. Verificando-se essas circunstâncias, o Código Comercial atribuía como efeito a resolução do contrato[27]. Neste sentido, por exemplo, se posicionava o legislador nos contratos de prestação de serviços comerciais (vide alínea b) do artigo 521.º).

Em face da referida lacuna, foi aplicado o regime subsidiário previsto nos artigos 790.º e seguintes do CC, aplicável *ex vi* por força do artigo 7.º do Código Comercial de 2005, Nas situações em que as partes não tinham previsto cláusulas de força maior, incluindo os casos de cláusulas de força maior demasiado restritivas (cláusulas com uma enumeração taxativa dos eventos de força maior e dos seus efeitos).

4.2. Regime da Impossibilidade Superveniente

O n.º 1 do artigo 790.º do CC estatui que a obrigação se extingue quando, por causa não imputável ao devedor, ocorre a *impossibilidade objectiva*. Segundo Menezes Cordeiro, apenas a *impossibilidade efectiva*[28] libera o devedor e não a *impossibilidade económica*, que se traduz na simples dificuldade ou onerosidade da prestação. Efectivamente, quando por força maior ou qualquer outra eventualidade ocorra alteração das circunstâncias – a prestação torna-se inesperadamente mais onerosa, nesses casos deve-se aplicar o regime do artigo 437.º do CC[29].

Constatada a alteração substancial das circunstâncias que motivaram a contratação, a parte lesada que, justificadamente, desde que, à data da verificação daquelas circunstâncias, não se encontrasse em mora, pode solicitar a resolução do

---

27 A excepção do regime do contrato de agência, que cá entre nós, analisando o regime contido no artigo 534.º do Código Comercial de 2005, dava lugar a suspensão do contrato.

28 Dizemos que a impossibilidade é efectiva, quando haja, de facto inviabilidade total na prestação, segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, 2.º vol., 1.ª ed. (Reimpressão), AAFDL,1986, p.174.

29 Idem.

contrato ou modificação segundo os juízos de equidade nos termos do preceituado nos artigo 437.º e 438.º do CC. Entretanto, o objecto de análise neste artigo é apenas as situações de *impossibilidade efectiva*[30].

Para efeitos do artigo 790.° do CC. a impossibilidade deve ser superveniente e inimputável ao devedor. No caso em apreço da pandemia, não restam dúvidas que o evento é externo e inimputável às partes.

Adicionalmente, a impossibilidade, para efeitos do art. 790.º, deverá também ser *objectiva*, querendo isto dizer que a impossibilidade é inultrapassável tanto pelo devedor, como por qualquer outra pessoa, dizendo assim respeito à generalidade dos cidadãos. A *impossibilidade subjectiva* só se poderá equiparar à objectiva quando a prestação for infungível[31].

Por último, para se aplicar o art. 790.º do Código Civil, é necessário que a *impossibilidade seja definitiva.* Citando Galvão Telles *apud* Miguel Loura[32]:

> *"(...) se a prestação se impossibilita para sempre, a obrigação extingue-se (art. 790º, n.º 1). Se a prestação se impossibilita transitoriamente, a obrigação fica paralisada ou suspensa enquanto o impedimento subsistir (...)". Demonstrando-se assim que, a quebra total do vínculo contratual apenas poderá ser consequência de uma impossibilidade absoluta e definitiva. Já na impossibilidade temporária, apesar de poder ter os mesmos efeitos, estes apenas prevalecem enquanto a impossibilidade se mantiver. Após a cessação desta é obrigação das partes retomarem o que havia sido acordado, a menos que o credor tenha perdido, de forma justificada, o interesse na prestação.*

Em face do acima exposto, conclui-se que o presente regime jurídico é aplicável às situações de impossibilidade do cumprimento das obrigações decorrentes de eventos de força maior, tal como é o caso da pandemia. Todavia, para a sua aplicação é necessário que todos os pressupostos da impossibilidade, supra referidos, estejam cumulativamente preenchidos.

4.3. Efeitos da Impossibilidade Superveniente

O principal efeito da impossibilidade superveniente é, efectivamente, a extinção da obrigação implicada, entretanto, há que revelar outros efeitos relacionados com o instituto em análise. A impossibilidade superveniente pode

---

30 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit p.*175.

31 MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit,* p. 756.

32 MIGUEL ANDIAS LOURA, *op. cit*, p. 21.

também provocar a simples alteração da obrigação como sucede quando a impossibilidade é parcial, pois, nesse caso, o devedor tem, apenas, de prestar o que for possível nos termos do n.º 1 do artigo 793.º do CC e do n.º 1 do artigo 802.º do CC,[33] embora o credor possa resolver o negócio, quando não tenha interesse no cumprimento parcial da contraprestação nos termos do n.º 2 do artigo 793.º do CC.

Nos casos em que o efeito da impossibilidade é, efectivamente, a extinção da obrigação, o credor perde o direito à prestação debitória e não tem qualquer direito à indemnização pelo não cumprimento da obrigação, nos termos do n.º 1 do artigo 790.º do CC[34], em virtude de ausência de culpa do devedor.

Nos termos do artigo 483.º do CC, o devedor só está vinculado ao pagamento da indeminização quando, com dolo ou mera culpa, falte ao cumprimento da obrigação, contudo se a impossibilidade proceder de um facto do devedor que não lhe é imputável, a obrigação também se extinguirá, portanto caberá ao devedor fazer prova de que não teve culpa sua na impossibilidade, nos termos do artigo 342.º do CC[35], sem prejuízo do disposto no artigo 514.º do Código do Processo Civil[36], que estabelece que não carecem de prova os factos notórios, devendo ser considerados como tal os que são de conhecimento geral, ou seja, ainda assim, devendo ser deduzida a alegação pela parte que dela se aproveita.

Os efeitos da impossibilidade da prestação tornam-se, evidentemente, mais complexos quando a prestação visada esteja incluída em contrato com prestações recíprocas, pois neste tipo contratual quando uma das prestações se torna impossível, a contraparte fica desobrigada pela excepção de não cumprimento, nos termos do n.º 1 do artigo 795.º do CC e se o credor lesado não tiver recebido a contraprestação poderá exigir uma indemnização com fundamento no princípio da proibição do enriquecimento sem causa, nos termos do n.º 1 do artigo 795.º do CC[37].

---

33 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit*, p. 177.

34 MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op.cit,* p. 755.

35 MANUEL TRIGO, *op.cit,* p. 574.

36 Código de Processo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, com as alterações introduzidas por Decreto-Lei n.º 1/2013, de 4 de Julho, Decreto-Lei n.º 1/09, 24 de Abril, Decreto-Lei n.º 1/05, de 7 de Dezembro, Lei n.º 10/02, de 12 de Março, Lei n.º 11/99, de 12 de Julho, Decreto-Lei n.º 35/76, de 19 de Outubro, Portaria n.º 439/74, de 10 de Julho, Portaria n.º 642/73, de 27 de Setembro, Decreto-Lei 323/70, de 11 de Julho, Lei n.º 2 140, de 14 de Março de 1969 e Decreto-Lei n.º 47 690, de 11 de Maio de 1967, Portaria n.º 19 305, de 30 de Julho de 1962.

37 MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op.cit*, p. 756 e MANUEL TRIGO, *op.cit,* p. 574.

5. As Lições da COVID-19 em Moçambique

Conforme referido supra, no momento da eclosão da pandemia, os contratos comerciais eram regulados pelos artigos 477.° a 633.° do Código Comercial de 2005 que não continha um regime jurídico geral aplicável à impossibilidade superveniente decorrente de factos inimputáveis ao devedor. Na parte especial, isto é, regime de cada um dos contratos comercias, o Código Comercial fazia menção às circunstâncias supervenientes que tornavam as obrigações impossíveis ou prejudicavam gravemente a realização do fim contratual, prevendo como efeito a resolução do contrato.

A pandemia veio mostrar que é necessário prestar maior atenção às circunstâncias extraordinárias e supervenientes susceptíveis de impactar negativamente na execução do contrato. Neste âmbito, a prática tem demostrado que presentemente há uma maior cautela na elaboração de contratos comercias, em particular, no que se refere à previsão dos eventos devem ser considerados como força maior assim como na definição dos seus efeitos.

No âmbito das alterações ocorridas em Moçambique, importa salientar a revogação dos artigos 477.° a 633.° do Código Comercial de 2005, e aprovação do Regime dos Contratos Comerciais que, de forma expressa, regula a impossibilidade total e parcial no artigo 114.º e no artigo 115.º trata da força maior. Na elaboração do referido regime, o legislador teve em consideração o regime da impossibilidade previsto nos artigos 790.º e seguintes do CC, podendo em causa a relação entre norma geral e norma especial.

O facto novo trazido por esta legislação é definição geral e abstracta de força maior. O n.º 1 do artigo 115.º refere que "há motivo de força maior, em matéria contratual, quando um evento, fora do controlo do devedor, que não poderia ser razoavelmente previsto no momento da conclusão do contrato, ou cujos efeitos não pudessem ser evitados por meio de medidas apropriadas, impede a execução da obrigação".

No n.º 2 do artigo 115.º, confere às partes a faculdade de estabelecerem cláusulas de força maior nos contratos, podendo prever os eventos que considerem força maior assim como os seus efeitos.

Os artigos supra referidos consubstanciam uma inovação face ao antigo regime dos contratos regulado no código comercial de 2015.

Conclusão

Desde a eclosão da COVID-19 em Moçambique, a vida em sociedade sofreu diversos impactos, e o mundo dos negócios não foi a excepção, ressentindo-se de

diversas formas, o que obrigou a reinvenção, dia após dia, com vista a alcançar as melhores soluções para salvaguardar as relações negociais mantidas, bem como constituir novas relações.

A pandemia da Covid-19 enquadra-se nos casos de força maior, visto que todos os pressupostos desta figura encontram-se presentes. No entanto, a pandemia, *de per si*, não deve ser considerada suficiente para que uma das partes invoque contra a outra parte a existência de força maior e, consequentemente, beneficiar-se dos seus efeitos. É necessária uma avaliação casuística para, em função da natureza de cada contrato, das obrigações acordadas, do comportamento do devedor, do momento da realização da prestação e demais impedimentos existentes na data da realização da prestação, poder-se concluir se a mesma pode ser considerada para esse efeito.

Nas situações em que as partes não tenham previsto cláusulas de força maior, as referidas cláusulas podem ser aplicadas na resolução de conflitos entre as partes no âmbito da impossibilidade de cumprimento das obrigações. Todavia, para esse efeito, é necessário que todos os pressupostos da força maior estejam reunidos, nomeadamente, a exterioridade, imprevisibilidade, inevitabilidade e a causalidade. Nas situações em que tais cláusulas não existem a resolução dos conflitos é feita com base no regime suplectivo, previsto nos artigos 790.° e seguintes do CC, sem prejuízo das partes, no âmbito da autonomia contratual acordam em outros termos.

Por fim, importa referir que a pandemia veio mostrar que é necessário prestar maior atenção às circunstâncias extraordinárias e supervenientes susceptíveis de impactar negativamente na execução do contrato. Neste âmbito, a prática tem demostrado que presentemente há uma maior cautela na elaboração de contratos comercias, em particular, no que se refere à previsão dos eventos devam ser considerados como força maior assim como na definição dos seus efeitos.

Bibliografia

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações,* 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006;

CORDEIRO, Menezes, *Direito das Obrigações,* Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. , 2.º Volume 2, 1ª edição (impressão), 1986;

JUNIOR, Manuel Guilherme, *Regime Jurídico do Estado de Emergência (EE) em Moçambique: o caso do EE declarado devido a COVID-19, Editora Escolar, 2020.*

LOURA, MIGUEL ANDIAS*, A Força Maior em tempos de Pandemia: as Cláusulas de Força Maior nos Contratos de M&A,* 2021,p.17.Tese de Mestrado–

Faculdade Católica Portuguesa. Documento electrónico. Disponível em *https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/37149/1/202970736.pdf*, consultado no dia 05.10.2023, pelas 14h30.

MACIE, Albano, *Lições de Direito Administrativo Moçambicano, vol. II*, 1.ª edição, Escolar Editora, 2018;

OPAS, *Histórico da Pandemia de COVID-19*. Documento electrónico, disponível em *https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19,* consultado no dia 17 de Julho de 2023, pelas 09h27;

PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico,* 3.ª ed, Almedina, Coimbra, 1994;

RUDNIEVA, MARGARYTA, *Cláusula de Força Maior nos Contratos Internacionais de Compra e Venda,* 2018.Tese de Mestrado–Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Documento electrónico. Disponível em *https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/37149/1/202970736.pdf, consul*tado no dia 04.10.2023, pelas 17h40;

TRIGO, Manuel, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014;

VARELA, João Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra;

VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, vol. II, Obrigações, Almedina, Coimbra.

Legislação:

Constituição da República de Moçambique de 2004, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 1/2018, de 12 de Junho;

Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, com as respectivas alterações, aprova o Código de Processo Civil:

Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, com as respectivas alterações, aprova o Código Civil;

Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro, aprova o Código Comercial de 2005, parcialmente alterado pelo Decreto-Lei n.º1/2018, de 4 de Maio, Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril e Decreto-Lei n.º 1/2022, de 25 de Maio;

Decreto-Lei n.º 3/2022, de 25 de Maio, aprova o Regime Jurídico dos Contratos Comerciais;

Lei n.º 1/2020, de 31 de Março, ratifica a declaração do Estado de Emergência, aprovado pelo Decreto n.º 11/2020, de 30 de Março;

Lei n.º 4/2020, de 30 de Abril, ratifica a prorrogação do Estado de Emergência aprovado pelo Decreto Presidencial n.º 12/2020, de 29 de Abril;

Lei n.º 6/2020, de 29 de Maio, ratifica a prorrogação do Estado de Emergência aprovado pelo Decreto Presidencial n.º 14/2020, de 29 de Maio;

Lei n.º 8/2020, de 29 de Junho, ratifica a prorrogação do Estado de

Emergência aprovado pelo Decreto Presidencial n.º Decreto Presidencial n.º 21/2020, de 26 de Junho;

Lei n.º 9/2020, de 7 de Agosto ratifica a prorrogação do Estado de Emergência aprovado pelo Decreto Presidencial n.º Decreto Presidencial n.º Decreto Presidencial n.º 23/2020, de 5 de Agosto;

Lei n.º 2020, de 24 de Agosto, aprova o Regime Jurídico de Gestão e Redução do Risco de Desastres, que compreende a redução do risco, a gestão de desastres, a recuperação sustentável para a construção da resiliência humana, infraestrutural e dos ecossistemas, bem como a adaptação às mudanças climáticas;

Decreto Presidencial n.º 11/2020,declara o Estado de Emergência em todo o território moçambicano, com a duração de 30 dias, com início a partir do dia 1 de Abril de 2020, com as respectivas alterações;

Decreto n.º 12/2020, de 2 de Abril, com algumas alterações introduzidas pelo Decreto n.º 14/2020, de 09 de Abril de 2020, aprova as medidas de execução do Decreto Presidencial n.º 11/2020;

Decreto n.º 79/2020, de 4 de Setembro, declarou o Estado de Calamidade Pública e activou o Alerta Vermelho em Moçambique, com início a partir do dia 7 de Setembro de 2020, por um período indeterminado e sujeito a ajustamentos periódicos;

Resolução n.º 72/2020, de 5 de Agosto referente à comunicação do termo do Estado de Emergência.

A REFORMA JURÍDICA DA LEI DE INSOLVÊNCIA DURANTE E APÓS A PANDEMIA DA COVID-19: UMA PERSPECTIVA DA LEGISLAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DAS PESSOAS SINGULARES NA ZONA ECONÓMICA ESPECIAL DE SHENZHEN E A SUA PRÁTICA

Reforming the Law of Insolvency during and beyond the Covid-19 Pandemic

Ma Zhe
Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: Em resposta à epidemia da COVID-19, muitas jurisdições adoptaram uma série de medidas que se enquadram no âmbito da investigação em matéria de direito da insolvência, e a China, uma das economias mais importantes do mundo, não é excepção. Entre essas medidas, destaca-se o Regulamento de Falências Pessoais da Zona Económica Especial de Shenzhen no exercício do seu poder legislativo local. Perante a ausência de um regime jurídico de falência pessoal a nível nacional, que a maior parte das outras regiões só podia resolver através do poder judicial e em casos específicos, o legislador de Shenzhen respondeu. Teoricamente, essas regras são bastante avançadas, não ficando atrás de legislação sobre falências mais desenvolvidas no direito comparado, e reflectem mesmo uma vantagem de retardatário, sendo inovadoras e localizadas em muitos aspectos. No entanto, se analisarmos a aplicação do regulamento desde a sua promulgação há mais de dois anos, não é difícil constatar que ainda existe uma certa distância entre a prática e a teoria, o que exige que as pessoas aceitem o

sistema moderno de falências com uma atitude mais aberta.

Palavras-chave: Lei da insolvência; pessoas singulares; Shenzhen; exoneração do passivo restante; prática.

Abstract: In response to the COVID-19 epidemic, many jurisdictions have adopted a series of measures that fall within the scope of insolvency law research, and China, one of the world's most important economies, is no exception. Among these measures, the Personal Bankruptcy Regulation of the Shenzhen Special Economic Zone in the exercise of its local legislative power stands out. Faced with the absence of a legal regime for personal bankruptcy at national level, which most other regions could only resolve through the judiciary and in specific cases, the Shenzhen legislator responded. Theoretically, these rules are quite advanced, not lagging behind more developed bankruptcy legislation in comparative law, and even reflect a latecomer's advantage, being innovative and localized in many aspects. However, if we analyze the application of the regulation since its promulgation more than two years ago, it is not difficult to see that there is still a certain distance between practice and theory, which requires people to accept the modern bankruptcy system with a more open attitude.

Keywords: Insolvency Law, natural persons, Shenzhen, discharge of remaining liabilities, practice.

1. Introdução

Em resposta à COVID-19, muitas jurisdições em todo o mundo reformaram as suas leis sobre insolvência. Algumas das medidas adoptadas foram temporárias e outras foram permanentes. Em termos gerais, estas medidas reflectem-se, em particular, nas seguintes áreas: em primeiro lugar, a concepção e aplicação de mecanismos especiais para a saída do mercado das micro e pequenas empresas; em segundo lugar, a aplicação crescente da pré-reestruturação para reduzir o envolvimento dos tribunais nos casos de reestruturação; em terceiro lugar, a maior ênfase nas isenções de dívidas residuais para os devedores individuais, em particular os empresários individuais; etc.[1]. Todas estas medidas reflectiram-se nas medidas de resposta tomadas pela China continental durante a epidemia, sendo um

1 Vide Aurelio Gurrea-Martínez, *The future of insolvency law in a post-pandemic world, in* International Insolvency Review, volume 31, Issue 3, Winter 2022, pp. 385 ss.

exemplo particularmente notável o Regulamento de Falências Pessoais da Zona Económica Especial de Shenzhen (doravante o "Regulamento de Shenzhen" ou "Regulamento"). Com a promulgação e a entrada em vigor do Regulamento em março de 2021, a China continental deu um importante passo na legislação sobre falências de pessoas singulares.

O presente artigo começa por apresentar os antecedentes da promulgação do Regulamento, incluindo a história legislativa da falência de pessoas singulares na China continental e as condições socioeconómicas em Shenzhen. De seguida, apresenta os principais conteúdos do Regulamento, em especial a introdução do mecanismo de isenções de dívidas residuais, que está no centro do moderno sistema de falência pessoal. Por último, passaremos em revista a aplicação do Regulamento desde a sua entrada em vigor há mais de dois anos e reflectiremos sobre os fenómenos nele observados.

2. O Contexto Histórico do Regime de Falência Pessoal na China Continental

Quando a China era uma sociedade tradicional baseada numa economia agrícola de subsistência, sem uma economia de mercado de base bem desenvolvida, não havia necessidade de uma lei de falências e o que prevalecia na altura era a imposição de sanções penais para aqueles que não pagavam as dívidas. No início do século XX, devido ao rápido desenvolvimento do comércio com os países ocidentais, com a organização do Banco Imperial da China em 1897 e a criação do Ministério do Comércio em 1903, a China começou a adoptar legislações mercantis, como, a Lei das Sociedades Comerciais, a Lei de Registo das Sociedades, etc., todos de 1904. Isto preparou o caminho para a promulgação da Lei das Falências em abril de 1906, que nunca foi devidamente aplicada e foi revogada em dezembro de 1907.

Em 1915 e 1926, foram feitas tentativas infrutíferas de reintroduzir leis de falência, seguidas da promulgação da Lei de Falências de 1935, que se afastava dos princípios adoptados na Lei de 1906, que se aplicava apenas aos comerciantes. A Lei de Falências de 1935 dirigia-se principalmente aos comerciantes individuais, mas aplicava-se também às sociedades, civis e comerciais. Inspirada na prática da Europa continental, a lei de 1935 permite pôr termo ao endividamento após a conclusão do processo de falência[2].

Com a fundação da República Popular da China, em 1 de outubro de 1949,

2 Vide Ronald Winston Harmer, *Insolvency Law and Reform in the People's Republic of China, in Fordham Law Review*, volume 64, Issue 6, 1996, p. 2568.

a legislação nacional centrou-se inicialmente no direito privado não patrimonial e, devido à filosofia de economia planificada adoptada na Nova China, não se considerou necessário formular leis económicas e comerciais. Com a introdução da política de reforma e abertura em 1978, que permitiu o investimento estrangeiro na China e incentivou o exercício das actividades empresariais, verificou-se uma mudança de direcção na evolução legislativa, tendo começado a surgir durante este período uma série de leis que regulam o comércio e as trocas comerciais, não sendo a legislação em matéria de falências uma excepção. Em 1986, foi promulgada a Lei das Falências das Sociedades, que se aplicava apenas às empresas estatais e não às pessoas singulares. A lei de 1986 foi seguida pela lei de 2006, que se aplica a mais tipos de entidades jurídicas e não exclusivamente às empresas públicas, como acontecia com a lei de 1986. A lei de 2006 continua a excluir as pessoas singulares e, embora tenham sido efectuados estudos sobre a viabilidade da introdução de um regime de falência pessoal, os progressos têm sido lentos e ainda não existe uma lei nacional que trate da falência pessoal.

No entanto, não há dúvida de que o sobre-endividamento das pessoas singulares é uma questão que suscita grande preocupação na China continental e, nos últimos anos, as pessoas aperceberam-se gradualmente de que a introdução de um sistema de falência pessoal que inclui um mecanismo de isenções de dívidas residuais incentivará o espírito empresarial e o consumo entre os residentes da China, o que é benéfico para a economia em geral[3]. Isto é particularmente importante para os residentes de certas províncias e regiões da China, especialmente ao longo da costa sudeste. Nestas zonas relativamente desenvolvidas do ponto de vista económico, existe um forte desejo e uma tradição bem estabelecida de fazer negócios, e há mais pequenas e médias empresas. Incentivar as pessoas a criarem as suas próprias empresas é naturalmente benéfico para elas enquanto indivíduos e para a economia do país, mas o processo de criação de uma empresa envolve inevitavelmente muitos riscos de fracasso. O mecanismo de isenções de dívidas residuais que protege os empresários em dificuldades financeiras funcionaria como uma rede de segurança e promoveria actividades empresariais inovadoras. Isto explica por que razão nos últimos anos, principalmente em algumas regiões economicamente mais desenvolvidas da China continental, tem havido um maior interesse em introduzir a lei de falência pessoal que inclua um mecanismo de isenções de dívidas residuais.

O sistema judicial chinês tem desempenhado um papel muito importante

3 No que respeita aos benefícios do mecanismo de Exoneração do Passivo Restante, vide Grupo de Trabalho sobre o Tratamento da Insolvência de Pessoas Singulares do Grupo de Trabalho do Banco Mundial sobre Regimes de Insolvência e de Credores/Devedores, "Relatório sobre o tratamento da insolvência de pessoas singulars" (Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons), 2014.

na iniciativa de promover a reforma e a inovação jurídicas. A nível nacional, em outubro de 2018, ao apresentar um relatório ao Comité Permanente do Congresso Nacional do Povo sobre questões relacionadas com as dificuldades nos processos de execução, o Presidente do Supremo Tribunal Popular propôs a criação de um sistema de falência pessoal[4]. Em fevereiro do ano seguinte, a promoção da criação de um sistema de falência pessoal foi incluída no plano de reforma do sistema judicial do Supremo Tribunal Popular[5]. A nível local, em muitas regiões da China, especialmente nas que se situam ao longo da costa sudeste, onde a economia privada está bem desenvolvida e o crédito privado é mais prevalecente, os tribunais responderam ao apelo do Supremo Tribunal Popular, promovendo a prática da resolução de litígios relativos a dívidas pessoais de forma mais económica e eficiente[6]. Estas práticas são inovadoras no sentido em que podem, em certa medida, preencher o vazio deixado pela legislação, dando aos devedores "honestos mas sem sorte" uma oportunidade de vida nova e incentivando a inovação, o espírito empresarial e o consumo.

No entanto, é evidente que não é uma solução permanente a intervenção dos tribunais a todos os níveis para resolver o problema do sobre-endividamento das pessoas singulares. Os tribunais não têm, obviamente, autoridade legislativa, sendo duvidoso que exista uma base jurídica suficiente para a sua prática. A diversidade de práticas nas diferentes regiões pode também encorajar os devedores e os credores a recorrerem aos tribunais que lhes são mais favoráveis, o que conduz à confusão e à injustiça.

Neste contexto, não é difícil compreender por que razão é louvável a iniciativa tomada pelo legislador de Shenzhen para resolver as questões acima referidas, adoptando legislação local sobre falência pessoal.

3. Antecedentes e Conteúdos do Regulamento de Shenzhen

Shenzhen é uma cidade que desempenhou e continua a desempenhar um papel importante no processo de desenvolvimento económico na China, tendo sido criada em 1979 e tornando-se a primeira Zona Económica Especial da China

---

4 https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-125121.html (última visita em 24 de outobro de 2023).

5 https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-144202.html (última visita em 24 de outobro de 2023).

6 Vide Huifen Yin, *Practice, Approaches and Future Trends in the Personal Bankruptcy System in* China, in International Insolvency Review, volume 31, Issue 3, 2022, p. 477; Daniel A. Austin & Cheng-to Lin, *Personal Bankruptcy in the Middle Kingdom: China's Local Pilot Programs and Half a Bankruptcy System*, in The American Bankruptcy Law Journal, volume 95, Issue 1, 2021, p. 92.

em 1980.

A fim de facilitar o desenvolvimento das zonas económicas especiais cuja experiência beneficiaria o resto da China, o Congresso Nacional do Povo e o seu Comité Permanente concederam-lhes poderes legislativos, logo em 1981, para promulgar leis e regulamentos a aplicar apenas nas zonas. Mais especificamente, em 1 de julho de 1992, o Comité Permanente do Congresso Nacional do Povo adoptou a "Decisão para Autorizar o Congresso Popular Municipal de Shenzhen e o seu Comité Permanente e o Governo Popular Municipal de Shenzhen a formular leis e regulamentos a aplicar na Zona Económica Especial de Shenzhen", com vista a fazer de Shenzhen um "campo de experimentação" e um modelo para a introdução de legislação nacional. A primeira exploração de Shenzhen da legislação em matéria de falências para todo o país teve lugar neste contexto: em 1993, Shenzhen assumiu a liderança na formulação dos regulamentos relativos à falência de sociedades, acumulando experiências para a legislação nacional que foi posteriormente promulgada em 2006.

Depois disso, Shenzhen não parou de explorar a legislação em matéria de falências para todo o país. Em particular, após mais de 40 anos de desenvolvimento, Shenzhen passou de uma cidade fronteiriça atrasada a uma metrópole internacional moderna, com um PIB superior a 1,63 biliões de yuans na primeira metade de 2023; em agosto de 2019, o Comité Central do Partido Comunista da China e o Conselho de Estado emitiram pareceres sobre o apoio a Shenzhen para a construção de uma zona de demonstração avançada do socialismo com características chinesas, que mais uma vez ofereceram a Shenzhen uma grande oportunidade e uma missão[7]. Este foi também o período em que os tribunais de todo o país começaram a explorar activamente as práticas de falência pessoal, permitindo a Shenzhen assumir a liderança na aprovação de legislação sobre falência pessoal.

Em 2020, o Comité Permanente do Congresso Popular Municipal de Shenzhen incluiu a promulgação de um regulamento sobre falências pessoais no seu programa legislativo anual, no exercício do seu mandato de se tornar uma região modelo do socialismo com características chinesas. O processo de promulgação do regulamento foi rápido: o processo legislativo teve início em 2020 e, após várias consultas e deliberações internas e externas, o regulamento foi adoptado em agosto desse ano e entrou em vigor em março de 2021[8].

O Regulamento de Shenzhen é composto por 13 capítulos e 173 artigos. O

---

7 https://www.sz.gov.cn/en_szgov/aboutsz/profile/content/post_10869944.html (última visita em 24 de Outubro de 2023)

8 A versão inglesa do Regulamento de Shenzhen está disponível em: http://sf.sz.gov.cn/ztzl/yhyshj/yhyshjzcwjywyb/content/post_9483678.html (última visita em 24 de Outubro de 2023).

Capítulo I estabelece as disposições gerais e declara, no artigo 1.º, que o objectivo do Regulamento é uniformizar os procedimentos de falência pessoal, equilibrando razoavelmente os direitos e obrigações dos devedores, credores e outras partes interessadas, e promover a revitalização económica dos devedores insolventes que melhorará o sistema económico de mercado socialista. O artigo 2.º prevê que as pessoas singulares domiciliadas na Zona Económica Especial de Shenzhen que não possam pagar as suas dívidas podem requerer a liquidação, a reorganização ou a reconciliação. O artigo 3.º estabelece os princípios a seguir em tais processos.

O conteúdo principal do Regulamento pode ser resumido da seguinte forma:
Capítulo I Disposições gerais
Capítulo II Aplicação e aceitação
Capítulo III Património do devedor
Capítulo IV Declaração dos direitos do credor
Capítulo V Encargos da insolvência e dívida de prestações comuns
Capítulo VI Assembleia de credores
Capítulo VII Liquidação
Secção 1 Declaração de insolvência
Secção 2 Distribuição dos bens
Secção 3 Inspeção da Exoneração do Passivo Restante
Capítulo VIII Reorganização
Capítulo IX Concordata
Capítulo X Procedimento sumário
Capítulo XI Gestão dos assuntos da insolvência
Capítulo XII Responsabilidade jurídica
Capítulo XIII Disposições complementares

De referir que o Regulamento de Shenzhen reconhece o mecanismo central da moderna legislação sobre insolvência pessoal - a exoneração de dívidas residuais. O artigo 4.º do Regulamento prevê que "um devedor pessoa singular será exonerado das suas dívidas não liquidadas, de acordo com este regulamento, após liquidação, reorganização ou reconciliação da falência". Especificamente, a forma como as dívidas de um devedor são aliviadas num processo de reorganização ou reconciliação depende em grande parte do conteúdo do plano de reorganização e do acordo de reconciliação, pelo que o regulamento estabelece alguns dos requisitos e limitações à aplicação da exoneração, principalmente no seu capítulo sobre a liquidação, na secção III, artigos 95.º a 105.º.

Existe um período de três anos (que pode ser alargado ou encurtado) a partir da data da declaração de falência, durante o qual há uma investigação para a isenção (artigo 95.º).[9] Durante esse período, o devedor deve declarar informações

9 Fuyong Ou & Xiaoxiao Zhang, *An Anatomy of the First Personal Bankruptcy Legislation*

sobre os seus rendimentos pessoais, despesas e situação patrimonial (artigo 99.º) e deve continuar a cumprir as obrigações que o tribunal lhe impôs para garantir que efectua os pagamentos necessários e se abstém de fazer o que é proibido (artigo 95.º). A isenção não se aplica a certas dívidas, tais como a indemnização por danos ou prejuízos causados a uma vítima e o pagamento de impostos (artigo 97.º) e em certas circunstâncias, tais como quando o património do devedor for significativamente diminuído por gastos excessivos, por exemplo, em jogos de azar, ou quando o devedor ocultar deliberadamente os seus bens para não serem descobertos (artigo 98.º).

No termo do período de investigação para a isenção, o devedor pode requerer ao tribunal a isenção das suas dívidas não liquidadas (artigo 100.º) e o administrador de falência que supervisiona o processo pode investigar se essas dívidas não são perdoáveis, em consulta com os credores, e comunicar o seu parecer ao tribunal (artigo 101.º). Quando o tribunal isenta as dívidas não liquidadas do devedor, essa isenção aplica-se a todos os credores (artigo 102.º). Uma isenção obtida por fraude pode ser anulada (artigo 103.º)[10]. Se não tiver sido concedida qualquer isenção ou se a isenção tiver sido revogada, o direito dos credores de cobrarem as dívidas reaparece (artigo 105.º).

Resumindo, o Regulamentos de Shenzhen baseia-se num estudo aprofundado da prática prevalecente noutras jurisdições, que responde a muitas das preocupações manifestadas noutros locais e, nalguns casos, inova à luz das circunstâncias reais chinesas e locais[11]. Em especial, a adopção do mecanismo de isenção de dívidas residuais pelo Regulamento está em conformidade com a tendência de desenvolvimento da legislação moderna em matéria de falências e com as necessidades reais do desenvolvimento social e económico da região. Simultaneamente, a fim de evitar abusos do mecanismo acima referido, o Regulamento concebe igualmente regras estritas para a sua aplicação, a fim de equilibrar os interesses dos credores e dos devedores. Estas regras estão geralmente em conformidade com as regras adoptadas em sistemas de falência bem desenvolvidos e são inovadoras em alguns aspectos, respondendo à realidade chinesa e regional. De um modo geral, tanto os teóricos como os praticantes do

---

in China, *in* American Bankruptcy Law Journal, Volume 96, Issue 3, 2022, p. 616; Huifen Yin, *Practice, Approaches and Future Trends in the Personal Bankruptcy System in* China, *in* International Insolvency Review, volume 31, Issue 3, 2022, p. 486.

10 Huifen Yin, *Practice, Approaches and Future Trends in the Personal Bankruptcy System in* China, *in* International Insolvency Review, Volume 31, Issue 3, 2022, p. 487.

11 Rebecca Parry, Haizheng Zhang & Jiahui Fu, *Personal Insolvency in China: Necessities, Diffifficulties, and Possibilities*, *in* Brooklyn Journal of International Law, volume 46, Issue 2, 2021, p. 566; Pingyao Xie, *Chinese Personal Bankruptcy Regulation: The Shenzhen Experience, in* International Insolvency Review, volume 30, Issue 3, 2021, p. 410.

direito têm uma opinião positiva sobre o Regulamento de Shenzhen e consideram-no um documento louvável.

4. Práticas do Regulamento de Shenzhen Desde a Sua Promulgação

Desde a entrada em vigor do Regulamento em março de 2021, a autoridade judicial de Shenzhen acumularam uma vasta experiência na prática judicial. Até ao final de setembro de 2023, o Tribunal Popular Intermédio de Shenzhen recebeu um total acumulado de 2,124 pedidos de falência pessoal e apresentou 674 processos em conformidade com a lei, dos quais 189 deram formalmente entrada em processos de falência e 117 foram concluídos, abrangendo os três procedimentos de liquidação, reorganização e reconciliação[12]. Estas ricas amostras de prática judicial servem de referência para a promoção aprofundada da reforma-piloto do sistema de falência pessoal, tendo também transmitido conceitos positivos à sociedade, tais como incentivar o espírito empresarial e tolerar o insucesso, etc.

Vejamos algumas histórias pessoais de falência em Shenzhen. Em 2018, com 35 anos de idade, Sr. Liang Wenjin decidiu criar a sua própria empresa, mas acabou por perder repetidamente nos dois ou três anos seguintes. À medida que ia contraindo mais dívidas, chegou a um ponto em que não conseguiu pagá-las. Em 10 de março de 2021, Sr. Liang apresentou um pedido de falência pessoal ao Tribunal Popular Intermédio de Shenzhen, que foi aceite em 11 de maio do mesmo ano. Tornou-se, assim, o primeiro devedor a dar início a um processo de falência pessoal na sua qualidade de pessoa singular, dois meses após a aplicação-piloto do Regulamento de Shenzhen. O tribunal verificou que Sr. Liang declarou dívidas pessoais de cerca de 750 000 RMB. Uma vez que Sr. Liang trabalhou para um empregador após o insucesso da sua actividade e tinha um rendimento estável e uma forte vontade de pagar as dívidas, o tribunal concordou em aplicar os procedimentos de reorganização da falência e aprovou o plano de reorganização acordado entre Sr. Liang e os seus credores. De acordo com o plano de reorganização, Sr. Liang só precisava de reembolsar o montante principal do empréstimo (cerca de 665 000 RMB) em prestações no prazo de três anos, ficando os credores isentos do resto dos juros e das taxas de atraso de pagamento (cerca de 85 000 RMB). No final, Sr. Liang concluiu o plano 15 meses antes do

12 Vide o Circular sobre a promoção e o aproveitamento das iniciativas inovadoras e das experiências típicas dos projectos-piloto de reforma global de Shenzhen, emitida conjuntamente por sete ministérios e comissões da China, incluindo a Comissão Nacional de Desenvolvimento e Reforma, o Ministério da Ciência e Tecnologia, o Ministério da Justiça, o Ministério dos Recursos Naturais, o Banco Popular da China, a Comissão Reguladora dos Valores Mobiliários da China e o Instituto Estatal da Propriedade Intelectual, em 16 de novembro de 2023.

prazo acordado. Em 20 de junho de 2023, o Presidente do Tribunal de Falências do Tribunal Intermédio de Shenzhen entregou pessoalmente uma decisão civil a Sr. Liang, anunciando que o processo estava concluído e que as suas dívidas pendentes tinham sido perdoadas nos termos da lei. Quando entrevistado pelos meios de comunicação social, Sr. Liang agradeceu ao sistema de falência pessoal por lhe ter dado uma oportunidade de "renascimento". A partir do dia em que lhe foi concedida a falência, ficou livre do alarme constante das chamadas e das mensagens de texto de cobrança de dívidas e pôde voltar ao trabalho com uma carga mais leve, o que o ajudou a saldar as suas dívidas, a restaurar o seu crédito e a recuperar a confiança na criação de uma vida melhor[13].

Há também algumas histórias menos agradáveis. Por exemplo, no segundo processo de falência individual em Shenzhen, o devedor, Sr. Li Hai, relatou que tinha iniciado uma empresa de fabrico e venda de projectores em 2017, investindo milhões de yuan, mas as suas vendas em vários sítios de comércio eletrónico tiveram dificuldade em acompanhar o aumento dos custos de produção. Depois, a pandemia de COVID-19 atingiu-o em 2020, devastando a empresa. O Sr. Li declarou ter uma dívida de mais de 3,6 milhões de yuan, um património insignificante de apenas alguns milhares de yuan e nenhum rendimento fixo. Em 11 de maio de 2021, o caso do Sr. Li foi aceite como um processo normal de liquidação, o que significa que o devedor tinha a possibilidade de ver a dívida remanescente perdoada após a liquidação, mas o caso foi logo inexplicavelmente convertido num processo de concordata, que exigia a aprovação de todos os credores para que o Sr. Li obtivesse alívio. A 9 de setembro de 2021, o processo foi encerrado porque quatro dos seus doze credores (que detinham cerca de um terço da dívida pendente do Sr. Li) se terem recusado a aceitar o acordo[14].

Fazendo um apanhado das dezenas de processos para os quais existem informações disponíveis, lamentamos constatar que não são poucos os devedores que têm experiências semelhantes às ou mesmo piores que do Sr. Li. Em primeiro lugar, como já podemos ver nos números mencionados anteriormente, apenas uma percentagem relativamente baixa de casos é aceite em comparação com os pedidos de abertura de processos e, dos casos aceites, apenas uma percentagem relativamente baixa resulta na aliviação final do devedor. Em segundo lugar, quer do ponto de vista lógico, histórico ou funcional, a liquidação deveria ter

13 (2021) Yue 03 Po 230 Hao (Ge 1) Zhi Er ((2021) 粵 03 破 230 號 (個 1) 之二) [(2021) Guangdong 03 Bankr. No. 230 (Pers. 1) Pt. Two], (Shenzhen Interm. Ct. July 16, 2021) (China); (2023) Yue 03 Po Shen 344 Hao (Ge Mian 1) ((2023) 粵 03 破申 344 號 (個 免 1)) [(2023) Guangdong 03 Bankr. Application No. 344 (Pers. Exemption 1)], (Shenzhen Ct. App. June 16, 2023) (China).

14 (2021) Yue 03 Po 231 Hao (Ge 2) (（2021）粵03破231號（個2）) [(2021) Guangdong 03 Bankr. No. 231 (Pers. 2)].

sido o principal procedimento de insolvência. No entanto, a prática em Shenzhen surpreende-nos ao constatar que a proporção de aplicação de reorganização e de concordata é relativamente elevada, o que implica que os credores gozam de um grande poder de decisão no processo. Enquanto um credor não concordar com o plano de perdão de parte das dívidas do devedor, este perderá a oportunidade de "renascer". Isto explica o facto de termos verificado que o regime de exoneração da dívida residual foi aplicado apenas a uma percentagem muito reduzida dos casos de falência tratados. Em terceiro lugar, a grande maioria dos casos de insolvência tratados pelo tribunal de Shenzhen são contra empresários comerciais (o que parece compreensível dada a situação económica de Shenzhen), e quase nunca se aplica este novo sistema aos consumidores.[15] Como se vê, há ainda uma certa distância entre esta legislação ideal e a realidade da prática, e temos ainda um longo caminho a percorrer.

15 Vide Jason J. Kilborn, *Law in Books Versus Law in Action in the Landmark Shenzhen, China, Personal Bankruptcy Regime, in* Emory Bankruptcy Developments Journal, Volume 40, Issue 1, 2024, pp. 35-67.

PANDEMIAS E DIREITO INTERNACIONAL: AS OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS E AS COMPETÊNCIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE*

Pandemics and International Law: The Obligations of States and the Competencies of the World Health Organization

Paulo Canelas de Castro
Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: Há quase quatro anos dificilmente se poderia antever a devastação causada pelo surto de Covid-19, que custou milhões de vidas e ameaçou redundar no colapso dos sistemas de saúde e económicos um pouco por todo o mundo, com muitos sacrifícios sociais. Também o sentimento de rigor e adequação de ordenamentos jurídicos, bem como a robustez do estado de direito, saíram abalados. Para apenas mencionar alguns exemplos de vítimas reais ou putativas da pandemia no quadro jurídico-internacional, aquando do surto ou até com efeitos protraídos para lá da sua ocorrência, mencionem-se alguns dos bens públicos internacionais mais destacados do mundo que emergiu da II Guerra Mundial e do seu direito,

* O presente texto segue, com proximidade, a comunicação proferida no quadro da "Décima Terceira Conferência Internacional sobre as Reformas Legais de Macau no Contexto Jurídico. Quatro Anos Depois: Perguntas e Respostas Durante e Após a Pandemia COVID-19", organizada pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau e realizada em Macau nos dias 26 e 27 de Outubro de 2023.

como o comércio, os direitos humanos, a circulação de pessoas, a aviação civil, até a integração regional na Europa. E, contudo, as pandemias, algumas bem mortíferas, são fenómeno recorrente, parte integrante da história da humanidade, e certamente uma probabilidade acrescida na era da globalização. Por muito que mal se sofra agora ter de passar de novo por experiência semelhante, a ocorrência de uma nova pandemia viral permanece uma possibilidade, um risco latente - recordando-nos que, como alerta Ulrich Beck, efetivamente vivemos em tempos e sociedades de risco.

A pandemia do "coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2" (sars-CoV-2) colocou problemas sem precedentes à maioria dos regimes políticos, institucionais e jurídicos, tanto no plano nacional como internacional, cujas caracterização, avaliação e resposta permanecem ainda inacabadas ou por fazer. No quadro do direito internacional, parece-nos em especial oportuno proceder à caracterização e avaliação, essencialmente retrospetiva, de quais são os instrumentos normativos aplicáveis a problemas do mesmo tipo daqueles que a experiência da pandemia permitiu identificar, quais as regras do direito internacional que abordam, direta ou indiretamente, a prevenção e a resposta a uma epidemia, quais as obrigações internacionais que este sistema de regras impõe aos Estados, bem como se figura a articulação destas com as atribuições, as competências e os poderes desse outro ator, crescentemente relevante nas relações internacionais contemporâneas, que é a Organização Internacional, no caso a Organização Mundial de Saúde.

Palavras-chave: Cooperação; Covid-19; diligência devida; direito internacional; direito internacional das catástrofes; direito internacional dos direitos humanos; emergência de saúde pública; Estados; mitigação; não dano; Organização Mundial de Saúde; pandemia; prevenção; recomendações temporárias; Regulamento Sanitário Internacional.

Abstract: Almost four years ago, it was hard to foresee the devastation caused by the Covid-19 outbreak, which has cost millions of lives and threatened to lead to the collapse of health and economic systems around the world, with many social sacrifices. The sense of rigor and adequacy of legal systems and the robustness of the rule of law have also been shaken. Just to mention a few examples of real or putative victims of the pandemic in the international legal framework, at the time of the outbreak or even with effects that intervened after its occurrence, mention should be made of some of the most prominent international public goods in the world that emerged from World War II and its law, such as trade, human rights, the movement of people, civil aviation, even regional integration in Europe. And yet pandemics, some of them very deadly, are a recurring phenomenon, an integral part of human history, and certainly an increased probability in the age of globalization.

However much it may hurt to have to go through a similar experience again, the occurrence of a new viral pandemic remains a possibility, a latent risk - reminding us that, as Ulrich Beck warns, we do indeed live in risky times and risk societies.

The "severe acute respiratory syndrome coronavirus 2" (sars-CoV-2) pandemic has posed unprecedented problems for most political, institutional and legal regimes, both nationally and internationally, whose characterization, assessment and response remain unfinished or undone. Within the framework of international law, it seems particularly appropriate to characterize and evaluate, essentially retrospectively, which normative instruments are applicable to problems of the same type as those that the experience of the pandemic has allowed us to identify, which rules of international law address, directly or indirectly, the prevention of and response to an epidemic, which international obligations this system of rules imposes on states, as well as how these obligations are articulated with the attributions, competencies and powers of that other increasingly relevant actor in contemporary international relations which is the International Organization, in this case, the World Health Organization.

Keywords: Cooperation; Covid-19; due diligence; international disaster law; International Health Regulations; international human rights law; international law; mitigation; no harm; pandemics; prevention; public health emergency; States; temporary recommendations; World Health Organization.

Introdução

A experiência da Covid-19 e da gestão da pandemia tem constituído oportunidade para recolher lições valiosas sobre como a comunidade internacional e o direito internacional devem lidar com riscos ou problemas reais de saúde pública à escala planetária, problemas de natureza pandémica.

I. Conceitos Fundamentais

1. Pandemia

Mas o que é, afinal, uma pandemia? Recorrendo a técnica comum de abordagem de problemas no plano internacional, a que, desde logo, as suas instâncias adjudicativas, como o Tribunal Internacional de Justiça, se não furtam[1],

1 Sobre a questão, em geral, Phillip A. Rubin, "War of the Words: How Courts can Use Dictionaries in Accordance with Textualist Principles", *Duke Law Journal*, 2010, Vol. 60:16, pp. 167-206;

e que passa por recolher indicações fundamentadas em dicionários de referência[2], verificamos que a palavra reenvia para conceitos de totalidade (*pan*) e de povo (*demos*). Estes mesmos instrumentos de apoio à caracterização do problema dizem, pois, que epidemia é uma doença infecciosa que se transmite e espalha em larga escala, por vários continentes ou mesmo o mundo. O termo "pandemia" diz, pois, respeito à distribuição geográfica de uma doença, que não à sua gravidade. A designação implica o reconhecimento de que, nesse momento, e durante o período prévio à sua erradicação, existem surtos de doença em vários Estados e regiões do mundo. Associam-se-lhe ainda ideias de perturbação dos sistemas de saúde, e que a essa doença se ligam alta morbilidade e alta mortalidade, o que causa séria perturbação das economias e das sociedades, ou ainda que situações desta natureza requerem uma colaboração eficaz, tanto num plano nacional como a nível global, para controlo da mesma[3].

2. Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional

A este conceito outro se liga, que reenvia ainda para o plano factual, mas agora também o plano normativo: o conceito de "*emergência de saúde pública de âmbito internacional*". De acordo com a definição do artigo 1.º do Regulamento de Saúde Internacional de 2005 (doravante: RSI)[4], é esta uma "*ocorrência extraordinária que (,,,) esta constitui risco para a saúde pública noutros Estados em virtude do risco de disseminação internacional de doenças e requer uma resposta internacional coordenada*"[5]. A definição de emergência de saúde pública de âmbito internacional (doravante: ESPAI) constante do artigo 1.º do RSI centra-se no carácter extraordinário do acontecimento, no risco de propagação internacional da doença, e na necessidade de uma resposta internacional coordenada. A definição é geral e flexível, embora também, de

---

e a utilização em outras instâncias adjudicativas internacionais, Isabelle Van Damme, "On 'Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding'—A Reply to Professor Chang-Fa Lo", *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, Vol. 2, n.º 1, pp. 231–239.

2 Cfr. Miquel Porta, *Dictionary of Epidemiology* (6 ed.), Oxford, 2016, Oxford University Press; também https://www.oed.com/dictionary/pandemic_adj, ou, ainda, https://dictionary.cambridge.org/dictionary/ english/pandemic .

3 *Vide v.g.*, Claudio Grossman, "Pandemics and International Law", *American University International Law Review*, 2021, vol. 36, p. 971.

4 Regulamento Sanitário Internacional (RSI), de 2005, no texto emendado pela terceira revisão de 2016, WHO, *International health regulations* (*2005*), 3ª. ed., Paris, 2016, WHO ou *UNTS*, vol. 2509.

5 Cfr. *UNTS*, vol. 2509, p. 79 [tradução nossa. Assim faremos também com alguns outros instrumentos internacionais que subsequentemente evocaremos].

certa forma, indeterminada. Justifica-o o propósito de permitir a adaptação a uma gama imprevisível de acontecimentos e contextos factuais específicos[6]. A base jurídica para a determinação de uma ESPAI é o artigo 12.º da Constituição da Organização Mundial de Saúde (doravante: OMS). O procedimento a seguir para a sua declaração e a publicação de recomendações temporárias, previstas no artigo 15.º do RSI, é regulado pelo artigo 49.º do RSI, sendo que o Estado em cujo território se verificou a "ocorrência" ou surto tem de ser envolvido no mesmo e consultado, de acordo com o estatuído no artigo 12.º, n.º 2 do RSI.

II. O Problema da Pandemia para o Direito Internacional

1. Evocação Histórica de Momentos Salientes no Decurso da Pandemia Covid-19

Em 31 de dezembro de 2019, a OMS foi alertada para a ocorrência de vários casos de pneumonia de etiologia desconhecida, detetados na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China[7].

Na origem estava um novo tipo de coronavírus, um coronavírus que não havia sido identificado antes em seres humanos. Os coronavírus estão espalhados pelo planeta. Eles são a segunda principal causa de constipação comum (após os rinovírus) e, até às últimas décadas, raramente causavam doenças graves em seres humanos. Mais recentemente, contudo, sete coronavírus humanos (HcoVs) causaram apreensão de um ponto de vista de saúde global, tendo sido objeto de identificação pela OMS: HCoV-229E, HcoV-OC43, HcoV-NL63, HcoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa a síndrome respiratória do Médio Oriente). O mais recente é justamente o novo coronavírus, que, no início, foi temporariamente designado 2019-nCoV[8], e

---

6 O artigo 5.º, n.º 2 do RSI prevê a possibilidade de diferenciação nas exigências normativas que estatui, nomeadamente através da prorrogação dos prazos para o cumprimento de obrigações no caso de Estados mais frágeis. Sobre o assunto, Pedro Villareal, "Differential Treatment in the International Health Regulations: towards a more nuanced perspective", *in* Florian Steger *et al*. (eds.), *Migration and Medicine*, Freiburg, 2020, Karl Alber, pp. 157-171.

7 Sob o título '*Disease outbreak news: Pneumonia of unknown cause – China, 5 January 2020*', consta do sítio '*web*' da OMS que "*A 31 de Dezembro de 2019, o Gabinete da China da OMS foi informado de casos de pneumonia de etiologia desconhecida (causa desconhecida) detetados na Cidade de Wuhan, Província de Hubei, da China*" [tradução nossa].

8 *Vide* declaração do Diretor-Geral da OMS no Comité de Emergência do RSI sobre o novo coronavírus (2019-nCoV) *in* https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/en/ .

que, em 11 de fevereiro de 2020, passou a ser denominado SARS-CoV-2[9]. Este novo coronavírus é responsável por causar a doença Covid-19.

Foi esta doença que o Diretor-Geral da OMS após consulta de Comité de Emergências, no dia 30 de janeiro de 2020, em Genebra, na Suíça[10], fazendo uso de sua competência[11], declarou como ESPAI, o mais alto nível de alerta da Organização, de acordo com o que o RSI prevê.

Essa decisão, nos termos também do previsto no RSI, buscou facilitar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global necessárias para interromper a propagação do vírus. Para o efeito, a OMS adotou recomendações temporárias[12], incluindo medidas de saúde a serem implementadas pelo Estado Parte onde ocorre a ESPAI – ou por outros Estados Partes, conforme a situação – para prevenir ou reduzir a propagação mundial de doenças e evitar perturbações desnecessárias do comércio e do tráfego internacionais. Essas recomendações temporárias visam prevenir ou reduzir a propagação internacional da doença e evitar interferências desnecessárias no tráfego internacional [13] [14].

Mais amplamente, desde que foi informada do surto, a OMS trabalhou com as autoridades Chinesas e demais autoridades sanitárias nacionais e especialistas globais para aprender mais sobre o vírus, como ele afeta as pessoas que estão doentes, como estas podem ser tratadas e o que os Estados podem empreender

---

9 WHO, "*Naming the coronavirus disease (COVID-19) and the virus that causes it*", *in* https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-corona virus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it.

10 Cfr. https://www.paho.org/pt/news/31-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-corronavirus

11 A responsabilidade de determinar se uma ocorrência constitui uma ESPAI cabe ao Diretor-Geral da OMS (a base jurídica é o artigo 15.º do RSI e requer a convocação de um comité de especialistas, chamado "*Comité de Emergências do RSI*". O procedimento a seguir está regulado no artigo 49.º do RSI.

12 De acordo com o procedimento definido pelo artigo 49.º do RSI, esse Comité dá um parecer ao Diretor-Geral sobre as medidas que recomenda que sejam promulgadas em situação de emergência: são as "*recomendações temporárias*" (artigo 15.º).

13 As recomendações temporárias feitas pelo Diretor-Geral da OMS aos Estados membros da OMS foram emitidas regularmente desde a declaração da ESPAI, a 30 de janeiro de 2020. Anne Peters, "International Law between Covid-19 and the next Pandemic", *Max-Planck Institute for Comparative Law & International Law (MPIL) Research Paper* Nº. 2022-18, p. 5, afirma que essa regularidade foi de "*intervalos de, aproximadamente, 3 meses*". Versaram, *inter alia*, sobre estratégias estaduais de resposta, comunicações estaduais, movimento internacional de pessoas e de bens.

14 *Vide*, por exemplo, https://www.who.int/News/item/13-04-2022-statement-on-the-eleventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic .

para responder a esta emergência.

Já a identificação da Covid-19 como pandemia ocorreu por declaração da OMS a 11 de março de 2020[15]. Também foi o Diretor-Geral da OMS que deu a ESPAI da Covid-19 por terminada, a 5 de maio de 2023, embora a doença continue a circular e, com ela, a pandemia[16].

2. Outras Pandemias e o Problema de Gestão de Riscos Relevado pelo Direito Internacional

A epidemia Covid-19 não é a primeira com que que a Humanidade se confrontou, e, com certeza, não será a última. Sem preocupações de exaustividade, perduram na memória coletiva: a praga ou peste negra, do século XIV; a gripe espanhola, de 1918; a síndroma de imuno-deficiência adquirida HIV/AIDS, de 2009; a gripe H1N1.

De igual sorte, é a sexta vez na história da Humanidade que uma ESPAI é declarada. As outras instâncias de ESPAIs precedentes foram: a pandemia de H1N1, declarada a 25 de abril de 2009; o poliovírus, declarado a 5 de maio de 2014; o Ébola, na África Ocidental, declarado a 8 de agosto de 2014; o Zika, declarado a 1 de fevereiro de 2016; o Ébola, outra vez, desta feita na República Democrática do Congo, declarado a 18 de maio de 2018[17].

A epidemia Covid-19 deve, ademais, ser apreendida como expressão do nosso tempo de globalização[18] (não só globalização económica, como mais

---

15 World Health Organization, *WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard*. World Health Organization; 2023. https://covid19.who.int/ .

16 Cfr. Pedro A. Villareal, "*We're In This for the Long Haul": The End of the Public Health Emergency of International Concern Due to Covid-19*", EJIL: Talk!, de 8 de maio de 2023.

17 Cfr: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19. *Vide* ainda Pan American Health Organization, 'Covid-19. Glossary: Outbreaks and Epidemics' (2020) <https://www.paho.org/en/ documents/ covid-19-glossary-outbreaks-and-epidemics-resource-journalists-and-communicators>.

18 Sobre o conceito de globalização, polissémico conteúdo e relevância, em especial para o ordenamento jurídico internacional, permita-se-nos a remissão para: Paulo Canelas de Castro, "Globalisation and its Impact on International Law: Towards an International Rule of Law?", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, vol. 20, 2006, pp. 223-282; "Globalização e Direito Internacional: Recurso ao Estado de Direito nas Relações Internacionais?", *in* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, pp. 759-824; "Direito Internacional na Era da Globalização: mudanças de paradigmas no sistema internacional e na ordem jurídica internacional", *in* Ana Cláudia Nascimento Gomes, Bruno Albergaria, Mariana Rodrigues Canotilho (eds.), *Direito Constitucional. Diálogos em Homenagem ao 80º Aniversário*

habitualmente se representa a globalização, mas também globalização "sanitária", de vírus, por exemplo, e dos muitos riscos que num tal contexto impendem sobre a Humanidade[19]. Juntando-se a esta compreensão a de que, em conformidade com o pensamento de Ulrich Beck, explanado no seu livro *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, na língua original[20], ou *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*, na língua Portuguesa[21], as sociedades contemporâneas são sociedades de risco, ou seja, comunidades marcadas por imprevisibilidade e incertezas[22], percebe-se a natureza complexa das questões associadas à doença.

Todas estas notas colocam a questão fundamental da gestão do risco. Tal também significa que um fenómeno com tais caraterísticas interpela o direito internacional[23], se não mesmo o direito da mais plural comunidade internacional global, o que alguns designam o "direito global"[24].

---

de J.J. Gomes Canotilho, Belo Horizonte, 2021, Forum, pp. 927-1004; "The *Dramatis Personae* of International Law in the Era of Globalisation", *in* Julien Chaisse e Oana Stefan (eds.) *Advancing the Method and Practice of Transnational Law*, Hart, 2023, pp.19-56.

19 Sugestivamente, Anne Peters chama-lhe "*o epítome dos lados negros da globalização*". Cfr. A. Peters, "International Law between Covid-19 and the next Pandemic", *Max-Planck Institute for Comparative Law & International Law (MPIL) Research Paper* N. 2022-18, pp. 1-2.

20 Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne,* 25ª. edição, 2022, Surkamp Verlag.

21 Ulrich Beck, *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*, 2ª. edição, 2013, Editora 34.

22 Na teoria de Beck, a sociedade do risco é aquela em que os constantes avanços tecnológicos, científicos e económicos proporcionam um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, mas também impactos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos sujeitos.

23 Direito internacional cujas fundações históricas, lembra-o também Anne Peters, *idem*, p. 2, estão indissociavelmente ligadas à globalização e a outras doenças à escala global: "(...) *as fundações do direito internacional fizeram-se por via da infeção dos outros. A conquista e colonização, constitutivas do direito internacional como hoje o conhecemos, começaram com zoonoses. Após a chegada de Colombo ao "Mundo novo", cerca de 90 a 95 por cento das populações indígenas das Américas foram mortas por sarampo, varíola, e gripe transportadas pelos Europeus, todas elas doenças que tinham tido origem em animais*" [tradução nossa]. *Vide* também N.D. Cook, *Born to Die: Disease and New World Conquest, 1492-1650,* Cambridge, 1998, Cambridge University Press.

24 Não cabe no contexto deste trabalho apurar do fundamento ou oportunidade desta diferenciação entre direito internacional e direito global, ou verificar se neste último termo não vai porventura uma hipostasiação de evoluções ou mutações do direito internacional, desde logo ao nível da subjetividade jurídica internacional. *Vide* o nosso, Paulo Canelas de Castro, "The *Dramatis Personae* of International Law in the Era of Globalisation", *in* Julien Chaisse e Oana Stefan (eds.) *Advancing the Method and Practice of Transnational Law*, Hart, 2023, pp.19-56.

III. O Quadro Jurídico Vigente

O atual quadro jurídico do direito internacional, enunciado em tratados, costumes e princípios gerais, não é alheio pois ao tratamento do tema da gestão de pandemias. Pelo contrário, ao direito internacional antes cabe fornecer diretrizes e obrigações para os Estados lidarem com pandemias e os riscos que estas envolvem.

Tal tratamento jurídico é plural, um verdadeiro *bric-à-brac* normativo, para retomar a feliz fórmula de Prosper Weil[25]. Desde logo, porque o direito internacional sobre a matéria é falho de uma fonte única e uniforme, embora isso não implique necessariamente que seja também falho de sentido normativo materialmente uno, que ele não possa ser identificado com uma mensagem normativa substantivamente una. Certo é que ele se colhe em diversos complexos normativos, em *loci* normativos diferentes.

1. Mapa Mínimo dos *Topoi* Normativos Constitutivos do Direito Internacional das Pandemias

De entre os diversos *tópoi* normativos que conformam o direito internacional das pandemias, destacamos os seguintes[26]:

- Direito internacional geral – nomeadamente o direito internacional correspondente a princípios gerais de direito internacional, como o dever de prevenção e notificação de riscos, a obrigação geral de cooperação internacional e, muito em especial, o princípio do não dano[27], que é também princípio nuclear do, mais especial, direito internacional do ambiente[28];

---

25 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*. 1983, vol. 77, n.º 3, pp.413-442.

26 Outros domínios normativos se poderiam arrolar: como, por exemplo, o direito internacional humanitário. *Vide*, por exemplo, Marco Longobardo, "The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law", *Wisconsin International Law Journal*, 2019, vol. 37, pp. 44, ss; M. Kotlik e H. Kotlik, "Covid-19 in Conflict-Affected Areas – Armed Groups as Part of a Global Solution", *Opinio Iuris*, 4 April 2020; Antonio Coco e Talita de Souza Dias, "Prevent, Respond, Cooperate: States' Due Diligence Duties vis-à-vis the Covid-19 Pandemic", *Journal of Humanitarian Legal Studies*, 2020, vol. 11, p. 226. Igualmente relevantes podem ser o direito do comércio internacional, o direito internacional dos investimentos, o direito dos transportes. Uma das obras mais abrangentes e recentes na cobertura de diversos ramos do Direito internacional no tratamento das relações entre este ordenamento normativo e o fenómeno das pandemias é a de Shiyna Muase e Suzanne Zhou (eds.), *Epidemics and International Law*, 2021, Brill.

27 Quanto à sua relevância geral no direito internacional, Jelena Bäumler, "Rise and Shine: The No Harm Principle's Increasing Relevance for the Global Community", *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2017, pp. 149-174.

28 *Vide v.g.*, Mara Tignino e Christian Bréthaut, "The role of international case law in implementing

- Direito internacional dos desastres ou das catástrofes – que postula o dever internacional de redução de riscos de desastres, por meio de medidas preventivas, mitigação de impactos e preparação adequada. Esta mensagem normativa é particularmente relevante para futuras pandemias, que exigem também cooperação global e fortalecimento de sistemas de vigilância e resposta;

- Direito internacional dos direitos humanos – relevam, neste contexto, tanto os instrumentos convencionais como o direito consuetudinário que obrigam o Estado a abster-se de violações dos direitos humanos e a proteger os direitos humanos dos indivíduos e, por vezes, de alguns grupos sociais sob sua jurisdição contra qualquer ameaça ou dano causado por entidades públicas ou privadas. Estes deveres aplicam-se também em situações de emergência sanitária. Uma pandemia afecta certamente vários direitos humanos, e, em particular, os direitos à vida e à saúde;

- Direito internacional da saúde – neste complexo normativo tem lugar saliente, muito em especial, o RSI da OMS, de 2005, que estabelece regras para prevenir, proteger, controlar e responder às ESPAIs[29].

2. Características Comuns – em Geral: um Complexo Jurídico Integrado para Enfrentar Crises Globais

O mero enunciado destes diversos ramos do direito internacional e níveis normativos espelha e conota que, com fenómenos como as pandemias, a sociedade internacional se confronta com desafios caraterizados pela grande complexidade e também de que eles se apresentam interligados com outros problemas ou ângulos particulares de apreensão do problema, como catástrofes ambientais e violações de direitos humanos. Torna-se por isso evidente a necessidade de que, no âmbito do direito internacional, e no tratamento destes interligados problemas ou aspetos do problema, se prossiga uma abordagem jurídica holística e integrada. Esta complexidade problemática de base, que se reflete na complexidade normativa que logo se apreende no mero arrolamento dos diversos ramos deste sistema normativo, nas suas origens distintas, e nas suas tónicas específicas, não prejudica, contudo, que se possam igualmente apreender objetivos, características, princípios, instrumentos, construtos comuns e até uma comum institucionalização que, mais fundamente, unem os Estados num programa normativo comum, disciplinador e orientador de esforços conjuntos para proteger a humanidade e o planeta relativamente às pandemias.

---

the obligation not to cause significant harm", *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2020, vol. 20, pp. 631-648.

29 A nível regional, de convenções e acordos regionais, pense-se, por exemplo, no Regulamento Sanitário Internacional da União Africana, de 2008.

2.1. Objetivos Convergentes

Desde logo, o direito internacional geral, mas também o seu ramo especial do direito internacional do ambiente, com o seu princípio fundamental do não dano, e ainda o direito internacional das catástrofes, o direito internacional dos direitos humanos e o RSI no quadro do direito global da saúde, todos têm como objetivo primordial comum a proteção contra riscos e impactos adversos, e, alguns, em particular, a doença. Os princípios ou regras dos complexos normativos não especificamente sanitários ainda podem valer ou aplicar-se a respeito da realidade doença. Seja em relação a danos ambientais, desastres naturais ou causados pelo homem, violações de direitos fundamentais ou emergências de saúde pública, todos estes ramos do direito têm de comum a busca da salvaguarda da vida, da dignidade humana e do bem-estar das populações.

Além disso, esses campos jurídicos também compartilham a preocupação com a preparação e a resposta eficaz a crises e situações de emergência. Para além da prevenção, objetivo prioritário, e reconhecendo que a sua prossecução nem sempre garante soluções eficazes, muitos destes complexos normativos também estabelecem mecanismos e diretrizes para uma ação coordenada e oportuna diante de eventos adversos, nomeadamente uma pandemia.

2.2. Princípios

Acresce que também nestes quadros normativos há a previsão de alguns princípios comuns: assim é que, por exemplo, os princípios de prevenção, controle, mitigação de riscos e impactos e da cooperação permeiam estes diferentes ramos do direito internacional. A prevenção é fundamental para evitar ou minimizar danos e riscos, enquanto o controle e a mitigação visam conter e reduzir os impactos negativos quando eles ocorrem, após a sua verificação. A cooperação, por sua vez, é essencial para uma resposta eficaz e coordenada, transcendendo fronteiras e interesses individuais.

2.3. Instrumentos Jurídicos

Esses princípios refletem-se, de seguida, em instrumentos jurídicos que, por vezes, também se revelam comuns. Assim acontece com tratados, convenções e protocolos (embora especificamente, poucos), bem como em *soft law*, projetos da Comissão de Direito Internacional (CDI), jurisprudência de tribunais internacionais e resoluções de Organizações Internacionais, como a ONU e as suas agências especializadas ou os seus organismos especializados. Em conjunto, podem genericamente ser apreendidos como uma cascata normativa de crescente

regulação do problema complexo das pandemias.

2.4. Institucionalização

Todos estes princípios e normas jurídicas dão/deram também lugar à institucionalização do regime de direito respeitante à pandemia. É, em especial, muito visível que, no conjunto deste direito e nos diversos quadros normativos particulares, a paisagem normativa é habitada e sustentada por diversas Organizações Internacionais, que nela jogam papel importante e que assim acontece até em diversos níveis de organização. A rede de instituições com papel a desempenhar no quadro deste regime conforma uma rede ou infra-estrutura plural[30], policêntrica e multinível. Nela assume papel crucial a OMS e o seu Diretor-Geral. Mas também nela têm lugar outros órgãos, especialmente órgãos de representação de comunidades epistémicas, como, desde logo, o referido Comité de Emergências da OMS ou ainda o seu Comité Consultivo Técnico sobre a Evolução da SARS-Cov-2 que, por exemplo, muito notoriamente, designou como Ómicron a nova variante de Covid-19 comunicada pela República da África do Sul em novembro de 2021 e a qualificou como "*variante de cuidado*"[31].

2.5. Construtos Jurídicos

Por fim, este direito recorre a construtos ou estruturas jurídicas com muitos traços característicos partilhados. Impressiona que as obrigações que são consagradas sejam, comummente, obrigações flexíveis, obrigações de conduta, de diligência devida, embora este direito também compreenda a definição de standards e igualmente assente na previsão de várias obrigações procedimentais.

3. Os Complexos Normativos Sobre as Pandemias, Em Particular

3.1. Regime Geral do Direito Internacional e Regime Particular do Direito Internacional do Ambiente: o Princípio do Não Dano

O princípio de "não causar dano" ou do "não dano", é um princípio

30 Por exemplo, sobre a articulação com a CPLP, *vide* João Casqueira Cardoso, "O Regulamento Sanitário Internacional: quadro jurídico e desafios", *paper* apresentadao no *I Webcongresso internacional de Direito Sanitário*, de 2017, pp. 1059-1064.

31 Sobre a questão, *vide* Pedro A. Villareal, "Punishing Compliance with International law. The Omicron Variant and the International Health Regulations (2005)", *Ejil. Talk*!, December 2, 2021. Cfr. https://www.ejiltalk.org/punishing-compliance-with-international-law-the-omicron-variant-and-the-international-health-regulations-2005/ .

consagrado no direito internacional em diversas fontes, inclusive de natureza consuetudinária[32].

É uma norma que exige que os Estados tomem medidas razoáveis para prevenir, impedir e reparar danos transfronteiriços significativos que emanem do seu território ou jurisdição e afetem outros Estados ou as suas populações[33].

O princípio resulta de ou foi arguido no quadro de casos célebres como os casos do Alabama[34], da Fundição Trail[35], e das Fábricas de Papel no Rio Uruguai[36], litígios julgados por tribunais permanentes ou tribunais arbitrais. Também releva o Parecer Consultivo sobre as Armas Nucleares[37], bem como o trabalho da CDI sobre o Projeto de Artigos de 2001 sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas[38].

Embora o princípio do não dano tenha sido invocado com mais visibilidade no domínio do direito e da litigância ambiental, constitui princípio do direito internacional geral[39].

O conceito central de "*dano*" a que o princípio se refere é suficientemente amplo para abranger as consequências de um surto de doença como o caso da Covid-19[40].

---

32 *Vide*, em especial, Riccardo Pisillo-Mazzeschi, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *German Yearbook of International Law*, 1992, vol. 35 9, 40, 42; Timo Koivurova, "Due Diligence", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, *in* <opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034?prd=EPIL> paras 1, 36, 43; Study Group on Due Diligence in International Law, 'Second Report' (International Law Association, Johannesburg, July 2016) <www.ila-hq.org/index.php/study-groups?studygroupsID=63> 2 (doravante: estudo ADI).

33 Cfr. "Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries", *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol II, Part Two, pp. 148-149: "article 2 and commentary".

34 *Alabama Claims Arbitration* (*United States/Great Britain*) (1872), *RIAA*, vol. 29, pp. 127, 129, 131-132.

35 *Trail Smelter Arbitration* (*United States v. Canada*) (laudos de 1938 e 1941 – este último sobre a questão da reparação), *RIAA*, vol. 3, pp. 1903 *et seq*., *notius* p.1963. O caso foi um precedente fundamental, ao reconhecer a responsabilidade dos Estados por danos transfronteiriços, bem como a obrigação de adotar medidas para prevenir e cessar tais danos.

36 *Pulp Mills on the River Uruguay* (*Argentina v Uruguay*) (Merits) *ICJ Reports*, 2010, 14, 197.

37 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (*Advisory Opinion*), *ICJ Rep*orts, 1996, 226, 29.

38 Ver "Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission,* 2001, vol. II, Part Two, pp. 137-170 (doravante: Projecto de Artigos sobre Prevenção de Dano).

39 Ver Projeto de Artigos sobre Prevenção de Dano, pp. 148-149; Estudo ADI, 6.

40 Projeto de Artigos sobre Prevenção de Dano, pp. 152-153, artigo 2 º, alínea b), nºs 8 e 9.

A obrigação que firma, exige aos Estados que atuem no sentido definido pelo princípio, independentemente quer da entidade responsável por causar o dano quer da legalidade da conduta ou atividade que o gera[41]. O que significa que vale tanto perante acidentes humanos causados por entidades privadas como perante catástrofes naturais.

De acordo com a CDI, a qualidade de "*significativo*" do dano que desencadeia a aplicabilidade do princípio significa "*algo mais do que 'detetável', mas não necessariamente 'grave' ou 'substancial*'"[42]. O dever é desencadeado tanto por "*uma baixa probabilidade de se causar danos transfronteiriços desastrosos como por uma alta probabilidade de causar danos transfronteiriços significativos*"[43].

Não há dúvida de que o surto de Covid-19 causou suficientes danos "*significativos*", incluindo milhões de mortes e outras consequências danosas significativas e mesmo desastrosas; para a saúde, desde logo, mas também para as economias e as sociedades num contexto transfronteiriço[44] .

Tal como acontece com outras obrigações de diligência devida[45], o princípio

---

41 Desta forma, este princípio difere do princípio estabelecido pelo Caso do *Estreito de Corfu* (ver *Caso do Estreito de Corfu* (Mérito), *ICJ Reports*, 1949, 4, 22. O *caso do Estreito de Corfu* (*Reino Unido vs Albânia*) de 1949, que antes exige que os Estados "*não permitam conscientemente que o seu território seja utilizado para actos contrários aos direitos de outros Estados*", o que pressupõe um ato internacionalmente ilícito. é considerado um marco importante no desenvolvimento e consolidação do princípio do não dano (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) no direito internacional. O caso do Estreito de Corfu definiu que há violação ao princípio da não intervenção quando o Estado territorial tolera ou é aquiescente em relação a ações que causem danos a outro Estado no seu território. Neste caso, o Tribunal Internacional de Justiça defendeu a existência de um dever geral dos Estados de evitar danos transfronteiriços, estabelecendo que "*nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso do seu território de uma forma que possa causar danos por fumos no seu ou nomeadamente às propriedades ou pessoas que nele se encontrem, quando o caso acarreta consequências graves*". O caso envolveu a explosão de minas no Estreito de Corfu, em águas territoriais albanesas, que danificaram navios britânicos e causaram mortes. O Tribunal mundial determinou que a Albânia era responsável por esses incidentes, por ter conhecimento da presença das minas e não ter advertido os navios britânicos.

42 Projeto de Artigos sobre Prevenção de Dano, p. 152, art.º 2 º, n.º 4.

43 *Ibidem* p. 152, art. 2.º, n.º 3.

44 Ver, por exemplo, "Coronavirus: the economic impact", da organização UNIDO, de 7 de abril de 2020, <www.unido.org/stories/coronavirus-economic-impact>; James Banks, Heidi Karjalainen e Carol Propper, "Recessions and health: the long-term health consequences of responses to the coronavirus", Institute for Fiscal Studies, 9 April 2020, <www.ifs.org.uk/publications/14799 >.

45 *Vide*, Timo Koivurova, "Due Diligence", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, *in* <opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034?prd=EPIL> paras 1, 36, 43; Joanna Kulesza, *Due Diligence in International Law*, 2016, Brill; Sarah Cassella (ed), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris,

do não dano não impõe aos Estados o dever de prevenir ou impedir com êxito a ocorrência de danos. Em vez disso, antes lhes exige que envidem esforços, que tentem fazê-lo ou que minimizem o risco, e na medida das suas capacidades[46]. A obrigação surge a partir do momento em que os Estados têm conhecimento ou deveriam ter tido conhecimento dos danos ou do risco dos mesmos[47].

Nada, pois, no conteúdo do princípio, obsta a que se aplique também às questões suscitadas pela pandemia. O princípio antes concorre no sentido de consolidar a aplicabilidade de um mandato normativo no sentido da prevenção e mitigação de danos e impactos negativos resultantes de vírus danosos[48].

3.2. Regime Particular: Direito Internacional dos Desastres ou das Catástrofes

O direito internacional dos desastres ou das catástrofes[49] centra-se nas questões jurídicas decorrentes da preparação, resposta e recuperação perante diferentes riscos naturais, como terramotos ou tempestades, bem como de catástrofes provocadas pelo homem, como acidentes industriais em grande escala.

Uma vez mais, as fontes deste direito são diversas: avulta, em particular, o Projeto de Artigos da CDI sobre Proteção de Pessoas em Caso de Desastres, de 2016[50]. Os artigos aí formulados podem ser considerados como um reflexo do direito internacional consuetudinário ou, pelo menos, do seu desenvolvimento progressivo no domínio da redução do risco e da gestão da resposta a catástrofes. Mas também relevam diversos documentos do Gabinete de Redução de Riscos de Desastres da ONU[51] e instrumentos da Federação Internacional da Cruz

---

2018, Pedone; N. McDonald, "The Role of Due Diligence in International Law", *ICLQ*, 2019, 68, p. 1041.

46 Projeto de Artigos sobre Prevenção de Dano, p. 154, artigo 3.º, n.º 7.

47 *Ibidem*, p. 155, art. 3.º, n.º 18.

48 No mesmo sentido, Antonio Coco e Talita de Souza Dias, "Prevent, Respond, Cooperate: States' Due Diligence Duties vis-à-vis the Covid-19 Pandemic", *Journal of Humanitarian Legal Studies*, 2020, vol. 11, p. 222; Russell Miller e William Starshak, "China's Responsibility for the Global Pandemic", *JustSecurity*, 2020, vol. 31; Anne Peters, "International Law between Covid-19 and the next Pandemic", *Max-Planck Institute for Comparative Law & International Law (MPIL) Research Paper* N º. 2022-18, p. 3.

49 Para uma primeira aproximação, *vide* a *Disaster Law Database*, da Federação Internacional da Cruz Vermelha: www.ifrc.org/en/publications-and-reports/idrl-database/.

50 *Yearbook of the International Law Commission*, 2016, vol. II, Part Two e https://disasterlaw.ifrc.org/sites/default/files/media/disaster_law/2024-01/IFRC%20Position%20Paper %20 on%20 Draft%20Articles.pdf .

51 Como, desde logo, o "Quadro Sendai para a Redução de Risco de Desastres 2015-2030", ou, como é mais simplesmente conhecido, "*Quadro Sendai*", que foi o primeiro acordo principal na

Vermelha[52].

Primeiro passo relevante neste regime é a noção, nuclear, de desastres. Releva em especial a 'Terminologia' do Gabinete de Redução de Riscos de Desastres da ONU[53]. No quadro desta terminologia, as pandemias são suscetíveis de serem classificadas como catástrofes naturais, quer estejam ligadas a outras catástrofes quer sejam independentes destas. São classificadas como riscos biológicos[54]. Em igual sentido abunda a Federação Internacional da Cruz Vermelha[55]. Por seu turno, nada no Projeto de Artigos sugere que uma epidemia esteja fora do seu âmbito de aplicação. De acordo com este instrumento normativo, hoje fundamental, o que importa é que se satisfaçam os requisitos de definição previstos na alínea a) do artigo 3º, ou seja: que se perturbe gravemente o funcionamento da sociedade, que se provoque uma perda generalizada de vidas, grande sofrimento e angústia humanos, deslocações em massa, ou danos em grande escala, independentemente da sua origem natural ou humana. Na noção, estão, portanto, compreendidos, não só os eventos naturais causadores de sofrimento em larga escala (um tsunami, um terramoto), mas também os resultantes de ação humana. O critério definidor fundamental são os impactos. Perante uma tal conceção de "*desastre*", nada impede que a noção se aplique a uma pandemia.

Nesta base, o direito internacional em matéria de catástrofes estabelece, genericamente, um mandato normativo de prevenção, mitigação e cooperação internacionais. Ele contém vários deveres de diligência devida de proteção das pessoas e de cooperação internacional, com um âmbito de aplicação relativamente amplo. E implica ou prevê a adoção de medidas e ações realizadas antes, durante, e após as catástrofes. Por outro lado, as actividades multidisciplinares de gestão de catástrofes estendem-se a muitos outros regimes jurídicos especiais diferentes,

---

área do direito do desenvolvimento após a agenda 2015 dos Objetivos do Milénio. Também várias Diretrizes e manuais sobre boas práticas na redução de riscos de desastres, incluindo a gestão de riscos e desastres respeitantes à pandemia de Covid-19. Cfr., *v.g.*, Lawrence Paul Lewis *et al.*, *Understanding COVID-19 Public Health Outcomes as a Function of Systemic Risks and Community Resilience: A Socio-Technical Assessment Framework to Inform Governance Strategies on Social Vulnerability, Workforce Exposure, and Resource Accessibility*, UNDDR, 2022.

52 *V.g.*, *Disaster Risk Governance Guidelines. Strengthening Laws, Policies and Plans for Comprehensive Disaster Risk Management,* International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva, 2024.

53 "*Terminologia*" (Gabinete das Nações Unidas para a Redução do Risco de Catástrofes) www.undrr.org/ terminology.

54 *Ibidem*.

55 'Types of disasters: Definition of hazard' (ifrc) <www.ifrc.org/en/what-we-do/disastermanagement/about- disasters/definition-of-hazard/>;<www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/definition-of-hazard/biological-hazards-epidemics/>.

como o direito ambiental ou o direito dos direitos humanos. Embora as transições entre as diferentes fases da gestão de catástrofes previstas neste quadro normativo nem sempre sejam claras, é possível identificar três fases principais:

- Prevenção, preparação e resposta: A preparação para as catástrofes refere-se às medidas adoptadas para preparar e reduzir os efeitos das catástrofes. O que o direito emergente no domínio estabelece é que se impõe prever e, sempre que possível, prevenir as catástrofes, atenuar o seu impacto nas populações vulneráveis e responder e enfrentar eficazmente as suas consequências. e lidar eficazmente com as suas consequências[56].

- Redução do risco de catástrofes: O Gabinete das Nações Unidas para a Redução do Risco de Catástrofes define a redução do risco de catástrofes como:"*o conceito e a prática de reduzir os riscos de catástrofes através de esforços sistémicos para analisar e reduzir os factores causais das catástrofes. A redução da exposição aos perigos, a diminuição da vulnerabilidade das pessoas e dos bens, a gestão sensata da terra e do ambiente e a melhoria da preparação e do alerta precoce para acontecimentos adversos são exemplos de redução do risco de catástrofes*"[57].

- Recuperação e reabilitação: A recuperação e a reabilitação referem-se aos programas que vão além da prestação de socorro imediato para ajudar as pessoas afectadas por catástrofes a reconstruírem as suas casas, vidas e serviços e a reforçarem a sua capacidade de fazer face a futuras catástrofes.

Para prosseguir esta tríplice finalidade e cumprir as obrigações correspondentes, vários instrumentos são previstos, devem ser definidos ou prosseguidos: estratégias, planos, de emergência e de contingência, alertas, avaliação de riscos, facilitação de informação e notificações, particularmente em determinadas circunstâncias, *maxime* quando envolvem riscos acrescidos.

3.3. Regime Particular: Direito Internacional dos Direitos Humanos

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, cinquenta países reuniram-se em São Francisco, Califórnia, para estabelecer os novos rumos da nova ordem internacional. Para suceder à Organização que antes havia sido concebida para garantir a ordem precedente, a Sociedade das Nações, estabeleceu-se a Organização das Nações Unidas (ONU). E na sua Carta constitutiva define-se como objetivo primeiro dessa Organização e da nóvel ordem internacional a manutenção da paz. Tal significaria, desde logo, necessariamente, ausência de guerra entre as nações

---

56 https://www.cruzvermelha.pt/ socorro-e-emerg%C3%AAncia/situa%C3%A7%C3%B5es-de-excep% C3% A7%C3%A3o/preven%C3%A7%C3%A3o-e-prepara%C3%A7%C3%A3o-para cat % C3 %A1 strofes.html .

57 https://www.undrr.org/ .

(n.º 1 do artigo 1.º). Mas procurou-se dar também um sentido positivo à paz. Tal passou, em especial, por igualmente promover e garantir o respeito de Direitos Humanos (artigo 1.º, n.º 2).

É na prossecução deste objetivo que, pouco depois, em 1946, se constitui, na ONU, uma Comissão de Direitos Humanos que, na Assembleia Geral da ONU de 1948, apresenta e aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante: DUDH)[58]. Desde então, a matéria de direitos humanos tem dado lugar a um acervo de instrumentos consagradores de direitos humanos, um acervo de grandeza tal que se pode mesmo qualificá-lo como vera avalanche normativa. Uma avalanche normativa que passou não só pela adoção de numerosos instrumentos e catálogos de direitos fundamentais, através de tratados, resoluções de órgãos de Organizações Internacionais, constituição de costumes mesmo, mas que também se exprime no facto de tal adoção ocorrer a diversas escalas: desde a mundial até à regional, e em vários quadros regionais. Acresce que tal febril movimento normativo igualmente se fez acompanhar de importante institucionalização, desde logo também assente em estruturas de vigilância e de sindicância de alegados incumprimentos, como tribunais internacionais de direitos humanos. Esta rede institucional revelou-se crucial para que este regime substantivo de direitos humanos possa ter sido cumprido e executado. Exemplos cimeiros da tendência de adoção dos catálogos de direitos humanos, para além da DUDH, são os pactos internacionais, adotados em 1966[59], o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (doravante: PIDCP); adotado em 16 de dezembro de 1966 e que entrou em vigor em 23 de março de 1976, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (doravante: PIDESC), adotado em 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor a 3 de janeiro de 1976[60]. Mas o conjunto de instrumentos, para além de integrar catálogos gerais de direitos humanos, também se revela em instrumentos dedicados a uma determinada matéria ou grupo, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada em 1979, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006. Para além deles, cumpre também relevar o desenvolvimento normativo que se reflete na adoção de Comentários Gerais àqueles Pactos, quer do Comité dos Direitos Humanos (doravante: CDH)[61], quer do Comité dos Direitos Económicos, Sociais

58 United Nations Human Rights Council, "Brief historic overview of the Commission", 2024, www.ohchr.org .

59 *UNTS*, 999, p. 171.

60 *UNTS*, 993, p. 3.

61 Em especial, o Comentário Geral nº. 36 do CDH (UN Doc/CCPR/C/CG/36), de 3 de setembro de 2019.

e Culturais (doravante: CDESC)[62].

Embora a pandemia afete uma série de direitos humanos[63], dois direitos humanos se afiguram mais diretamente implicados: o direito à vida e o direito à saúde.

O direito à vida está nomeadamente consagrado no artigo 6º do PIDCP; no artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem[64]; e no n.º 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[65]. Embora as violações do direito à vida estejam mais frequentemente associadas ao uso arbitrário da força letal por parte das autoridades estatais, os atos e omissões públicos e privados no sector dos cuidados de saúde também podem ser qualificados como violações desse direito[66]. Os Estados têm o dever positivo de adotar as medidas necessárias para salvaguardar a vida dos indivíduos sob a sua jurisdição e de fazer tudo o que estiver ao seu alcance para prevenir riscos evitáveis[67] [68]. Assim, podem ocorrer violações do direito à vida nos casos em que a vida de um doente é conscientemente posta em perigo pela recusa de acesso a tratamento de emergência que salve vidas, ou em situações de "*disfunção sistemática ou estrutural dos serviços hospitalares*"[69]. Significativamente, o CDH sublinhou que o dever dos Estados de proteger a vida exige que os Estados adotem "*medidas apropriadas para lidar com as condições*

---

62 Em especial, o Comentário Geral nº. 14 do CDESC (UN Doc E/C.12/200/4), de 11 de agosto de 2000.

63 A especial relação é justificada por Claudio Grossman, pelo fato de o regime jurídico sanitário ter como objetivo último a proteção de seres humanos e da sociedade em geral. Cf. Claudio Grossman, "Epidemics and International Law", *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2022, vol. 29, p. 213.

64 Texto em versão Portuguesa *in* www.gddc.ministeriopublico.pt .

65 Texto em versão Portuguesa *in* www.oas.org .

66 Assim, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Hristozov and Others v Bulgária*, 2012-V 457; ECLI:CE:ECHR:2012:1113JUD004703911.

67 Também da jurisprudência europeia do TEDH, *LCB v UK*, de 1998, https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001 -58176; *Brincat and Others v Malta* Apps n.ºs 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11, TEDH, 24 de julho de 2014 https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145790. No quadro paralelo da América Latina, *Ximenes-Lopes/Brasil* (Mérito, Reparações e Custas) na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Série C No 149 (4 de julho de 2006).

68 Cfr. Comentário Geral n.º 36 do CDH, onde o referido Comité das Nações Unidas prevê, por exemplo, no seu parágrafo 26, que, do direito à vida, se retira a obrigação estadual de melhoria das condições gerais de vida, incluída a proteção contra doenças que ponham a vida em perigo, e a obrigação de definir planos de emergência.

69 Cfr. *Lopes de Sousa Fernandes v Portugal* App no. 56080/13 (TEDH, julgamento de 19 de dezembro de 2017) https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179556. Sobre esta questão, ver ainda Elizabeth Stubbins Bates, "Article 2 ECHR's Positive Obligations", *Opinio Juris*, 1 de abril de 2020.

gerais da sociedade que podem dar origem a ameaças diretas à vida", incluindo doenças potencialmente fatais[70].

Também assume especial relevância o direito à saúde. Está consagrado em muitos instrumentos de direitos humanos. Assim, desde logo, no artigo 25.º da DUDH, de 1948. Consta igualmente do artigo 12.º do PIDESC, de 1966. Esta norma estabelece que os Estados Partes, universalmente, reconhecem "*o direito de toda pessoa de desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental*". O artigo 12.º, n.º 2, do PIDESC, em particular, prevê que as medidas destinadas a assegurar a realização progressiva do direito à saúde no nível elevado incluem as necessárias para "c) *a prevenção, o tratamento e o controlo de doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras*", bem como "d*) a criação de condições que assegurem a todos os serviços médicos e cuidados médicos em caso de doença*". O Comentário do CDESC respeitante ao artigo 12.º do PIDESC dá indicações normativas mais densas, nomeadamente quando esclarece que isto exige "*a criação de um sistema de cuidados médicos urgentes em casos de... epidemias... e a prestação de socorro em caso de catástrofe e de assistência humanitária em situações de emergência*"[71]. Também prevê o dever correspondente de criação de um plano de saúde pública e de ação para controle epidémico baseado no conhecimento epidemiológico para proteção de toda a população[72]. Acresce que os Estados que ratificaram o PIDESC estão comprometidos a seguir o tríptico normativo geral dos direitos humanos de "*respeito, proteção e cumprimento*"[73] perante situações de saúde. Significa isto, como o denota expressamente o parágrafo 33 do Comentário do CDESC sobre o artigo 12.º do PIDESC, que ao direito à saúde correspondem três categorias de obrigações: de (1) respeito, no sentido de que os Estados não podem interferir com

70 "Comentário Geral n.º 36 (2018) sobre o artigo 6.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, sobre o direito à vida" (20 de outubro de 2018) UN Doc CCPR/C/GC/36, para 26 ('Comentário Geral n.º 36), na tradução em língua Portuguesa *in* https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/ documentos/pdf/pidcp-comentariogeral36-portugues-sp.pdf ; ver também General Comment N.º 6: Article 6 (Right to life)" (30 de abril de 1982; cf. https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1982/ en/32185), n.º 5, referindo-se explicitamente à "*eliminação*" de "*epidemias*".

71 Cfr. Comentário Geral n.º 14 do CEDSC, n.º 14 (cf. https://gddc.ministeriopublico.pt/ sites/default/ files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf).

72 Cfr. Comentário Geral n.º 14 do CDESC, n.º 43, alínea f), *idem.*

73 Ao tornarem-se Partes nos tratados internacionais de direitos humanos, os Estados assumem obrigações de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos. A obrigação de respeitar significa que os Estados devem abster-se de interferir ou restringir o gozo dos direitos humanos. A obrigação de proteger exige que os Estados protejam indivíduos e grupos contra violações dos direitos humanos. A obrigação de cumprir significa que os Estados devem tomar medidas positivas para facilitar o gozo dos direitos humanos fundamentais.

o direito à saúde[74]; (2) proteção, no sentido de que os Estados devem proteger este direito da interferência de terceiros; e (3) cumprimento, no sentido de que os Estados devem tomar todas as medidas (legislativas, orçamentais, judiciais, etc.) necessárias para facilitar o direito à saúde. O Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos mais esclarece que violar a obrigação de respeitar significa tomar medidas que "*são susceptíveis de resultar em danos corporais, morbilidade desnecessária e mortalidade evitável*"[75]. De novo, todas estas decorrências deste particular direito à saúde se aplicam a uma situação pandémica como a da Covid-19.

As consequências normativas ou os instrumentos e obrigações correspetivos deste verdadeiro mandato normativo compreendem, pois, a de legislar no sentido desta prevenção e proteção perante a doença, a de conformar a administração pública para também prestar assistência e resposta adequada, a de aplicar recursos e instituir mecanismos de emergência e cuidado, especialmente para com as populações mais vulneráveis, bem como a de operar a monitorização e a comunicar e a escrutinar. Embora a ação do Estado esteja sujeita à capacidade ou viabilidade técnica e económica, isso não é desculpa para a inação. O artigo 2.º, n.º 1, do PIDESC também impõe aos Estados obrigações de efeito imediato, incluindo o dever de tomar medidas resolutas, concretas e direcionadas para a plena realização do direito à saúde[76].

Atualmente, algumas destas consequências do direito à saúde estão já determinadas no quadro interamericano. Assim se comprova com o relatório "Pandemia e Direitos Humanos", da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante: CIDH) que versa sobre os impactos nos direitos humanos no contexto da pandemia de Covid-19[77]. Nesse relatório, a CIDH realiza uma análise dos impactos nos direitos humanos gerados pelas medidas adotadas pelos

---

74 Neste sentido, a título de mero exemplo, *vide* o PIDCP, no seu art. 2.º n.º 1; a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (ou, mais comummente, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu art. 1.º; a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (adoptada em 27 de junho de 1981, entrou em vigor em 21 de outubro de 1986), *ILM*, 1982, vol. 21, p. 58, no Preâmbulo, parágrafos 1 e 10; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969, com entrada em vigor em 18 de julho de 1978), *Série de Tratados da OEA* N.º 36 (Pacto de San José), no seu art.º 1 n.º 1. Ver também o CDH, "Comentário Geral n.º 31: A natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto" (29 de março de 2004) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (cf. https://www.refworld.org/legal/general/hrc/ 2004/en/52451), parágrafos 5 e 8.

75 CDESC, "General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12.º)" (11 de agosto de 2000) UN Doc E/C.12/2000/4, parágrafo 30 .

76 *Idem*.

77 https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PandemiaDDHH_ES.pdf.

Estados e das lições que foram aprendidas, com base nas quais formula uma série de recomendações aos Estados da região para reparar as violações de direitos humanos e amenizar os riscos futuros. As medidas adotadas, lições aprendidas e as recomendações são desenvolvidas ao longo dos cinco capítulos deste Relatório e são relativas a: estado de exceção, restrições às liberdades fundamentais e estado de direito; bem como aos impactos nos direitos humanos e diferenciados sobre populações que historicamente se encontram em situação de vulnerabilidade. O ponto de partida deste relatório é a Resolução 1/20 "Pandemia e Direitos Humanos"[78], que a CIDH emitiu após a pandemia ter sido declarada pela OMS; e também a instalação de uma Sala de Coordenação e Resposta Oportuna e Integrada à crise da pandemia de Covid-19[79], da própria CIDH, com a finalidade de reforçar as suas capacidades institucionais para a proteção e a defesa das liberdades fundamentais e dos direitos humanos nesse contexto. Para enfrentar as consequências da pandemia, a CIDH destaca a importância de se desenvolver e implementar, nos diferentes níveis de governo, políticas públicas que permitam consolidar uma estratégia integral com enfoque nos direitos humanos.

3.4. Regime Particular/Especial: Direito Internacional da Saúde

O regime especial da saúde funda-se na Constituição da OMS[80], adotada em 1946, que entrou em vigor em 1948, após a ratificação por 26 Estados membros da ONU.

A Constituição da OMS estabelece princípios fundamentais para a felicidade, relações harmoniosas e segurança de todos os povos, *notius*, prevendo que:

- a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade;

- o gozo do grau máximo de saúde que se possa atingir é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo político, condição económica ou social;

- a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

A Constituição da OMS é complementada pelo RSI. O RSI é um instrumento normativo internacional que historicamente substituiu as convenções sanitárias internacionais que vinculavam as partes contratantes antes da instituição da OMS. Foi adotado pela primeira vez pela Assembleia Mundial de Saúde em 1951 e

78 Cf. https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf .

79 Cf. https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/063.asp .

80 Texto *in* https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=6 .

atualizado várias vezes. A sua última versão é de 2005[81]. Inicialmente, seguiu um modelo, dito "regime clássico", assente na previsão de uma lista exaustiva de doenças, medidas de controlo máximas rígidas e a atribuição de um papel relativamente passivo à OMS[82]. Em consequência do pânico criado pelo surto de SARS em 2003[83] e do risco paralelo de um surto de gripe viária, este modelo vai ser profundamente revisto em 2005, após negociação muito intensa[84]. O RSI revisto foi adotado pela Assembleia Mundial da Saúde em maio de 2005 e entrou em vigor em 15 de junho de 2007. Foi objeto de várias emendas. Atualmente, conta com 196 Estados Partes: os 194 Estados membros da OMS, assim como a Santa Sé e o Liechtenstein[85].

O RSI diz especialmente respeito a "*emergências de saúde pública de âmbito internacional*", uma definição que o surto de Covid-19 pareceu merecer desde os seus primórdios[86]. Este âmbito de aplicação do RSI contende com qualquer acontecimento suscetível de propagar doenças a nível internacional, mesmo para além da "tradicional" propagação natural de agentes patogénicos infeciosos[87].

O RSI prossegue o objetivo de prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças. Trata-se de um objetivo relativamente restrito que se prossegue através de formas de ação como vigilância, alerta, orientação e coordenação, justamente para prevenir e controlar a propagação internacional de doenças. De outra perspetiva, o RSI não é, em

---

81 Cf. *supra* nota 4.

82 David P. Fidler, "From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations", *Chinese Journal of International Law*, 2005, Vol. 4, No. 2, 325-392, p. 327.

83 David P. Fidler, "Emerging Trends in International Law Concerning Global Infectious Disease Control", *Emerging Infectious Diseases*, Vol. 9, No. 3, March 2003, pp. 285-290.

84 *Vide* Gian Liuca Burci, "The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations Fit for Purpose?", *EJIL: Talk*, 27 February 2020, *in* www.ejiltalk.org ; Pedro A. Villareal, ""Can They Really Do that?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of Covid-19 – Parts I and II", *EJIL: Talk*, 31 March 2020.

85 Cfr. www.who.int/ihr/legal_issues.states_parties/en/: 'States Parties to the International Health Regulations 2005'.

86 'Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-NCov)', WHO, 30 January 2020. Cfr. www.who.int/news-room/detaiol/30-01-2020- statement-on-the-second-meeting-of-the-international -health -regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-oubreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov).

87 Cfr. Wei-Chuan Chen e Yusen Eason Lin, "Recent Advances in the Epidemiology of Pathogenic Agents", *Pathogens,* 2024, 13, 263, pp. 1-5.

especial, um instrumento operacional para a mobilização de recursos financeiros e humanos, nem pretende regular a resposta nacional aos surtos, exceto no que diz respeito às "*capacidades essenciais*" nacionais, que, de qualquer modo, se justificam pela funcionalização ao objetivo de impedir uma propagação internacional. É esta obrigação fundamental de todos os Estados que está mesmo na base da razão de ser do RSI de 2005: o desenvolvimento, o reforço e a manutenção de "*capacidades essenciais*" que permitam garantir uma vigilância e uma resposta tempestivas (artigos 5.º e 13.º e anexo 1). Essas capacidades incluem, mas também vão além dos "*pontos de entrada*" (artigo 1.º do RSI, por exemplo: portos, aeroportos) internacionais que constituíam o único foco do regime anterior[88]. Daí que o RSI aborde também, diretamente, o funcionamento dos sistemas nacionais de saúde pública, em particular os laboratórios, defina procedimentos de referência, e de notificação, verse sobre o papel dos hospitais, a logística e as aquisições, a coordenação entre agências, etc.

Para além da atribuição de "emergência", que atrai muita atenção em tempos de crise, o RSI contém uma disciplina de atuação que se poderia dizer de "rotina", menos espetacular mas igualmente importante: o regime dos artigos 19.º a 41.º. Aí se definem as responsabilidades dos intervenientes públicos e privados, pormenorizando a documentação sanitária aplicável ao trânsito ou circulação internacional e ao comércio internacional e estabelecendo limites para as medidas de controlo que os Estados podem tomar - em particular, as relativas aos viajantes - com base numa avaliação de risco cientificamente fundamentada, na proporcionalidade, e no respeito dos direitos humanos.

O RSI resulta de um processo de adoção especial que genericamente o torna num instrumento (quase-) vinculativo, cuja força jurídica repousa nos artigos 21.º e 22.º da Constituição da OMS, poucas reservas se lhe podendo formular. Diversamente dos tratados sanitários precedentes, os regulamentos sanitários entram em vigor para todos os Estados membros da OMS num prazo determinado após a sua adoção. Só assim não ocorre para os Estados da OMS que deliberadamente os rejeitem ou que formulem reservas, para o que têm de seguir um processo complexo[89]. Este modelo de solução normativa internacional corresponde a uma atribuição substancial de poderes a uma Organização Internacional, que, em 1946, foi justificada pela prioridade dada à existência de regras universais uniformes em matéria de luta contra as epidemias.

---

88 Cfr. Sujeet Kumar Singh, Sudhir Kumar, "International Health Regulations: a major paradigm shift from 1969 to 2005", *Journal of Communicable Diseases*, 2009, 41, n.º 2, pp. 113-116, Max Hardiman, Annelies Wilder-Smith, "The Revised International Health Regulations and Their Relevance to Travel Medicine", *Journal of Travel Medicine*, 2007, Vol. 14, nº. 3, 1, pp. 141-144.

89 Artigo 59.º. Para as reservas efetivamente formuladas e respostas e objeções, *vide* WHO, *International health regulations* (*2005*), 3.ª. ed., Paris, WHO, 2016, pp. 60-68.

4. Articulação de Obrigações e Separação de Poderes Entre os Estados e a OMS

A disciplina instituída no RSI assenta na previsão de um conjunto de obrigações 'articuladas': tanto obrigações processuais como obrigações substantivas, para os Estados Partes, desde logo, mas que também respeitam à OMS, à qual se comete uma atribuição geral de coordenação.

O pressuposto central deste regime e pedra de toque da divisão de trabalho e correspondente separação e articulação de atribuições, competências e poderes é que os Estados atuarão de forma transparente, diligente, cooperativa e de boa fé, enquanto a OMS prossegue funções técnicas com transparência, baseadas em considerações de saúde pública e numa avaliação de riscos com base científica.

4.1. As Obrigações dos Estados

Genericamente, para os Estados-membros da OMS, o RSI estatui uma série de deveres de diligência e de cuidado, mais comummente obrigações de *facere*, segundo padrões ou standards de boa governação que exigem que os Estados criem capacidade, monitorizem, e respondam a tais emergências, bem como previnam e contenham doenças infecciosas. Estas obrigações gerais redundam nuns quantos deveres ou ações particulares: por exemplo, o dever de cuidar de instituir capacidades nucleares, o dever de prever pontos de entrada, o dever de criar laboratórios; também a organização de serviços e procedimentos adequados, quer serviços administrativos gerais de saúde, quer serviços especiais de emergência. Há também o dever de vigiar os agentes patógenicos e as ESPAIs, bem como o de monitorizar a sua evolução. Avultam ainda obrigações procedimentais de resultado, de partilha de informação e da notificação de ESPAI à OMS.

Genericamente, ainda estão sujeitos a uma obrigação de cooperação internacional, para com outros Estados e para com Organizações Internacionais, *notius* a OMS. Essa obrigação geral de cooperação que se impõe aos Estados, decorre, genericamente, em primeiro lugar, do artigo 1.º da Carta das Nações Unidas, que estatui como um dos objetivos das Nações Unidas "*conseguir a cooperação internacional na resolução de problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário* [...]" e ainda dos artigos 2.º, 55.º e 56.º deste instrumento normativo, tido como uma espécie de "Constituição mundial"[90], bem como de outros instrumentos gerais do direito internacional,

90 *Vide* Pierre-Marie Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1997, vol. 1, pp. 1-33 e Ronald St. J. Macdonald, "The Charter of the United Nations as a World Constitution", *in* Michael N. Schmitt (ed.), *International Law Across the Spectrum of Conflict. Essays in Honour of Professor L.C. Green On the Occasion of His Eightieth Birthday*, Newport, Rhode Island, 2000, Naval War

como a Declaração de 1970 sobre os Princípios do Direito Internacional relativos às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados. A estes, acresce o artigo 44.º do RSI, que também estabelece uma obrigação geral de cooperação entre os Estados no âmbito normativo deste instrumento especial.

Durante uma pandemia, o dever geral de os Estados cooperarem entre si implica a partilha de informações, a prestação de assistência a outros países e a coordenação de uma resposta global. Já o artigo 15.º do Projeto de Artigos da CDI para a Proteção de Pessoas em Caso de Catástrofes exige que os Estados tomem as medidas necessárias ao abrigo da legislação nacional para facilitar a prestação rápida e eficaz de assistência externa. O artigo 11.º do mesmo instrumento estipula um dever correspondente de procurar assistência internacional quando os Estados se apercebem de que a contenção da doença excede manifestamente a sua capacidade nacional[91].

O dever de cooperação internacional exige, em especial, que os Estados compartilhem informações, recursos e melhores práticas para uma resposta global coordenada à pandemia. Em 'contraponto', a atuação da OMS é entendida como de auxílio e assistência ao cumprimento de obrigações por parte dos Estados. Embora o RSI não estabeleça punições formais para os Estados que não cumpram tais obrigações, a divisão de trabalho com a Organização Mundial passa por esta estar habilitada a exercer poderes de controle que podem redundar em 'sanções' informais aos Estados. Assim é, desde logo, porque a OMS pode investigar e monitorar alegados surtos de doença e pedir esclarecimentos oficiais, o que pode comprometer a credibilidade do Estado.

Outras obrigações especiais do Estado são as de:

- Capacitação e prevenção: É fundamental capacitar cuidadores, tanto profissionais quanto familiares, para prestar melhores cuidados a pessoas dependentes e vulneráveis durante a pandemia. Isso inclui formação sobre medidas de prevenção e controle da infecção. Os Estados têm o dever de prevenir e conter a propagação do vírus dentro das suas fronteiras através de medidas eficazes de saúde pública. Entre estas, a implementação de confinamentos, restrições de viagem e rastreio de contactos, quando necessário.

- Monitorização e notificação: Antes de 2005, os regulamentos da OMS abrangiam apenas três doenças: a cólera, a peste e a febre amarela. Os novos regulamentos abrangem todos os riscos potenciais para a saúde pública e incluem requisitos mais rigorosos para os Estados alertarem a OMS para os surtos. Deram

---

College, pp. 263-300.

91 *Vide* ainda, Dire Tladi, "The International Law Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters: Codification, Progressive Development or Creation of Law from Thin Air?", *Chinese Journal of International Law*, 2017, vol. 16, n.º 3, pp. 425-451.

também ao Diretor-Geral da OMS, que age com base no parecer de um Comité de Emergência, constituído por peritos, o poder de declarar uma ESPAI. Para além de dar à OMS a capacidade de declarar uma emergência, os regulamentos revistos impõem quatro requisitos principais aos membros da OMS. Em primeiro lugar, devem notificar à OMS, no prazo de 24 horas, todas as ocorrências de saúde pública no seu território que possam constituir uma ESPAI[92]. Depois de os Estados enviarem uma notificação à OMS, devem manter a OMS atualizada com informações "*exactas e suficientemente pormenorizadas*"[93] sobre o evento sanitário. Em segundo lugar, os Estados devem melhorar as suas capacidades internas para prevenir, detetar e responder à propagação de doenças que ameaçam a comunidade internacional. Os Estados podem decidir como vão cumprir esta obrigação, mas devem "*defender o objetivo*" dos regulamentos através dos seus esforços internos. Em terceiro lugar, os Estados estão limitados na forma como podem responder aos surtos de doenças quando estes ocorrem. Os regulamentos instruem os Estados a impor apenas as medidas que são apoiadas por provas científicas, adequadas aos riscos envolvidos e que mantêm o respeito pelos direitos humanos. Em geral, as medidas sanitárias devem seguir as recomendações da OMS, embora os Estados possam impor medidas adicionais em determinadas circunstâncias. Por último, os governos dos Estados devem comunicar à OMS quaisquer medidas de saúde pública que tomem e que constituam uma "*interferência significativa*" no tráfego internacional - ou seja, que atrasem a entrada ou a saída de viajantes ou mercadorias por mais de 24 horas -, juntamente com a fundamentação da ação e as provas que a sustentam.

- Resposta e mitigação: As estratégias de atenuação/mitigação visam principalmente minimizar os impactos negativos na sociedade, atenuando a intensidade do choque no sistema socioeconómico. Centram-se na diminuição da taxa de transmissão e na atenuação do pico, de modo que este fique abaixo da capacidade do sistema de saúde. Os exemplos de estratégias de atenuação vão desde o nível individual ao social, incluindo o reforço da higiene pessoal e/ou ambiental, o uso de máscaras em locais públicos e o distanciamento físico, incluindo a limitação de ajuntamentos, o encerramento de locais públicos e o confinamento total à escala da sociedade.

A este conjunto de deveres dos Estados 'respondem' os da OMS.

---

92 RSI, Artigo 6.º, n.º 1.

93 *Ibidem,* Artigo 6.º , n.º 2 e Anexo 1, parte A, n.os 4, alínea b), 5.º alínea b), e 6.º . *Vide* como a África do Sul assim fez relativamente à variante posteriormente designada de Omicron. Cfr. Pedro A. Villareal, "Punishing Compliance with International law. The Omicron Variant and the International Health Regulations (2005)", *Ejil. Talk*!, December 2, 2021. Cfr. https://www.ejiltalk.org/punishing-compliance-with-international-law-the-omicron-variant-and-the-international-health-regulations-2005/ .

4.2. As Obrigações da OMS

Aos deveres dos Estados acrescem deveres da OMS[94], agência especializada da Organização das Nações Unidas criada em 1948. A OMS pode criar instrumentos vinculativos, embora o tenha feito com parcimónia: até à data, apenas adotou a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco[95], o RSI e o Regulamento de Nomenclatura[96], que exige que os Estados-Membros utilizem versões atualizadas da Classificação Internacional de Doenças.

O tratado fundador (ou Constituição) da OMS e o RSI de 2005, no conjunto, cometem-lhe um papel central na coordenação, condução, comunicação e vigilância e investigação da resposta global às doenças e, portanto, também a pandemias, como a de Covid-19.

Aos poderes genéricos da OMS acrescem alguns poderes particulares ou especiais, como, nomeadamente, os poderes especiais do Diretor-Geral na declaração da ESPAI, bem como os poderes, também especiais, do Comité de Emergência.

De entre as competências da OMS, destaca-se ainda a competência 'normativa' para emitir recomendações e orientações técnicas aos Estados sobre medidas de mitigação e combate à pandemia, com base em evidências científicas. Embora não sejam obrigatórias, espera-se que os Estados as sigam. Genericamente, a OMS igualmente busca coordenar a resposta internacional à pandemia, através da promoção da cooperação entre Estados, com base nas suas capacidades técnicas. Em especial, a OMS monitoriza a situação epidemiológica global e pode solicitar informações adicionais aos Estados após tomar conhecimento de surtos.

Observações Finais

Os regulamentos, cuja primeira versão foi adoptada pela OMS em 1969, são vinculativos para todos os Estados membros da OMS. O seu objetivo é "*prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública à propagação internacional de doenças*", minimizando a interferência no "*tráfego e comércio internacionais*" e respeitando "*a dignidade, os direitos humanos e as liberdades*

94 *Vide* Gian Luca Burci, "Institutional Adaptation without Reform: WHO and the Challenges of Globalization", *International Organizations Law Review*, 2005, vol. 2, n.º 2 e, do mesmo Autor, "The World Health Organization at 70: Challenges and Adaptation", *International Organizations Law Review*, 2019, vol. 16, n.º 2.

95 Texto em versão Portuguesa, *in* http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/...

96 Texto em versão Inglesa (WHO Nomenclature Regulations), de 1967, *in* https://iris.who.int/handle/ 10665/ 89478 .

fundamentais" de todas as pessoas. Os regulamentos permitem que a OMS coordene uma rede mundial de vigilância de doenças, constituída por sistemas de controlo de cada Estado, a fim de detetar surtos que possam transformar-se em ESPAIs e de os comunicar à OMS.

A eclosão da Covid-19 expôs fragilidades de longa data nas instituições de saúde nacionais e mundial. Também durante a pandemia de Covid-19, os regulamentos revelaram-se demasiadas vezes ineficazes para moldar a resposta dos Estados à pandemia, e mesmo da própria OMS. As autoridades Chinesas, num primeiro momento, não terão tempestivamente comunicado a propagação inicial da doença[97]. Depois de tomar conhecimento do surto, a OMS também demorou um mês a declarar uma ESPAI. Muitos Estados desrespeitaram as recomendações da OMS, impondo proibições rigorosas de viajar, ordens de permanência em casa e outras medidas repressivas; embora, em retrospetiva, estas acções fossem provavelmente justificadas. Outros ainda, mais radicalmente, negaram a realidade e primaram pela inação, mesmo em face da evidência, constituindo verdadeiras histórias de insucesso na resposta à pandemia, se não mesmo de graves incumprimentos do direito internacional aplicável[98]. Especialmente no início da pandemia, a competição, mais do que a cooperação, foi a regra. Embora o RSI seja vinculativo para os Estados membros da OMS, não contém qualquer mecanismo de controlo/execução. Daqui decorre que a OMS por vezes se confronta a situações em que se revela incapaz de obrigar os Estados a cumprir as suas obrigações — ou disciplinar aqueles que não as cumprem. Outros regimes impõem também deveres gerais ou particulares para a ação, de prevenção e ativa luta contra os impactos das pandemias. Certo parece que a comunidade internacional perante a experiência acumulada com a pandemia Covid-19 tem uma oportunidade para melhorar o direito internacional aplicável. Numa altura em que a doença volta a grassar, embora com menor intensidade, na Europa e nos Estados Unidos da América, parece oportuno que os governos dos Estados encontrem formas de reforçar os regulamentos sanitários mundiais e de regressarem ao princípio de cooperação que lhes está subjacente e o aprofundarem. Tal poderá fazer-se, pensamos, através da introdução de emendas ao RSI de 2005, determinadas pela avaliação já em

---

97 O n.º 1 do artigo 6.º do RSI prevê que os Estados notifiquem à OMS, 24 horas após avaliarem a informação de saúde pública disponível "*qualquer ocorrência verificada no seu território que possa constituir uma emergência de saúde pública de âmbito internacional*".

98 Destacou-se, por exemplo, o Brasil, sob a Presidência de Bolsonaro. Outros Estados tiveram também atuações erráticas e de algum afastamento das diretrizes da OMS que não demonstraram poupar as respetivas populações a sacrifícios desproporcionados. *V.g.*, Jale Tosun, "Different Governments, Different Responses to the Covid-19 Pandemic? Concluding Remarks and the Way Forward", *in* Nikolas Zahariadis, Evangelia Petridou, Theofanis Exadaktylos (eds.), *Policy Styles and Trust in the Age of Pandemics*, Routledge, 2022.

curso sobre as falhas de algumas das suas normas ou do modo de sua aplicação, não só durante, mas também antes das ESPAIs[99]. No horizonte, perfila-se também a possibilidade de adoção pela OMS de um outro instrumento global sobre prevenção, preparação e resposta a pandemias: o Acordo sobre Pandemias[100]. O objetivo das negociações já iniciadas[101] é ter um texto para aprovação pela Assembleia Mundial da Saúde, já em maio do próximo ano.

As pandemias são um facto previsível da vida moderna. Embora a atual crise seja a mais grave do século, é a terceira pandemia mortal numa década e meia. Parece avisado que a comunidade global planeie desde já a resposta à próxima pandemia – embora não saibamos quando é que ela irá ocorrer, certo é que haverá uma próxima pandemia. Ao tomar medidas proactivas para enfrentar os desafios sanitários e não sanitários que se revelaram na atual crise, pode-se esperar que a comunidade mundial possa reduzir a possibilidade de essa próxima pandemia ser tão devastadora como tem sido a pandemia de Covid-19 ainda em curso.

99 Nesta linha, por exemplo, Gian Luca Burci, "The Legal Response to Pandemics. "The Strengths and Weaknesses of the International Health Regulations", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2020, vol. 11, n.º 2, pp. 204-217.

100 Cfr. "Draft Negotiating Text of the WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response (WHO Pandemic Agreement) – Advanced unedited version – 16 October 2023", WHO, WHO Doc A/INB/7/x, October 2023.

101 WHO News, "World Health Assembly Agrees to Launch Process to Develop Historic Global Accord on Pandemic Prevention, Preparedness and Response (1 December 2021)", *in* https:// www.who.int/news /item/ 01-12-2021-world-health-assembly-agrees-to-launch-process-to-develop-historic-global-accord-on pandemic -prevention-preparedness-and-response .

ENTRE O EFEITO BRUXELAS E O EFEITO PEQUIM: REFLEXÕES SOBRE A LEI DE PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE MACAU

Between the Brussels Effect and the Beijing Effect: Reflections on Macau's Personal Data Protection Law

Célia F. Matias
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: Macau conta, desde 2005, com uma Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 8/2005), que veio acorrer a necessidades de tutela da privacidade face ao uso de meios automatizados de processamento de dados pessoais. A Lei 8/2005 teve como principal influência a Directiva 95/46/CE, matriz da legislação europeia à época, que foi substituída pelo Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados em 2016. Em Agosto de 2021, República Popular da China aprovou também a muito aguardada Lei de Protecção de Informação Pessoal. Estes dispositivos mais recentes pretendem acompanhar uma sociedade em que a recolha e processamento de dados em massa coloca desafios crescentes à autonomia pessoal dos cidadãos – tendência que se viu exacerbada com a pandemia de COVID-19. Este estudo pretende avaliar a necessidade de actualização da Lei 8/2005, tendo em conta as referidas evoluções jurídicas e sociais, e antecipar a sua possível direcção.

Palavras-chave: Protecção de dados; privacidade; direito de Macau; direito da sociedade da informação.

Abstract: Since 2005, Macau has had a Personal Data Protection Law (Law 8/2005), which met the need to protect privacy in the face of automated processing of personal data. Law 8/2005 was mainly influenced by Directive 95/46/EC, the matrix of European legislation at the time, which was replaced by the General Data Protection Regulation in 2016. In August 2021, the People's Republic of China approved the long-awaited Personal Information Protection Law. These legal developments aim to keep up with a society in which the collection and processing of mass data poses increasing challenges to citizens' personal autonomy. This trend has been exacerbated by the COVID-19 pandemic. Considering the aforementioned legal and social developments, this study assesses the need to update Law 8/2005, and anticipates its possible direction.

Keywords: Data protection; privacy; Macau law; information society law.

1. Introdução

A expressão "Efeito Bruxelas", cunhada por Anu Bradford, refere-se ao "poder unilateral da União Europeia (UE) para regular mercados globais"[1]. Segundo a autora, este efeito opera espontaneamente, com a adopção dos padrões regulatórios europeus por parte das empresas, em diversas partes do mundo, com vista ao acesso ao mercado europeu. Para além deste efeito *de facto*, Bradford fala ainda num efeito *de jure*, que se traduz na adopção por parte de estados fora da UE, de legislação semelhante à europeia[2].

Também em Macau se manifestou esta segunda acepção do Efeito Bruxelas no período após a transferência de soberania. Vários motivos terão levado à adopção de soluções provenientes do direito europeu apesar da desvinculação face ao sistema jurídico português. Segundo Ilda Cristina Ferreira, três factores são normalmente ponderados pelo legislador: a qualidade da fonte estrangeira, a economia de custos inerente ao transplante e a eficácia do mesmo[3]. Segundo a mesma autora, o direito europeu é visto em Macau como sendo bem-sucedido e eficiente, para além de ser bem conhecido pelo legislador de Macau, pelo que se verificam, pelo menos em parte, os referidos factores. A Lei da Protecção de

1 ANU BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020, XIV.

2 Ibid, pp. 147 ss.

3 ILDA CRISTINA FERREIRA (2010), *The Macau SAR Legal System – Is the EU Law a Source of Inspiration for Macau Lawmakers?*, *in* Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law, Lexis Nexis, 2010.

Dados Pessoais de Macau (Lei n.º 8/2005 ou, de forma abreviada, LPDP) poderá, como veremos a seguir, ser apontada como um exemplo desta dinâmica.

Após um período inicial de adaptação, a LPDP tem-se afirmado no ordenamento e prática jurídica, em particular após a criação do Gabinete para a Protecção de Dados Pessoais (GPDP), através do Despacho do Chefe do Executivo n.º 83/2007. Com funções de coordenação e fiscalização, nos termos da Lei de Protecção de Dados, esta entidade tem velado pelo cumprimento das respectivas regras e dado seguimento às queixas apresentadas pelos cidadãos. Em alguns casos, a aplicação de sanções por incumprimento de obrigações estabelecidas na LPDP veio solidificar a importância dada a esta legislação.

No entanto, desde 2005 a adopção de tecnologias da informação em todas as áreas da vida social sofreu um significativo incremento, nomeadamente no que toca às redes sociais. Com efeito, a rede social Facebook, que acabava de ser criada aquando da entrada em vigor da lei, conta agora com 303,400 utilizadores em Macau[4], e outras redes sociais, como o Instagram, Twitter (agora X) ou o Weibo, ainda não existiam nessa data. Em troca da disponibilização desses serviços, os respectivos operadores (conhecidos como "plataformas digitais" ou simplesmente "plataformas"[5]) recolhem dados pessoais de forma massiva que utilizam para vários propósitos, nem sempre de forma transparente. O conhecido escândalo *Cambridge Analytica*, em que dados de utilizadores do Facebook foram utilizados para efeitos de propaganda política sem o seu consentimento, é exemplo dessa falta de transparência e das consequências que tal pode acarretar[6].

Por outro lado, a pandemia de Covid-19, com as medidas de isolamento implementadas um pouco por todo o mundo, veio exacerbar ainda mais o uso de redes sociais e outros meios e comunicação digital, como sistemas de videoconferência, que desempenharam um papel fulcral no desenvolvimento de um amplo leque de actividades (económicas, educacionais, etc.) durante esse período. Por outro lado, com vista ao controlo da transmissão do vírus, muitos governos recorreram a sistemas de identificação de contactos, que recolheram grande volume de dados junto da população. Em Macau, o sistema do código

---

4 *Mostly female and glued to Facebook: A snapshot of social media usage in Macao*, The Macau News, 15/08/2023, Macau, disponível em https://macaonews.org/community/macau-macao-social-media-demographics/.

5 O Regulamento Serviços Digitais (Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Outubro de 2022) define plataforma em linha, em termos gerais, como "um serviço de alojamento virtual que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e difunda informações ao público" (artigo 3, alínea i)).

6 *Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades*, BBC News Brasil, 20/03/2018, disponível em https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751.

de saúde, entretanto suspenso, envolveu o processamento de dados como a identificação dos utilizadores, morada, locais visitados, deslocações ao exterior, vacinas tomadas e estado de saúde[7]. O destino dos dados recolhidos por estes aplicativos, incluindo medidas de confidencialidade e segurança implementadas e possíveis usos secundários, permanece uma questão relevante, mesmo após a desactivação desses sistemas.

A legislação de várias jurisdições tem evoluído para fazer face a este e outros desafios resultantes da massificação do processamento de dados (fala-se muitas vezes em dados em massa ou *big data*) e do seu aproveitamento para diversos fins. Em 2016 a União Europeia aprovou o Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados[8] (RGPD) e em 2021 a China adoptou a Lei de Protecção da Informação Pessoal (LPIP), a primeira lei de carácter geral sobre protecção de dados neste país. O direito de Macau tem sofrido a influência de ambos os referidos sistemas jurídicos, no caso do direito europeu, em virtude dos factores mencionados e, no caso do direito chinês, devido à proximidade política, geográfica e social entre os dois sistemas.

Este artigo faz um ponto de situação da aplicação da LPDP, começando por descrever as suas principais características e, a seguir, elencando um conjunto (não exaustivo) de questões merecedoras de atenção por parte do legislador. Após uma breve análise das soluções oferecidas pela legislação europeia e chinesa, procura-se, por fim, averiguar da necessidade de o legislador de Macau dar início ao há muito anunciado processo de revisão da LPDP.

2. A Lei 8/2005: Origens, Principais Características e Aplicação

Conforme se lê na nota justificativa que acompanhou a proposta de lei que deu origem à LPDP[9], a respectiva iniciativa legislativa deveu-se à necessidade de dar efeito ao direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no artigo 30.º da Lei Básica, por meio de uma lei aplicável à generalidade dos sectores. A mesma nota esclarece ainda que a proposta teve como "fontes mais imediatas e directas a legislação congénere de Portugal e de Hong Kong".

Na altura, a lei portuguesa em vigor nesta matéria era a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que transpunha para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º

---

7 Gabinete de Comunicação Social do Governo da RAEM, *Suspensão do sistema de "Código de Saúde de Macau" a partir de 27 de março*, 23/03/2023, https://www.gcs.gov.mo/detail/pt/N23CW5iG85.

8 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

9 Disponível em https://www.al.gov.mo/pt/law/2005/99.

95/46/CE, do PE e do Conselho, de 24/10/95, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dados pessoais e à livre circulação desses dados (a Directiva 95/46/CE). Por seu turno, a *Personal Data (Privacy) Ordinance* (PDPO) de Hong Kong, aprovada em 1995, é uma das primeiras leis gerais sobre a protecção de dados na Ásia, tendo tido como fonte principal as Diretrizes para a Protecção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais emitidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) em 1980[10]. A PDPO sofreu várias alterações impulsionadas por situações que evidenciaram algumas das suas insuficiências, nomeadamente no que diz respeito à partilha de dados para efeito de *marketing* directo e à criminalização do *doxxing*[11].

Apesar da referência às duas jurisdições, uma breve leitura da LPDP torna claro que a fonte mais próxima da mesma é a Directiva 95/46/CE, ainda que via a sua transposição pelo legislador português. Entre as características importadas encontram-se princípios, conceitos e disposições referentes à qualidade dos dados e às condições de tratamento, direitos do titular dos dados e obrigações do responsável pelo tratamento e subcontratante.

Assim, o artigo 2.º da LPDP estabelece que o tratamento de dados deve ocorrer "de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais estabelecidos na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, nos instrumentos de direito internacional e na legislação vigente". Já o artigo 4.º contém a lista de definições, em linha com termos equivalentes utilizados no direito europeu, entre os quais os termos fundamentais "dados pessoais", "titular dos dados", tratamento de dados pessoais", "responsável pelo tratamento" e "subcontratante".

A definição de dados pessoais é essencial à determinação do âmbito de aplicação do diploma, sendo a mesma amplamente formulada: "qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ("titular dos dados"), sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social". Outro conceito fundamental é o de tratamento de dados, definido pela lei como "qualquer

---

10 LAW REFORM COMMISSION, *Reform of the Law Relating to the Protection of Personal Data*, 1994, https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/rdata-e.pdf.

11 ADA CHUNG LAI-LING, *Hong Kong's anti-doxxing law plugs privacy loophole and protects freedoms*, South China Morning Post, 09/11/2021, https://www.scmp.com/comment/opinion/hong-kong/article/3155084/hong-kongs-anti-doxxing-law-plugs-privacy-loophole-and.

operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efectuadas com ou sem meios automatizados (...)". Apesar do elenco exemplificativo incluído nesta definição, é também de notar a fórmula ampla inicial, que inclui quer o tratamento automatizado como o não automatizado (conforme esclarecido no artigo 3.º n.º1).

O artigo 5.º estabelece requisitos de "qualidade dos dados", que podem ser vistos como princípios adicionais de tratamento de dados, que também se encontram consagrados no direito europeu. De entre as condições de legitimidade do tratamento de dados, previstas no artigo 6.º, o consentimento do titular dos dados surge numa posição de maior destaque em virtude da organização do artigo, mas essa proeminência desvanece face às diversas alternativas oferecidas de seguida. Pese embora esta abertura, o GPDP parece ter vindo a exercer alguma contenção no que toca ao processamento de dados pessoais sem consentimento, designadamente, em casos de publicação de informação alheia nas redes sociais[12].

Outras disposições alinhadas com o direito europeu são o regime especial aplicável aos dados sensíveis (artigo 7.º), as obrigações de notificação (artigo 21.º) ou autorização prévia (artigo 22.º, n.º 1) aplicável ao tratamento de dados sensíveis, dados relativos a crédito e liquidez, interconexão de dados e utilização dos dados para fins diversos daqueles que justificaram a recolha. Nos termos do artigo 9.º, n.º 2, a interconexão de dados é permitida dentro de certas condições, nomeadamente não conduzir a discriminação ou prejuízo a outros direitos fundamentais do titular dos dados. Quanto aos direitos do titular dos dados, o artigo 10.º salvaguarda o direito à informação, estando o direito de acesso previsto no artigo 11.º, incluindo o direito de retificação e apagamento dos dados que não cumpram os requisitos legais de tratamento[13]. O direito de oposição está previsto no artigo 12.º, e o artigo 13.º consagra o direito de não estar sujeito a decisões individuais automatizadas. Qualquer pessoa que tenha sofrido danos devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer violação das disposições legais de protecção de dados tem o direito de ser indemnizada por esses danos (artigo 14.º).

Quanto à transferência de dados para o exterior, nos termos do artigo 19.º da LDPD, estas são permitidas, desde que seja cumprida a própria LPDP e desde que exista na jurisdição para a qual os dados serão transferidos um nível adequado de protecção de dados, conforme determinação do GPDP. Caso tal determinação não exista ou seja negativa, o artigo 20.º permite, ainda assim, a transferência em alguns casos. Entre eles encontra-se a declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial, prevista no artigo 20.º, n.º 1, 3). Num caso que

12 Por exemplo, a resposta à queixa número 0008/2022/IP, disponível em https://www.gpdp.gov.mo/pt/abstract_detail/article/leno51sz.html.

13 A possibilidade de retirar deste preceito um direito a ser esquecido é discutida *infra*.

recebeu alguma atenção mediática[14], a transferência de dados de um ex-trabalhador por parte da entidade empregadora, para fins de possível instauração de processo judicial no exterior não foi considerada abrangida na excepção, em virtude de não existir à data da transferência, qualquer acção judicial contra o empregador e, a justificar-se a sua instauração por parte deste, tal dever ser feito perante os tribunais de Macau[15].

Verifica-se assim que a LPDP denota clara inspiração do direito europeu, nomeadamente da Directiva n.º 95/46/CE, e que tem sido aplicada de forma ponderada pelo GPDP. Tendo, no entanto, passado já quase vinte anos desde a sua entrada vigor, começam a surgir questões quanto à oportunidade da sua revisão[16].

3. Questões Emergentes e Seu Tratamento nos Ordenamentos Jurídicos Chinês e Europeu

Conforme referido de início, o desenvolvimento e adopção de tecnologias digitais tem motivado alterações aos regimes de protecção de dados de outras jurisdições, como foi o caso na UE, com a adopção do RGPD. No entanto, essa constatação é demasiado vaga para, só por si, desencadear uma revisão à LPDP. Assim, na impossibilidade de proceder de momento a uma análise mais aprofundada da LPDP, procede-se à enunciação e análise preliminar de quatro questões cuja evolução poderá ser vista como barómetro dessa necessidade. São elas: i) o consentimento em contexto digital, ii) a existência no direito de Macau de um direito a ser esquecido; iii) a protecção dos sujeitos face a inferências baseadas em dados em massa; e iv) a aplicação extraterritorial de leis estrangeiras no contexto do comércio electrónico e redes sociais.

3.1. Consentimento

O consentimento do titular dos dados é uma das condições de legitimidade

---

14 *Gabinete de Dados Pessoais Investigou 118 Novos Casos*, Tribuna de Macau, 13/08/2013. https://jtm.com.mo/local/gabinete-de-dados-pessoais-investigou-118-novos-casos/.

15 Caso 0068/2012/IP, "A Empresa A transferiu os dados contidos nos computadores utilizados pelo director executivo X anterior aos Estados Unidos da América", disponível em https://www.gpdp.gov.mo/pt/abstract_detail/article/l13c0lob.html.

16 Veja-se, por exemplo, a resposta à interpelação escrita apresentada pelo Deputado à Assembleia Legislativa Ma Io Fong, subscrita pelo director dos SAPF em 28 de Julho de 2023. Aí, a hipótese de revisão é ainda aparentemente vista como não prioritária: "A Lei da Protecção de Dados Pessoais é uma lei de princípios, as disposições de princípio nela constantes geralmente não carecem de ser alterados com frequência com o passar do tempo e a sua revisão, se houver lugar à revisão, tem de ser estudada e determinada após ponderados globalmente todos os factores".

do tratamento de dados, conforme a parte inicial do artigo 6.º da LPDP. Esse consentimento é definido como "qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento" (artigo 4.º, n.º 1, 9)). A possibilidade de prestar consentimento livre e informado, especialmente num contexto *online,* tem sido alvo de críticas[17]. Isto deve-se ao imediatismo que caracteriza a utilização da *internet*, fazendo com que, muitas vezes, os utilizadores prestem o seu consentimento ao processamento dos seus dados sem verificarem devidamente o âmbito e implicações do mesmo. Esta circunstância estará também ligada à extensão e complexidade de algumas políticas de privacidade ou à forma como são apresentadas (por exemplo, dentro de outras janelas ou através de *links*)[18]. Outro caso em que essa dificuldade surge diz respeito à aceitação de *cookies* (pequenos ficheiros usados para identificar um computador numa rede[19]) no decurso da visita a um *website*. Por permitirem a recolha de dados do utilizador, coloca-se a questão de saber se se enquadram no conceito de tratamento de dados, caso em que se aplicarão as condições de tratamento previstas na lei, em particular, o consentimento do titular dos dados[20].

Para fazer face a estas práticas, o artigo 7.º do RGPD estabelece condições de que depende a validade do consentimento, nomeadamente no que toca à clareza e facilidade de acesso à informação relativa ao tratamento para o qual o consentimento é solicitado (n.º 2). Além disso, o facto de o consentimento ser condição do cumprimento de um contrato ou da prestação de um serviço será tida em conta na avaliação da liberdade (e consequente validade) do consentimento (n.º 4). Prescreve-se ainda que o ónus da prova quanto ao consentimento cabe ao responsável pelo tratamento (n.º 1) e que os indivíduos têm o direito de revogar o seu consentimento a todo o tempo e de forma fácil (n.º 3).

---

17 Entre muitos outros, DANIEL J SOLOVE, *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma in* GW Law Faculty Publications and other works, 2013, disponível em https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2093&context=faculty_publications.

18 Com base numa análise de políticas de privacidade de duas plataformas – Meta e Twitter – Hanlon e Jones concluem que a complexidade das mesmas as torna praticamente incompreensíveis para utilizadores mais jovens ou com menor nível de escolaridade. ANNMARIE HANLON, KAREN JONES, *Ethical concerns about social media privacy policies: do users have the abiity to comprehend their consent actions? in* Journal of Strategic Marketing, vol. ahead-of-print (2023).

19 Definição retirada de https://gdpr.eu/cookies/?cn-reloaded=1.

20 Esta matéria é alvo, na União Europeia, da Directiva 2002/58/CE (Directiva "ePrivacy"). No entanto, a definição de consentimento é remetida para a Directiva 95/46/CE, entendendo-se que esta remissão se encontra agora redireccionada para o RGPD.

Por seu turno, a LPIP, adoptada pela China em 2021, contém também salvaguardas quanto às condições de validade (artigo 14.º) e revogação (artigo 15.º) do consentimento. Além disso, ao proibir a recusa em fornecer produtos ou prestar serviços em resultado da recusa de consentimento (artigo 16.º), poderá dizer-se que LPIP foi além do RGPD neste ponto.

Uma questão especialmente preocupante diz respeito à utilização de redes sociais e outros serviços *online* por parte de crianças e adolescentes, cujo consentimento pode não ser ponderado devidamente dada a tenra idade do sujeito. Neste sentido, o n.º 1 do artigo 8.º do RGPD, referente à oferta direta de serviços da sociedade da informação a crianças, distingue entre menores de 16 anos, caso em que a licitude do tratamento depende da autorização dos titulares das responsabilidades parentais da criança, e os maiores de 16 anos, caso em que vale o consentimento do próprio. O Artigo 31.º da LPIP contém disposição paralela, colocando o marco nos 14 anos. É ainda exigida aos responsáveis pelo tratamento a formulação de regras especiais para o tratamento de informação pessoal de menores de 14 anos, ainda que não sejam especificadas essas regras. Por outro lado, os dados de menores de 14 anos são considerados dados sensíveis pelo artigo 28.º da LPIP, pelo que o seu tratamento requer autorização escrita dos pais[21].

A LPDP, por seu turno, não faz qualquer diferenciação em função da idade, aplicando-se as suas normas de igual modo a crianças e a adultos. Esta omissão deve ser corrigida, atendendo aos perigos advindos do processamento de dados de crianças num contexto digital. Porém, as soluções adoptadas pelo RGPD e pela LPIP são ainda, na nossa opinião, insuficientes face aos riscos associados ao tratamento de dados em questão. Com efeito, o problema denominado *sharenting* (partilha de informação relativa a crianças pelos titulares das responsabilidades parentais nas redes sociais) tem sido enquadrado no âmbito do direito a ser esquecido (vd *infra*)[22]. No entanto, quando a criança adquire maturidade suficiente para exercer esse direito, a mesma pode ter sido já exposta a vários anos (em alguns casos, toda a vida) de partilha pelos pais e a sua privacidade violada de forma irreversível. Assim, é desde logo ao nível do consentimento que o direito deve oferecer uma protecção mais robusta. O consentimento parental – que pode ser concedido sem a devida ponderação ou, pior, movido por interesses próprios – não deve ser visto como livre, mas vinculado pelos interesses da criança. Assim, devem ser estabelecidos mecanismos que protejam a imagem, identidade e segurança

---

21 Para uma avaliação do funcionamento prático destas disposições, LU ZHANG, KONRAD KOLLNIG, *Theory and practice: the protection of children's personal information in* China International Data Protection law (2023).

22 CLAIRE BESSANT, MAXIMILLIAN SCHNEBBE, *Does the GDPR offer a solution to the "problem" of sharenting?* in Schwerpunkt n.º 6 (2022), pp. 352 ss.

das crianças num contexto *online*. Por exemplo, podem ponderar-se restrições à publicação de imagens íntimas, de informações sobre a residência e vida quotidiana (por exemplo, a escola que frequenta ou o percurso diário) da criança.

Face a estes desenvolvimentos no direito europeu e chinês e às circunstâncias acima mencionadas, o legislador de Macau deverá ponderar a inclusão na LPDP de salvaguardas adicionais quanto à prestação de consentimento, em particular no que toca ao tratamento de dados das crianças.

3.2. O Direito a Ser Esquecido

O direito a ser esquecido (*right to be forgotten*) foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no acórdão de 13 de Maio de 2014, que decidiu o caso C-131/12, conhecido como caso *Google Spain*[23]. Neste caso, um cidadão espanhol constatou que, ao procurar o próprio nome no motor de busca Google, entre os resultados apareciam dois anúncios publicados no jornal La Vanguardia em 1998, relativos ao leilão de bens imóveis penhorados em resultados das dividas do mesmo cidadão à segurança social. Tendo em conta a legislação em vigor à data (a Directiva 95/46/CE), o TJUE decidiu (entre outras considerações) que a actividade de indexação de informação por um motor de busca da internet é uma forma de tratamento de dados pessoais, e que o direito consagrado no artigo 12.º, alínea b) da Directiva (direito à rectificação, apagamento ou bloqueio de dados) inclui o direito a que certos resultados apresentados por um motor de busca deixem de ser associados ao nome do titular dos dados nesse motor de busca, desde que o tratamento de dados em causa seja incompatível com a Directiva. Quanto a este ponto, o TJUE considerou que tal se verifica se os dados forem "inadequados, irrelevantes ou excessivos" face aos fins do tratamento (conforme artigo 6.º, n.º 1, alínea c) da Directiva), mesmo que tenham sido obtidos inicialmente de forma legítima. O direito a ser esquecido foi, subsequentemente, incorporado expressamente no artigo 17.º do RGPD.

Na sequência desta decisão, a Google estabeleceu um mecanismo de análise de pedidos de desindexação, seguindo os requisitos do "direito a ser esquecido", que recebeu, até à data, mais de 1 milhão de pedidos, com uma proporção quase idêntica de pedidos aceites e rejeitados[24]. O bloqueio de resultados é efectuado através de um sistema de geolocalização que impede o acesso a esses

---

23 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-131/12, em 13 de Maio de 2014, disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?pageIndex=0&docid=152065&doclang=EN&text=&cid=3515430.

24 As estatísticas relativas a estes pedidos são publicadas em https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en, acedido em 4 de Outubro de 2023.

resultados a partir do país a que se refere o pedido[25].

Na China continental, o direito ao apagamento de dados existia já na legislação anterior à LPIP. Nomeadamente, o artigo 43.º da Lei da Cibersegurança, de 2017 confere ao indivíduo o direito de solicitar a qualquer prestador de serviços em linha que apague a sua informação pessoal quando esta tenha sido obtida em violação de leis, regulamentos ou acordos entre as partes. O artigo 47.º da LPIP veio alargar o escopo deste direito ao apagamento a situações em que os fins do tratamento de dados tenham já sido alcançados, não possam ser alcançados ou o tratamento não seja já necessário, aproximando o novo regime ao previsto no RJPD[26].

Em Macau a existência de apoio legal para o direito a ser esquecido inequívoca, tendo em conta que as normas invocadas pelo TJUE no caso *Google Spain* têm correspondência quase exacta na LPDP. Assim, apesar de a LPDP não utilizar a referida expressão, na eventualidade de caso semelhante chegar aos tribunais de Macau, sempre poderá ser invocado o direito a ser esquecido com base nas mesmas normas, nomeadamente, os artigos 11.º, n.º 1, 4), e 5.º, n.º1 (especialmente a sua alínea 3).

Afigura-se que, de futuro, este direito tenderá a ganhar maior importância. Com efeito, os jovens que atingem este ano a maioridade nasceram no ano em que a rede social Facebook (lançada em 2004) passou a estar disponível fora dos Estados Unidos da América, tendo atingido nesse ano 6 milhões de utilizadores[27]. Durante os anos que se seguiram, essa e outras redes sociais conheceram grande expansão, tornando-se praticamente ubíquas. Informação contida nessas plataformas é susceptível de afectar a auto-imagem e vida social das pessoas visadas, podendo levar a casos de *cyberbullying*, por vezes com consequências trágicas. A publicação dessa informação é por vezes feita por pais de menores ou outras pessoas sem o conhecimento dos titulares dos dados, ou mesmo pelos próprios durante a infância e adolescência. A lei deve acautelar o direito dos titulares dos dados de verem esse conteúdo apagado das plataformas e removido dos resultados dos motores de busca onde apareçam. Tais pedidos devem poder ser feitos de forma simples, rápida e gratuita e a todo o tempo (independentemente da idade do requerente). Neste contexto, e apesar da base legal já existente, o legislador de Macau deve ponderar a introdução de normas mais precisas que não deixem dúvidas quanto

---

25 Vd. nota anterior.

26 CHUANMAN YOU, *Half a loaf is better than none: The new data protection regime for China's platform economy in* Computer Law & Security Review n.º 45 (2022).

27 MARK HALL, *Facebook*, in Encyclopaedia Britannica (actualizado em 3 de Outubro de 2023), https://www.britannica.com/topic/Facebook#:~:text=Facebook%20was%20founded%20in%202004,were%20using%20Facebook%20every%20day.

ao âmbito do direito a ser esquecido.

3.3. Inferências e Dados em Massa

Se o direito a ser esquecido surgiu no contexto da expansão da *internet* e das redes sociais, o problema dos dados em massa suscita outras questões que o legislador de Macau não poderá deixar ter em conta. Em virtude da adesão massiva a tecnologias da informação e serviços em linha, grandes quantidades de dados são produzidas a cada instante. Pense-se nos dados de localização gerados por telefones móveis, no histórico de buscas na *internet*, nos dados biométricos recolhidos por relógios inteligentes ou nos pagamentos realizados mediante aplicações móveis. Esta pegada digital traça um perfil cada vez mais detalhado da pessoa, que pode ser utilizada para formular juízos sobre a mesma e previsões quanto ao seu comportamento. Por vezes, esses juízos e previsões estão na base de decisões de relevo como as relativas ao crédito ou emprego.

O artigo 13.º da LPDP prescreve que "qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento". No entanto, este direito compreende excepções, desde que se acautelem os direitos e interesses legítimos do titular dos dados.

A principal diferença introduzida pelo RGPD neste âmbito é a inserção do conceito de "definição de perfis" (*profiling*), definida como "qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular (...)" (artigo 4.º, 4) No entanto, tendo em conta a redacção do artigo 13.º da LPDP, a diferença parece limitar-se a rotular uma realidade já vislumbrada pela lei. Evolução mais significativa poderá emergir da prática e, em particular, da jurisprudência do TJUE. Esta encontra-se agora, no que toca à interpretação do artigo 22.º do RGPD, a dar os primeiros passos, com a decisão do caso SCHUFA em Dezembro de 2023[28]. Neste caso, referente à decisão de recusa de crédito baseado em *profiling*, o TJEU concluiu que o direito a não ser sujeito a decisões individuais automatizadas se aplica a casos em que a entidade que toma a decisão (no caso, de conceder ou não crédito) é diferente da que recolhe e processa os dados e formula um juízo sobre o individuo. Esta definição do escopo da norma em termos amplos permite que a mesma produza efeitos úteis em casos que, de outra forma, lhe escapariam.

28 Processo C-634/21, OQ contra Land Hessen, sendo interveniente: SCHUFA Holding AG, https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-634/21, acedido em 4 de outubro de 2023.

Num outro plano, as actuais opções legislativas na UE no que toca aos juízos (ou inferências) e previsões formuladas com base em processamento de dados pessoais foi alvo de críticas por parte de Sandra Wachter e Brent Mittlestadt,[29] por se preocupar predominantemente com o *input*, ou seja, com a recolha de dados com vista ao seu tratamento. Segundo os autores, o problema deveria ser abordado também pela perspectiva do *output*, ou seja, das inferências em si. Por um lado, defendem, estas deveriam ser consideradas dados pessoais e beneficiar de todas as protecções aplicáveis a estes (e não apenas o direito previsto no artigo 22.º do RGPD) e, por outro, deveria ser consagrado um direito a inferências razoáveis, que permitisse um escrutínio dos dados e parâmetros conducentes a essas inferências. Associada a este direito estaria uma obrigação de justificar a razoabilidade de inferências de alto risco, designadamente aquelas que acarretam riscos para a privacidade e reputação dos sujeitos e as que são de difícil verificação.

Este direito é parcialmente consagrado no artigo 24.º da LPIP, cujo terceiro parágrafo prescreve: "Quando a tomada de decisão por meios automáticos tiver um impacto significativo nos direitos e interesses do indivíduo, este tem o direito de exigir que o processador de informações pessoais dê uma explicação, e de rejeitar a decisão tomada pelo processador de informações pessoais exclusivamente por meios automáticos." Tratando-se de uma opção já adoptada pelo legislador da China Continental, o legislador de Macau poderá tomá-la em consideração numa futura revisão da LPDP.

3.4. Extraterritorialidade

O carácter global da sociedade da informação enfraquece a eficácia de leis de base territorial, especialmente quando estas se destinam a regular aspectos que têm com a mesma uma relação próxima, como é o caso da protecção de dados. Para fazer face a essa circunstância, quer o RGPD, quer a LPIP preveem a sua aplicação extraterritorial. No caso do RGPD, o respectivo âmbito territorial comporta não apenas o tratamento de dados realizado na UE, mas também o tratamento de dados por entidades que aí operem, e relativo a titulares de dados residentes no território da União, em certas circunstâncias, nomeadamente quando destinado à prestação de serviços aos mesmos (artigo 2.º do RGPD). Assim, por exemplo, o tratamento de dados por uma plataforma sediada nos Estados Unidos da América está sujeito ao RGPD sempre que esses serviços sejam oferecidos a residentes da UE.

Por seu turno a LPIP também inclui no seu escopo territorial o tratamento

---

29 SANDRA WACHTER & BRENT MITTLESTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-thinking Data Protection in the Age of Big Data and AI in* Columbia Business Law Review, n.º 2019 (2018), pp. 2 ss.

no estrangeiro de informações pessoais de pessoas singulares residentes na China continental, quando se destine a oferecer-lhes produtos ou serviços, a analisar ou avaliar os seus comportamentos ou quaisquer outras circunstâncias estipuladas na lei ou regulamentos administrativos (artigo 3.º da LPIP).

Deve Macau proceder à expansão do âmbito territorial da LPDP? A favor dessa opção militaria a já referida limitação à eficácia da LPDP em virtude do carácter global da sociedade da informação. Com efeito, apesar das restrições existentes à transferência de dados para o exterior (artigos 19.º e 20.º da LPDP), os dados pessoais dos residentes de Macau poderão ser alvo de tratamento em múltiplas jurisdições, nem sempre com um nível adequado de protecção. Tal verificar-se-á, designadamente, quando o próprio titular fornecer esses dados a entidades do exterior com vista à obtenção de serviços de comércio electrónico, redes sociais, inteligência artificial ou outros.

Porém, há que ter em conta, por um lado, a necessidade desta medida e, por outro, a sua eficácia. Quanto à necessidade, há que avaliar os resultados do efeito extraterritorial já estabelecido para as leis congéneres da UE e do interior da China. No que diz respeito ao RGPD, conforme a supracitada opinião de Bradford[30]. a sua entrada em vigor tem desencadeado um alinhamento das práticas de muitas entidades privadas pelos seus padrões. Isso deve-se ao facto de que, pretendendo continuar a prestar serviços aos residentes da UE, estas entidades acabam por adoptar o nível de protecção prescrito pelo RGPD não só na EU mas relativamente a todos os seus utilizadores no resto do mundo ("Efeito Bruxelas" na sua vertente *de facto*). Um efeito semelhante poderá ocorrer em resultado da vigência da LPIP.

No entanto, nem sempre esse efeito terá lugar, podendo persistir focos de risco para os residentes de Macau. Poderá um efeito extraterritorial da LPDP resolver estes casos? A resposta a esta questão dependerá da motivação de cada operador em continuar a oferecer os seus serviços aos residentes de Macau. Se a LPDP passar a incluir o bloqueio em Macau de serviços digitais do exterior que não cumpram as suas disposições, apenas entidades com uma alta motivação em continuar a operar em Macau irão conformar as suas práticas com essas normas. Nos restantes casos, o serviço poderá permanecer bloqueado, privando os residentes de Macau da sua utilização ou levando-os a procurar meios alternativos, como a utilização de serviços de rede virtual privada ("VPN"). Assim, um possível efeito extraterritorial da LPDP deve ser ponderado de modo cuidadoso, de modo a evitar privar os residentes de Macau de serviços da sociedade da informação de que dependem ou a que se habituaram.

---

30 BRADFORD (nota 1).

4. Conclusão: Efeito Bruxelas ou Efeito Pequim?

Tendo em conta o que se disse nas secções anteriores, afigura-se ser de recomendar uma revisão da LPDP num futuro próximo. Apesar de muitas das suas soluções ainda acompanharem o nível de protecção conferido por leis congéneres, questões como o consentimento (em particular no que toca aos dados das crianças), o direito a ser esquecido, as inferências automatizadas e a territorialidade da protecção de dados são merecedoras de aprofundamento e clarificação, por forma a melhor acautelar os direitos dos cidadãos.

Tendo tido como principal fonte de inspiração o direito europeu, uma opção viável para a revisão da LPDP será o seu alinhamento com o RGPD. No entanto, a LPIP surgiu mais recentemente e contempla soluções inovadoras, como um possível direito a inferências razoáveis. Além disso, há que ponderar um conjunto de outras questões que não foram objecto de análise neste trabalho, como sejam a questão da soberania digital e da localização de dados.[31] Assim, ambos os modelos poderão servir de inspiração ao legislador de Macau, feita a devida ponderação das circunstâncias locais.

Assiste ainda ao GPDP e aos tribunais a missão de interpretar a lei segundo as necessidades actuais, nomeadamente as resultantes da sociedade da informação. Institutos como o direito a ser esquecido encontram já amparo na letra da lei, devendo clarificar-se o seu âmbito de aplicação. Quanto às decisões individuais automatizadas, será de adoptar um entendimento amplo e actualista, que acautele as práticas de *profiling* em vários contextos, devendo ponderar-se ainda a consagração de um direito a inferências razoáveis.

Há ainda que continuar a divulgar junto dos cidadãos as regras e protecções em vigor, para que os casos de violação possam ser identificados e sancionados. Neste campo, o carácter global da sociedade da informação apresenta desafios à utilidade prática destas normas. No entanto, a possível extraterritorialidade da LPDP deverá ser encarada com alguma cautela, tendo em conta as suas possíveis consequências ao nível do acesso a serviços digitais por parte dos residentes de Macau.

---

31 Abordando a questão sob uma perspectiva comparada e multifacetada, ANUPAN CHANDER, HAOCHEN SUN (eds.), *Data Sovereignty: From the Digital Silk Road to the Return of the State,* Oxford University Press, 2023.

ACESSO AO DIREITO E AOS TRIBUNAIS: CONTRIBUTOS DA TECNOLOGIA PARA A MELHORIA DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Access to the Law and the Courts: technology's contribution to improving efficiency in the administration of justice

Marco Carvalho Gonçalves
Professor Associado, Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal
Investigador integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

Resumo: A Constituição da República Portuguesa consagra, no seu art. 20.º, o direito fundamental de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva.

No domínio civil, semelhante direito fundamental recebe concretização *infra* constitucional no art. 2.º do Código de Processo Civil português, à luz do qual a garantia de acesso aos tribunais compreende o direito à obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável, que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão que tenha sido regularmente deduzida em juízo, assim como a possibilidade de se executar essa decisão.

Partindo dessa premissa, bem como da experiência adquirida pelo sistema judicial no contexto da pandemia, a presente intervenção procura analisar de que forma o uso dos meios eletrónicos e tecnológicos no âmbito do processo judicial é suscetível de contribuir para a maior eficiência na administração da justiça, bem como para a melhoria da efetividade da tutela jurisdicional, garantindo-se, simultaneamente, o respeito pelo direito fundamental a um processo justo e equitativo.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional efetiva; garantia de acesso aos

tribunais; processo justo e equitativo; eficiência do processo judicial; administração da justiça.

Abstract: The Constitution of the Portuguese Republic enshrines, in its Article 20, the fundamental right of access to the law and to effective judicial protection.

In the civil domain, this fundamental right is implemented at a lower constitutional level in Article 2 of the Portuguese Code of Civil Procedure. According to this article, the guarantee of access to the courts includes the right to obtain a judicial decision within a reasonable time, which assesses, with the force of res judicata, the claim that has been regularly brought before the court, as well as the possibility of enforcing this decision.

Based on this premise, as well as the experience gained by the judicial system during the pandemic, this intervention seeks to analyse how the use of electronic and technological means in the judicial process can contribute to greater efficiency in the administration of justice, as well as to the improvement of the effectiveness of judicial protection, while simultaneously ensuring respect for the fundamental right to a fair and equitable process.

Keywords: Effective judicial protection; guaranteed access to the courts; fair and equitable process; efficiency of the judicial process; administration of justice.

1. Introdução

A Constituição da República Portuguesa consagra, no seu art. 20.º, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, à luz do qual o Estado deve assegurar a todos o acesso ao direito e aos tribunais, tendo em vista a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Contudo, para que esse direito fundamental seja observado, não basta apenas garantir, por via do direito de ação, o acesso aos tribunais.

Na verdade, tal direito fundamental exige, igualmente, que a causa seja objeto de uma decisão em prazo razoável – em conformidade, aliás, com o disposto no art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e no art. 47.º, parágrafo 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – e mediante um processo justo e equitativo.

Procurando concretizar semelhante direito, o art. 2.º, n.º 1, do Código de

Processo Civil português[1] estatui que "A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar".

Em todo o caso, não obstante a sua consagração constitucional, o certo é que a efetividade do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável depende, necessariamente, da eficiência do sistema judiciário e da administração da justiça.

Por conseguinte, partindo da análise da situação atual do ordenamento jurídico português quanto às soluções de política legislativa que têm vindo a ser implementadas ao longo dos últimos anos e à duração média dos processos judiciais, procuraremos demonstrar de que forma a tecnologia poderá contribuir para a melhoria da celeridade e da eficiência na administração da justiça, assegurando-se, assim, o respeito pelo direito fundamental à obtenção de uma decisão em prazo razoável, no âmbito de um processo justo e equitativo.

2. Ponto da Situação

2.1. Enquadramento Legislativo

A lei de processo civil portuguesa consagra, na atualidade, diversos meios tecnológicos de apoio à atividade dos tribunais judiciais.

Com efeito, entre outros instrumentos[2], importa destacar a tramitação eletrónica do processo judicial através do sistema informático de suporte à atividade dos tribunais, denominado "*Citius*" (arts. 132.º e 712.º do CPC e 3.º e 5.º da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto), a prática de atos processuais por meios eletrónicos por magistrados e funcionários judiciais (art. 19.º da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto), a apresentação de peças processuais e de documentos através de via eletrónica (arts. 137.º, n.º 3, e 144.º do CPC), a apresentação de peças processuais e documentos pelos magistrados do Ministério Público nos processos em que estes intervenham no exercício das suas competências (art. 4.º, n.º 3, da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto), a digitalização, pela secretaria do tribunal, de peças processuais e documentos que tenham sido apresentados em suporte físico (art. 12.º-A da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, aditado pela Portaria n.º 267/2018, de 20 de setembro), o direito de exame e de consulta do processo por via eletrónica (arts. 163.º do CPC e 27.º da Portaria n.º 280/2013,

---

1 Doravante designado abreviadamente de "CPC".

2 Cfr. a Portaria n.º 114/2008, de 6 de fevereiro, entretanto revogada pela Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

de 26 de agosto), a passagem de certidões em formato eletrónico (art. 170.º do CPC), a distribuição por meios eletrónicos (arts. 204.º, 207.º, n.º 2, 208.º, 209.º, n.º 2, e 216.º do CPC e 16.º da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto), a citação e a notificação por via eletrónica (arts. 219.º, 225.º, 246.º a 248.º, 252.º e 255.º do CPC), a publicação de anúncios de citação edital em página informática de acesso público[3] (art. 240.º, n.º 1, do CPC), a assinatura da sentença por via eletrónica (art. 615.º, n.º 3, do CPC), a remessa eletrónica do processo ao tribunal superior em caso de recurso (art. 15.º da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto), a consulta eletrónica das bases de dados pelo agente de execução (art. 749.º do CPC), a penhora eletrónica de bens imóveis, de bens móveis sujeitos a registo e de depósitos bancários (arts. 755.º, 768º e 780.º do CPC), a citação eletrónica da Fazenda Nacional e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P. (art. 786.º, n.º 2, do CPC), bem como a venda de bens penhorados através de leilão eletrónico [arts. 811.º, n.º 1, al. g), e 837.º do CPC].

2.2. Duração Média dos Processos Judiciais

Não obstante a importância das soluções de política legislativa a que se aludiu *supra*, materializadas, fundamentalmente, na implementação da tecnologia enquanto instrumento vital para a modernização do sistema de justiça – importância essa que viria a ser reafirmada em 2013, seja por via da aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho), seja por força da promulgação da *supra* citada Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, que veio regulamentar vários aspetos da tramitação eletrónica dos processos judiciais – a verdade é que os dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério da Justiça português não são particularmente animadores.

Com efeito, tais dados revelam que a duração média dos processos declarativos cíveis[4], nos tribunais de primeira instância – contabilizada em função do período de tempo que medeia entre a data da entrada da petição inicial em juízo e a data do proferimento da decisão final, independentemente da data do seu trânsito em julgado – foi, em 2016, de 16 meses, em 2017 e em 2018, de 15 meses, em 2019, de 12 meses, e, em 2020, 2021 e 2022, de 11 meses[5]. Já no que concerne à duração média dos recursos nos tribunais superiores, a mesma, nos

3 Acessível no endereço eletrónico *https://tribunais.org.pt*.

4 Não se incluindo aqui os processos de insolvência, os processos especiais de revitalização e os processos especiais para acordo de pagamento.

5 Observe-se que, de acordo com os dados divulgados pelo Ministério da Justiça, em 2022, entraram nos tribunais judiciais de 1.ª instância 417.359 processos, sendo que, no dia 31 de dezembro de 2022, estavam pendentes nesses tribunais 583.061 processos.

anos de 2019 a 2021, foi de 3 meses para os recursos de apelação e de 3,3 meses para os recursos de revista.

No entanto, uma análise pormenorizada da situação de alguns processos especiais revela, em alguns casos, um cenário bem mais preocupante. Assim, por exemplo, no âmbito do processo de inventário, a duração média do processo, em 2017, foi de 49 meses, em 2018, de 40 meses, em 2019, de 32 meses e, em 2020, de 20 meses.

Por sua vez, no que diz respeito aos processos executivos cíveis, a sua duração média nos tribunais de primeira instância foi, em 2016, de 45 meses, em 2017, de 49 meses, em 2018, de 51 meses, em 2019, de 53 meses, em 2020, de 57 meses, em 2021, de 60 meses e, em 2022, de 53 meses[6].

3. Soluções Possíveis

Tomando por base as soluções de política legislativa que foram adotadas ao longo dos últimos anos, procuraremos, de seguida, adiantar soluções possíveis que, através do emprego da tecnologia nos tribunais, permitam melhorar a celeridade e a eficiência do sistema judicial, bem como a redução dos custos no acesso à justiça.

3.1. Processo em Geral

3.1.1. Gestão Processual e Adequação Formal

O Código de Processo Civil português consagra, no seu art. 6.º, o poder de direção e de gestão do processo.

Com efeito, sem prejuízo do ónus de impulso processual a que as partes se encontram vinculadas, o legislador impõe ao juiz o dever de dirigir ativamente o processo, providenciar pelo seu andamento célere – promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando tudo aquilo que for impertinente ou meramente dilatório –, bem como adotar mecanismos de simplificação e de agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

Ora, no exercício desse dever de gestão processual, as potencialidades do uso da tecnologia para a eficiência da administração da justiça são inúmeras. A título meramente exemplificativo, importa salientar a possibilidade de os sistemas tecnológicos auxiliarem o juiz no processo de suprimento de exceções dilatórias, na identificação de irregularidades dos articulados (art. 590.º, n.º 3, do CPC),

---

6 Dados disponíveis em *https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-de-processos.aspx* (consultado em 04.10.2023).

na identificação de documentos que sejam essenciais para o conhecimento do mérito da causa e que não se encontrem no processo, na identificação de ações que, estando a ser tramitadas em separado, sejam passíveis de ser agregadas tendo em vista a produção simultânea de diligências probatórias que sejam comuns a essas ações (ex. audição da mesma testemunha), na determinação da apensação de ações que tenham sido intentadas de forma separada, a fim de o juiz conhecer, em simultâneo, os pedidos que tenham sido deduzidos nessas ações, na decisão de suspensão da instância quando se verifique uma relação de prejudicialidade ou de dependência em relação a outra ação que se encontre pendente, bem como na adoção da tramitação processual que se revele mais adequada em função das particularidades e especificidades da causa.

3.1.2. Citação

O direito ao contraditório constitui um princípio fundamental do processo justo e equitativo. Com efeito, à luz do art. 3.º, n.º 3, do CPC, o tribunal não pode resolver o conflito de interesses, o qual é inerente à ação judicial, sem que, antes, o réu seja devidamente chamado ao processo para deduzir oposição.

Neste enquadramento, o respeito pelo princípio do contraditório é assegurado por via da citação, ato através do qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele uma ação judicial e se chama ao processo para se defender (art. 219.º do CPC).

Ora, no que em particular se refere ao modo de realização da citação, a lei de processo civil prevê a possibilidade de a mesma ser realizada por via eletrónica [arts. 132.º, n.º 2, 219.º, n.º 5, e 225º, n.º 2, al. a)], caso em que pode ser efetuada "através do envio de informação estruturada respeitante à identificação do processo e da interoperabilidade entre o sistema de informação de suporte à atividade dos tribunais e o sistema de informação do citando" (art. 219.º, n.º 4, do CPC). Estando em causa a citação de pessoas coletivas, a mesma, nos termos do art. 219.º, n.º 5, do CPC pode ser realizada por via eletrónica quando, estando em causa uma entidade pública da Administração direta ou indireta do Estado, tal se encontre previsto em portaria dos membros do Governo responsáveis pela área da justiça e pela entidade pública em causa e, tratando-se de outras pessoas coletivas, tal se encontre previsto em protocolo celebrado entre a pessoa coletiva e o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., e homologado pelo membro do Governo responsável pela área da justiça.

Simplesmente, apesar de a citação eletrónica se encontrar expressamente prevista no Código de Processo Civil, o certo é que o seu âmbito de aplicação é ainda muito residual, razão pela qual a citação pessoal continua a ser efetuada, em regra, através de carta registada com aviso de receção, nos termos dos arts. 225.º, n.º 2, al. b), e 228º do CPC.

Ora, se a citação postal se frustrar, pelo facto de o citando se encontrar ausente em parte incerta, o art. 236.º do CPC impõe à secretaria o dever de realizar oficiosamente todas as diligências que se afigurem necessárias à remoção das dificuldades da citação, designadamente mediante a consulta das bases de dados dos serviços de identificação civil, da Segurança Social, da Autoridade Tributária e Aduaneira e do Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres e, quando o juiz o considere absolutamente indispensável para decidir da realização da citação edital, junto das autoridades policiais.

Caso tais diligências se revelem infrutíferas, tem lugar a citação edital, a qual é efetuada mediante a afixação de um edital na porta da casa da última residência ou sede que o citando teve no país, seguida da publicação de um anúncio no endereço eletrónico *https://tribunais.org.pt* (arts. 240.º do CPC e 24.º da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto).

Escusado, será, portanto dizer que a citação, não obstante a sua importância fundamental para a garantia do processo justo e equitativo, constitui, pelas dificuldades da sua concretização efetiva, um dos principais fatores de bloqueio da celeridade e da eficiência dos processos judiciais.

Neste contexto, afigura-se que a utilização da tecnologia no domínio da citação poderá ser fundamental para se garantir uma maior celeridade na tramitação dos processos judiciais, sendo que a concretização desta medida assentaria nas seguintes premissas:

a) adoção, como regra, da citação eletrónica, através do envio da petição inicial e dos documentos para um endereço de correio eletrónico oficial do citando, presumindo-se o réu efetivamente citado nos casos em que o envio da comunicação tenha sido concretizado nesse endereço de correio eletrónico;

b) frustrando-se o envio da citação através da transmissão eletrónica ou não sendo a mesma possível, a identificação do paradeiro efetivo do citando seria realizada, sem necessidade de intervenção humana da secretaria (nos moldes atualmente previstos no art. 236.º do CPC), mediante o cruzamento informático automático da morada do réu, identificada no processo, com as bases de dados oficiais, garantindo-se, assim, uma maior eficiência na gestão dos recursos dos tribunais.

3.1.3. Notificação

Nos termos o art. 219.º, n.º 2, do CPC, a notificação serve para chamar alguém a juízo, nos casos em que não deva intervir como parte, bem como para dar conhecimento de um facto.

No que concerne à forma de realização da notificação, a mesma difere consoante a parte se encontre ou não representada por mandatário.

Assim, na primeira hipótese, em que a parte se encontre representada por

mandatário, a notificação é realizada através de via eletrónica (art. 248.º, n.º 1, do CPC).

Por sua vez, na segunda hipótese, em que a parte não tenha constituído mandatário, a notificação é realizada, em regra, através do envio de carta registada, dirigida para a residência, sede ou domicílio que tiver sido escolhido para o efeito (art. 249.º, n.º 1, do CPC).

Ora, tal como se defendeu anteriormente, a respeito da citação, afigura-se que o processo judicial seria muito mais eficiente se o legislador adotasse, como regra, a realização da notificação por via eletrónica, a ser remetida para o endereço de correio eletrónico que o notificando tivesse adotado como endereço oficial para efeitos de recebimento de comunicações remetidas por entidades oficiais.

Paralelamente, a notificação, à semelhança da citação, poderia ser realizada de forma automatizada e eletrónica, sem qualquer necessidade de intervenção humana da secretaria judicial, garantindo-se, assim, uma maior eficiência do sistema judicial.

3.1.4. Comunicação de Atos em Língua Estrangeira

Não raras vezes, os tribunais carecem de praticar atos processuais que implicam a tradução prévia de documentos. É o que sucede, nomeadamente, nas situações em que a prática de um ato processual exija a intervenção de uma autoridade judiciária estrangeira, caso em que o tribunal deve, na respetiva comunicação, empregar uma carta rogatória (art. 172.º, n.º 1, do CPC).

Neste enquadramento, a utilização da tecnologia nos tribunais, materializada em sistemas de tradução automática de documentos, poderá assegurar uma gestão mais célere e eficiente dos processos judiciais ao nível da prática de atos processuais pela secretaria, diminuindo-se, simultaneamente, as custas judiciais.

3.1.5. Prazos Processuais

A garantia da celeridade e da eficiência do processo judicial passa, igualmente, pelo cumprimento escrupuloso dos prazos previstos para a prática de atos processuais e para a duração das diversas fases dos processos.

Ora, a implementação de sistemas de inteligência artificial nos tribunais judiciais poderia, desde logo, assegurar uma maior eficiência no que concerne à contagem automática dos prazos para a prática de atos processuais, evitando-se, por essa via, a ocorrência de eventuais erros na contagem de prazos[7].

---

7 É o que sucede, por exemplo, na eventualidade de a secretaria ter, erradamente, indicado ao réu um prazo superior ao que este legalmente dispunha para se defender, caso em que, não podendo o réu ser prejudicado por esse erro, a contestação deve ser admitida dentro do prazo que lhe tiver sido erradamente indicado (art. 191.º, n.º 3, do CPC).

Paralelamente, a contagem automática de prazos, por via da adoção de sistemas tecnológicos inteligentes nos tribunais, permitiria auxiliar o juiz na adequada gestão do processo (art. 6.º do CPC), mediante a identificação automática dos processos em que se mostrasse decorrido o prazo legalmente previsto para a prática de atos próprios do juiz ou da secretaria[8].

3.2. Processo Declarativo

3.2.1. Conciliação Judicial

O emprego da tecnologia ao serviço dos tribunais poderá, de igual modo, desempenhar um papel fundamental no domínio da maior eficiência da conciliação judicial.

Assinale-se, a este respeito, que o Código de Processo Civil de 2013 veio reforçar a importância do papel do juiz na conciliação judicial, prevendo, de forma expressa, no art. 594.º, n.º 3, do CPC, a obrigação de o juiz "empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio".

Paralelamente, o n.º 4 do citado preceito legal veio estatuir que, na eventualidade de a tentativa de conciliação se frustrar, de forma total ou parcial, o juiz tem o dever de consignar na respetiva ata não só as soluções concretas que o mesmo sugeriu às partes para que as mesmas lograssem alcançar um acordo – o que reforça, portanto, o controlo judicial quanto ao dever de o juiz se empenhar ativamente na resolução amigável do litígio –, como também as razões e os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio.

Ora, partindo das premissas que estão na base do litígio, isto é, tendo por referência as razões, de facto e de direito, invocadas pelas partes nos seus articulados, a implementação de sistemas de inteligência artificial nos tribunais judiciais poderia, num primeiro plano, auxiliar o juiz a apresentar às partes as melhores soluções possíveis – sob o prisma da legalidade ou da equidade – para a composição amigável do litígio.

---

8 Observe-se que, nos termos do art. 156.º, n.º 5, do CPC, a secretaria deve remeter mensalmente ao presidente do tribunal informação discriminada dos casos em que se mostrem decorridos três meses sobre o termo do prazo fixado para a prática de ato próprio do juiz, ainda que o ato tenha sido entretanto praticado, incumbindo ao presidente do tribunal, no prazo de 10 dias contado da data de receção, remeter o expediente à entidade com competência disciplinar.
Por sua vez, no que concerne ao cumprimento dos prazos para o expediente da secretaria, o art. 162.º, n.º 5, do CPC, estatui que a secretaria deve remeter, mensalmente, ao presidente do tribunal, informação discriminada dos casos em que se mostrem decorridos 10 dias sobre o termo do prazo fixado para a prática de ato próprio da secretaria, ainda que o ato tenha sido entretanto praticado. Nessa eventualidade, incumbe ao presidente do tribunal, no prazo de 10 dias contado da data de receção, remeter o expediente à entidade com competência disciplinar.

Por outro lado, a implementação da tecnologia poderia garantir a efetividade da composição amigável do litígio, identificando, nomeadamente, a probabilidade de cumprimento voluntário das obrigações assumidas pelas partes no acordo objeto de homologação judicial[9]. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o devedor celebrar com o credor um acordo de pagamento, em prestações, de uma dívida reclamada por este no âmbito de um processo judicial, apesar de o devedor ter, entretanto, sido declarado insolvente no âmbito de um processo de insolvência que não é do conhecimento do tribunal ou na eventualidade de o devedor não ter qualquer fonte de rendimento ou património que permita o cumprimento efetivo das obrigações por si assumidas.

3.2.2. Produção de Prova

3.2.2.1. Prova Documental

No que diz respeito à prova documental, o art. 134.º, n.º 1, o CPC determina que, se forem apresentados documentos que se encontrem escritos em língua estrangeira e que careçam de tradução, o juiz, de forma oficiosa ou mediante requerimento de alguma das partes, deve ordenar ao apresentante do documento que proceda à junção da respetiva tradução.

Pode, no entanto, suceder que surjam dúvidas fundadas sobre a idoneidade da tradução que tiver sido apresentada. Ora, nesse caso, o juiz deve determinar que o apresentante junte uma tradução efetuada por um notário ou autenticada por funcionário diplomático ou consular do Estado respetivo. Não sendo possível a obtenção dessa tradução ou se o apresentante do documento não cumprir o que tiver sido determinado, o juiz pode ordenar que o documento seja traduzido por perito designado pelo tribunal.

Neste contexto, a apresentação de documentos em língua estrangeira, que careçam de ser traduzidos, pode acarretar uma paralisação desnecessária do processo judicial ou, pelo menos, um entorpecimento ao andamento normal do processo.

Afigura-se, por isso, que o processo judicial poderia torna-se mais célere e menos oneroso – já que os custos com a tradução ou autenticação constituem um encargo, para efeitos de determinação das custas processuais – por via da implementação de sistemas tecnológicos inteligentes de tradução automática de documentos.

---

9 *Vide*, a este respeito, PAMELA S. KATZ, *Expert Robot: Using Artificial Intelligence to Assist Judges in Admitting Scientific Expert Testimony*, 2014, p. 35, *in https://www.albanylawjournal.org/article/19207-expert-robot-using-artificial-intelligence-to-assist-judges-in-admitting-scientific-expert-testimony* (acedido em 02.10.2023).

3.2.2.2. Prestação de Declarações por Estrangeiros

Nos termos do art. 133.º, n.º 1, do CPC, nos atos judiciais deve ser sempre utilizada a língua portuguesa.

Pode, no entanto, haver necessidade de se proceder à audição de alguém que desconheça a língua portuguesa, nomeadamente em sede de produção de prova testemunhal (arts. 495.º e ss. do CPC) ou de prova por confissão ou por declarações de parte (arts. 452.º a 466º do CPC).

Nessa eventualidade, a lei de processo civil determina que o estrangeiro pode exprimir-se em língua diversa da portuguesa, mas, nesse caso, deve ser nomeado, se necessário, um intérprete, para, sob juramento de fidelidade, estabelecer a comunicação (art. 133.º, n.º 2, do CPC).

Ora, também neste domínio, a celeridade e a eficiência do processo judicial, bem como a redução das custas processuais, poderão ser otimizadas por via da adoção de sistemas tecnológicos que realizem a tradução, automática e simultânea, do depoimento prestado pelo estrangeiro, tornando, assim, desnecessária a nomeação de um intérprete.

3.2.2.3. Prova Pericial

No que em particular diz respeito à prova pericial (arts. 467.º e ss. do CPC), a utilização de sistemas tecnológicos inteligentes será, igualmente, decisiva para a melhoria da celeridade dos processos, bem como para a redução dos respetivos custos.

Com efeito, na lei de processo civil vigente, quando seja necessário recorrer-se à realização de uma perícia, o tribunal carece de proceder à sua requisição a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado. Não sendo tal possível ou conveniente, a peritagem é realizada por um único perito, o qual é nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa, sem prejuízo da possibilidade de realização de uma perícia colegial, nos termos do art. 468.º do CPC.

Neste enquadramento, a implementação de sistemas tecnológicos no domínio da produção de prova pericial permitirá dispensar a dependência do tribunal em relação a entidades externas ou, sendo caso disso, a necessidade de nomeação de um perito.

Já no que diz respeito às suas potencialidades em sede pericial, os sistemas tecnológicos poderão, por exemplo, proceder à reconstituição fidedigna das condições em que ocorreu um determinado acidente de viação ou à determinação da autenticidade da letra ou da assinatura constantes de um documento.

3.2.3. Assistência ao Processo Decisório

A implementação de sistemas tecnológicos inteligentes nos tribunais, tendo em vista a assistência do juiz no seio do processo decisório, permitirá simplificar e agilizar a tramitação dos processos judiciais, particularmente em quatro domínios de especial relevo.

Em primeiro lugar, os sistemas tecnológicos poderão auxiliar o juiz ao nível da verificação dos pressupostos processuais e na identificação de eventuais exceções dilatórias que, por serem insuscetíveis de sanação, obstem ao conhecimento do mérito da causa. É o que sucede, por exemplo, com a identificação automática de processos em que se verifique uma incompetência absoluta do tribunal.

Em segundo lugar, os sistemas tecnológicos poderão ajudar o juiz no processo decisório, nomeadamente através da seleção automática da legislação e da jurisprudência que sejam mais relevantes para a apreciação do mérito da causa[10]. Acresce que, nos casos em que a decisão assente em critérios objetivos ou em operações de simples cálculo aritmético – tal como ocorre, por exemplo, com a elaboração do mapa da partilha no âmbito do processo de inventário (art. 1120.º do CPC) –, os sistemas tecnológicos poderão ser fundamentais ao nível da elaboração de propostas de decisão, sem que as mesmas contendam, nessa eventualidade, com o direito a um processo justo e equitativo.

Em terceiro lugar, na tramitação do recurso nos tribunais superiores, a tecnologia poderá auxiliar o juiz relator a identificar, de forma simples e expedita, o objeto do recurso, a prova, constante do processo, que seja suscetível de corroborar o mérito da decisão recorrida ou, pelo contrário, de impor uma alteração quanto à decisão sobre a matéria de facto, bem como a verificação de eventual jurisprudência uniformizada ou, caso esta não exista, de eventuais divergências, ao nível das decisões dos tribunais superiores, em relação à aplicação ou à interpretação do direito no domínio da matéria jurídica objeto de litígio.[11].

Em quarto lugar, no domínio da tutela cautelar, a utilização de sistemas tecnológicos poderá ser particularmente relevante nas situações em que a lei imponha ao juiz a obrigação de, na sua decisão, proceder a um juízo de probabilidade ou de proporcionalidade. É o que sucede, nomeadamente, com a possibilidade de a providência cautelar ser recusada quando o prejuízo dela

---

10 *Vide*, a este propósito, HENRIQUE ALVES PINTO, *A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões*, *in* Revista de Informação Legislativa, Ano 57, n.º 225. jan.-mar. 2020, p. 48.

11 Cfr., a este respeito, THIAGO SOUZA BRITO / RODRIGO SALDANHA FERNANDES, *Inteligência Artificial e a Crise do Poder Judiciário: Linhas Introdutórias sobre a Experiência Norte-Americana, Brasileira e sua Aplicação no Direito Brasileiro*, *in* Revista Académica da Faculdade de Direito do Recife, volume 91, n.º 2, 2019, p. 95.

resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que, com ela, o requerente pretende evitar (art. 368.º, n.º 2, do CPC); a providência cautelar anteriormente decretada ser substituída por caução adequada, a pedido do requerido, sempre que a caução oferecida, ouvido o requerente, se mostre suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente (art. 368.º, n.º 3, do CPC); o juiz optar por não suspender a deliberação social, ainda que a mesma seja contrária à lei, aos estatutos ou ao contrato, quando o prejuízo resultante da suspensão seja superior ao que pode derivar da execução (art. 381.º, n.º 2, do CPC); o juiz autorizar a continuação de uma obra, anteriormente embargada, quando se reconheça que a demolição restituirá o embargante ao estado anterior à continuação ou quando se apure que o prejuízo resultante da paralisação da obra é consideravelmente superior ao que poderá advir da sua continuação e em ambos os casos mediante caução prévia às despesas de demolição total (art. 401.º do CPC).

3.3. Processo Executivo

3.3.1. Prevenção de Execuções Inviáveis

No âmbito do processo executivo, a utilização de sistemas tecnológicos inteligentes será fundamental para prevenir a propositura de ações executivas manifestamente inviáveis, *maxime* por força da inexistência de bens penhoráveis do devedor ou pelo facto de este, entretanto, ter sido declarado insolvente.

Ora, à luz da lei de processo civil vigente, caso o credor pretenda aquilatar o grau de viabilidade e de sucesso de uma eventual ação executiva, este apenas dispõe da possibilidade de proceder à consulta prévia das bases de dados oficiais[12] ou de lançar mão de um procedimento extrajudicial pré-executivo (Lei n.º 32/2014, de 30 de maio).

Consequentemente, pode ocorrer que o credor proponha uma ação executiva – onerando, por essa via, os tribunais e suportando as devidas custas judiciais – a qual, entretanto, acabe por se revelar manifestamente inviável, em virtude da inexistência ou da insuficiência patrimonial do devedor [art. 849.º, n.º 1, al. c), do CPC].

Assim, a integração, na administração da justiça, de um sistema inteligente que, aquando da propositura de uma ação executiva, advirta o credor da inviabilidade da execução, seja porque o devedor foi declarado insolvente, seja porque o mesmo não dispõe de património suficiente para permitir a satisfação da dívida exequenda, permitirá, seguramente, melhorar a eficiência do sistema judicial e evitar que o credor incorra em custos desnecessários.

---

12 É o que sucede, nomeadamente, com a lista pública de devedores e com o registo informático de execuções.

Paralelamente, importa salientar que a tecnologia poderá desempenhar um papel fundamental na gestão mais eficiente das bases de dados dos processos executivos, nomeadamente do registo informático de execuções, cujo acesso é controlado pela secretaria judicial[13].

Na verdade, de acordo com o art. 717.º, n.º 4, do CPC, compete ao agente de execução manter atualizado o registo informático de execuções, devendo fazer menção, nomeadamente, dos bens indicados à penhora, dos bens penhorados, dos créditos reclamados, das execuções extintas com pagamento parcial, por inexistência de bens penhoráveis ou por força da celebração de um acordo de pagamento, bem como da declaração da insolvência do devedor.

Ora, a oneração do agente de execução com a obrigação de proceder à atualização permanente do registo informático de execuções poderia ser facilmente ultrapassada com a atribuição desse encargo aos sistemas tecnológicos, os quais passariam a fazer essa atualização de forma permanente e automática, libertando, dessa forma, o agente de execução para a realização das diligências executivas, com o consequente incremento da eficiência do processo executivo.

3.3.2. Penhora

No domínio da penhora, a implementação de sistemas tecnológicos ao serviço da justiça será, igualmente, fundamental para a melhoria da eficiência do processo executivo, concretamente no que diz respeito à identificação e localização de bens penhoráveis do devedor.

Com efeito, no atual modelo judicial, a eficiência do processo executivo depende, fundamentalmente, do património do devedor (art. 735.º do CPC), sendo que, sem prejuízo da nomeação de bens à penhora pelo próprio exequente, a identificação e localização de bens penhoráveis é da competência e responsabilidade do agente de execução (749.º e 750.º do CPC).

Neste contexto, a utilização da tecnologia para a identificação e localização de bens penhoráveis do devedor – nomeadamente através do cruzamento automático da informação disponível nas bases de dados das conservatórias de registo, da Fazenda Nacional e da Segurança Social –, cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização e/ou se mostrem mais adequados ao montante do crédito do exequente (art. 751.º, n.º 1, do CPC), será decisiva para permitir uma maior celeridade e eficiência do processo executivo.

Ainda a este respeito, as potencialidades do uso da tecnologia no domínio

13 À luz do art. 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, "A secretaria assegura o registo diário dos pedidos de consulta, dos acessos ao registo informático de execuções e dos certificados emitidos, nos termos do disposto nos números seguintes, com o fim de evitar o acesso não autorizado aos dados pessoais recolhidos e de garantir o respectivo controlo administrativo".

das diligências processuais inerentes à penhora de bens do devedor revelam-se, designadamente, na possibilidade de penhora automatizada de bens sujeitos a registo (art. 755.º, n.º 1, do CPC), na elaboração automática de um auto de penhora eletrónico (art. 755.º, n.º 3, do CPC), na imobilização, à distância, de veículos automóveis, bem como na identificação automática de situações de pluralidade de execuções sobre os mesmos bens do executado.

3.3.3. Reclamação e Graduação de Créditos

A implementação de um sistema tecnológico inteligente no domínio do processo executivo poderá contribuir para uma maior celeridade no incidente de reclamação e graduação de créditos em sede executiva.

Por um lado, a citação do cônjuge do executado [art. 786.º, n.º 1, al. a), do CPC], dos credores que sejam titulares de direitos reais de garantia sobre os bens penhorados [art. 786.º, n.º 1, al. b), do CPC], bem como da Fazenda Nacional e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P. (art. 786.º, n.º 2, do CPC) passaria a ser realizada de forma automática e por via eletrónica, sem necessidade de intervenção do agente de execução ou da secretaria judicial.

Por outro lado, uma vez reconhecidos os créditos reclamados, o sistema de tecnológico poderia, de forma automatizada, proceder à graduação dos créditos reclamados, dispensado, por conseguinte, a intervenção do juiz nesse procedimento.

3.3.4. Venda Executiva e Pagamentos

Perspetivando-se a possibilidade de o exequente e o executado celebrarem um acordo de pagamento em prestações da dívida exequenda (art. 806.º do CPC), o uso da tecnologia no processo executivo permitirá auxiliar as partes a celebrarem o melhor acordo possível em função da situação económica do devedor e do montante do crédito exequendo e/ou dos créditos reclamados, garantindo-se, assim, uma maior taxa de sucesso quanto ao cumprimento do acordo.

Paralelamente, no que diz respeito à determinação da modalidade da venda mais adequada, considerando que essa decisão compete, em regra, ao agente de execução e que a mesma tem como objeto a modalidade da venda, o valor base dos bens a vender e a eventual formação de lotes, a tecnologia poderá, de igual forma, assumir um papel preponderante no que diz respeito à avaliação dos bens e à determinação da melhor modalidade de venda.

4. Conclusões

Muito embora, nos últimos anos, o legislador português tenha estado atento

às potencialidades da tecnologia para a melhoria da eficiência do processo judicial, a verdade é que os dados estatísticos disponíveis revelam que a duração média dos processos judiciais é, ainda, bastante elevada.

Por outro lado, afigura-se que as potencialidades da tecnologia, quando colocadas ao serviço da administração da justiça, estão ainda relativamente subaproveitadas.

Neste enquadramento, considerando a necessidade de se assegurar que os processos judiciais sejam tramitados de forma eficiente e que os litígios sejam dirimidos em prazo razoável – sem se descurar, evidentemente, o respeito pelo direito a um processo justo e equitativo –, estamos convictos de que o reforço da implementação da tecnologia na administração da justiça, particularmente ao nível da gestão e da adequação processual, da citação e notificação de atos processuais, da contagem de prazos, da conciliação judicial, da realização de diligências probatórias, da assistência ao juiz no processo decisório, da prevenção de execuções inviáveis, da penhora de bens, da reclamação e graduação de créditos, bem como das diligências de pagamentos, permitirá acelerar e simplificar a tramitação dos processos judiciais, aumentar a eficiência ao nível da utilização e gestão dos recursos dos tribunais, bem como contribuir para a obtenção efetiva de decisões justas e em prazo razoável.

O IMPACTO DA PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO TIPO DE CORONAVÍRUS (COVID-19) NO DIREITO ADMINISTRATIVO DE MACAU*

The Impact of the COVID-19 Pandemic on the Administrative Law of Macau

Luís Pessanha**
Assistente em Tempo Parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: Este artigo pretende reflectir sobre os efeitos da pandemia causada pelo novo tipo de coronavírus (Covid-19) no nosso sistema jurídico, tendo em vista os múltiplos impactos sentidos no Direito Administrativo de Macau. Será feita referência a aspectos relativos ao procedimento administrativo e tributário, ao processo contencioso administrativo, à contratação pública e ao exercício da jurisdição administrativa durante a pandemia de 2020-2023.

Palavras-chave: Novo tipo de coronavírus (Covid-19); prevenção e controlo de doenças transmissíveis; suspensão de prazos procedimentais e processuais

---

* O presente texto corresponde, com complementos e actualizações, à comunicação apresentada na *Décima Terceira Conferência Internacional sobre as Reformas Legais de Macau no Contexto Global – Quatro Anos Depois: Perguntas e Respostas Durante e Após a Pandemia Covid-19*, organizada pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, que decorreu entre os dias 26 e 27 de Outubro de 2023.

** O autor é também Assessor da Assembleia Legislativa de Macau. O presente texto é da exclusiva responsabilidade do seu autor e não reflecte necessariamente as posições ou opiniões da Assembleia Legislativa ou de qualquer outra entidade à qual o autor esteja associado. Endereço electrónico: luisp@um.edu.mo.

administrativos; alteração anormal das circunstâncias; contratos administrativos.

Abstract: This paper reflects upon the many impacts of the pandemic caused by Covid-19 in the field of the administrative law of Macau. Reference is made to aspects related to the administrative procedure, judicial review, public tender rules and the functioning of the courts during the pandemic of 2020-2023.

Keywords: Covid-19; prevention and control of infectious diseases; suspension of administrative procedures and judicial review cases; hardship clause; public law contracts.

1. Introdução

Os anos de 2020-2023 foram profundamente marcados pela crise mundial de saúde pública decorrente da pandemia causada por um novo tipo de coronavírus (SARS-COV-2), que originou uma doença (COVID-19), cujo elevado grau de contágio e perigosidade para a saúde pública causou enormes impactos em todos os domínios da vida social e económica a nível mundial.

Podemos referir, de forma muito simplificada, que a resposta pública dada pela Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) durante este período de extraordinária emergência médica passou por:

- uma primeira fase de supressão da importação do novo tipo de coronavírus para a Região, acompanhada por limitações de circulação de pessoas e bens nas fronteiras, nomeadamente com restrições e interdições de entrada de pessoas do exterior, onde se fez uso de mecanismos de quarentena dos viajantes à chegada a Macau;
- uma segunda fase de supressão da circulação local do novo tipo de coronavírus, quando se verificaram cadeias locais de infecção na comunidade e se procedeu a um confinamento domiciliário obrigatório e testagem em massa da população, imposição do uso de máscaras em espaços públicos, com encerramento do comércio, da indústria e da generalidade dos serviços públicos, bem como limitações no funcionamento dos tribunais; e
- uma fase final onde se passou ao desconfinamento gradual e reabertura das fronteiras com o exterior, procurando retomar a normalidade para a vida social e económica, sendo assumido que seria necessário viver com o novo tipo de coronavírus.

Não nos compete aqui fazer uma história de como Macau passou por

este período de crise sanitária pública, mas antes olhar para as políticas e acções administrativas relacionadas com a prevenção da propagação do novo tipo de coronavírus e de gestão da crise de saúde pública que foram adoptadas. O nosso foco de atenção encontra-se no domínio do Direito Administrativo, tendo em vista as lições que podem ser aprendidas para uma futura crise de saúde pública que se espera que esteja ainda distante de surgir no *mundo dos homens*.

2. Estado de Emergência na Lei Básica

A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau prevê a possibilidade de declaração de um estado de emergência no seu artigo 18.º, decidida pelo Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional, podendo ser ordenada a aplicação de leis nacionais na Região. O conjunto de circunstâncias ali mencionado, que se refere ao estado de guerra ou distúrbios que ponham em causa a unidade ou segurança nacional e que não possam ser controlados pelo Governo da Região, no entanto, não parece abranger uma crise sanitária. Especialmente tendo em conta que o Governo da Região conseguiu controlar a crise de saúde pública decorrente da pandemia causada por um novo tipo de coronavírus através de medidas sanitárias públicas[1].

A resposta encontrada à crise de saúde pública passou antes pelo recurso a mecanismos legais de cariz regional, de aplicação apenas na Região, sempre adoptados em articulação com as políticas nacionais, e pela definição de normas de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis pelo Governo da RAEM. Em momento algum, portanto, se afastou o regime de normalidade constitucional, mantendo-se a autonomia regional e o segundo sistema a operar plenamente e, também, se mantendo intocado o regime dos direitos e liberdades assegurados pela Lei Básica e pelas leis da RAEM.

3. Enquadramento Legal Específico – Lei n.º 2/2004

Em Macau, já antes da pandemia deflagrar existia legislação de cariz excepcional, produzida após a epidemia de síndrome respiratória aguda grave ou epidemia de SARS (que se fez sentir na Região nos anos de 2002 a 2004),

1 A doutrina identifica este regime contido no artigo 18.º da Lei Básica como um afloramento do princípio da proporcionalidade, dado que depende de um critério de *necessidade*, assente numa avaliação da capacidade ou suficiência da resposta por parte do Governo da RAEM perante uma crise. Sobre este ponto *Vide*, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, p. 118.

que se encontra essencialmente contida na Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*[2], e que visa prevenir e controlar a transmissão de doenças transmissíveis. Este regime legal é completado por um *mecanismo de declaração obrigatória de doenças transmissíveis*, aprovado pelo Regulamento Administrativo n.º 15/2008, e pelo *regime de vacinação*, aprovado pelo Regulamento Administrativo n.º 5/2022. Esta legislação especial avulsa, e a sua posterior regulamentação, introduziu várias medidas com implicações no âmbito do Direito Administrativo.

Desde já podemos dizer que a resposta encontrada pela RAEM para a pandemia causada por um novo tipo de coronavírus beneficiou imediatamente de um regime legal especial já vigente, e também já razoavelmente consolidado, que visava precisamente garantir mecanismos para se intervir e prevenir a propagação de doenças transmissíveis. Não se revelou, portanto, necessário proceder à aprovação de nova legislação avulsa ou de emergência durante a crise de saúde pública. Entendendo-se antes que o regime em vigor oferecia mecanismos suficientemente aptos para a implementação das medidas que foram sendo consideradas como sendo necessárias para prevenir e controlar a propagação da pandemia causada por um novo tipo de coronavírus. Se quisermos, a RAEM beneficiou, em alguma medida, de ter ainda memória colectiva viva e um enquadramento legislativo produzido aquando da crise de saúde pública anterior – a epidemia de SARS de 2002-2004.

Como se afirmou em 2004 aquando dos trabalhos legislativos:

> *A proposta de lei que deu lugar à Lei n.º 2/2004 ainda que "(...) não vise exclusivamente a criação de normas jurídicas para a aplicação de medidas de prevenção, controlo e tratamento da síndroma respiratória aguda severa, e tenha, portanto, um alcance muito mais vasto, a verdade é que foi esta doença (transmissível) a razão impulsionadora da proposta de lei – aspecto que mereceu particular acolhimento no seio da comissão, atendendo ao impacto que aquela doença teve na saúde pública a nível mundial no ano de 2003 e as consequências devastadoras que acarretou para a economia mundial e muito particularmente no Sudeste Asiático"*[3].

---

2 Alterada pela Lei n.º 8/2013, pela Lei n.º 1/2016 e pela Lei n.º 9/2002. Estas três leis apenas alteraram a lista de doenças transmissíveis prevista na Lei n.º 2/2004, tendo como referência a classificação internacional de doenças. Em geral, o regime legal especial contido na Lei n.º 2/2004 também se pode aplicar a outras doenças transmissíveis não previstas na lista, nomeadamente com base em recomendações da Organização Mundial de Saúde (cf. artigo 32.º da Lei n.º 2/2004).

3 Parecer n.º 1/II/2004 da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa sobre a proposta de lei intitulada "Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis", pp. 2-3.

Ainda assim, com o evoluir da pandemia e para oferecer melhores respostas públicas e procurar coordenar as medidas de prevenção adoptadas, foi criado em Janeiro de 2020 o Centro de Coordenação e Contingência do Novo Tipo de Coronavírus, pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 23/2020, que acabou por só ser extinto em Setembro de 2023, pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 156/2023. Este Centro Coordenador é criado nos termos da Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, e vai assumir a responsabilidade pelo planeamento, orientação e coordenação das acções de prevenção, controlo e tratamento das infecções decorrentes do novo tipo de coronavírus. Temos aqui também os marcos temporários onde se sentiu a pandemia em Macau – entre os anos de 2020 a 2023.

3.1. Princípios Gerais – Lei n.º 2/2004

A Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, prevê um primeiro capítulo com um conjunto de princípios gerais, que inclui um dever de colaboração dirigido a todas as pessoas e entidades públicas e privadas, que devem colaborar com as entidades competentes, e dar cumprimento às ordens e orientações que sejam emitidas, tendo em vista a prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis (cf. artigo 3.º da Lei n.º 2/2004 – dever de colaboração). E determina também que a aplicação das medidas previstas nesta lei deva obedecer aos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação aos objectivos propostos (cf. artigo 4.º da Lei n.º 2/2004 – critérios de aplicação).

Ficam também atribuídas várias competências legais aos Serviços de Saúde, nomeadamente as de solicitar a colaboração que seja necessária às entidades públicas e privadas e a de estabelecer mecanismos regulares de comunicação. As competências atribuídas aos Serviços de Saúde podem ser exercidas pelo Director dos Serviços de Saúde ou por médicos a quem tenha sido conferido poder de autoridade sanitária (cf. artigo 2.º da Lei n.º 2/2004 – competências). Durante a parte mais difícil da epidemia, os Serviços de Saúde mantiveram conferências de imprensa diárias, amplamente divulgadas pelos meios de comunicação social, e com televisionamento em directo, onde informaram a população sobre os dados estatísticos registados e anunciavam a adopção de medidas de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis.

Os elementos relativos aos trabalhos legislativos desta proposta de lei podem ser consultados em https://www.al.gov.mo/pt/law/2004/96.

3.2. Medidas Gerais – Lei n.º 2/2004

A Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, prevê no seu segundo capítulo um conjunto de medidas gerais que incluem a implementação de um programa de vacinação, que durante a pandemia passou a incluir a vacina contra o novo tipo de coronavírus (vacinação voluntária[4]) (art. 6.º da Lei n.º 2/2004 – vacinação), o exercício de vigilância permanente sobre doenças transmissíveis (art. 7.º da Lei n.º 2/2004 – vigilância epidemiológica), a divulgação de informação sobre a situação epidémica (art. 8.º da Lei n.º 2/2004 – divulgação de informação sobre a situação epidémica) e a comunicação da ocorrência de situação epidémicas na RAEM aos serviços nacionais de prevenção de doenças transmissíveis e às organizações internacionais competentes na área da saúde, bem como aos países e territórios circundantes, ao abrigo do princípio da reciprocidade (art. 9.º da Lei n.º 2/2004 – comunicação da situação epidémica).

Por outro lado, tendo em vista a prevenção da propagação de doenças transmissíveis, os Serviços de Saúde, em caso de necessidade, podem exigir que as pessoas que entrem na RAEM prestem declarações sobre o seu estado de saúde. Em caso de perigo para a saúde pública, por orientação dos Serviços de Saúde, as entidades competentes podem exigir que as pessoas preencham declarações de saúde específicas para certo tipo de doenças e apresentem declarações médicas ou certificados de vacinação válidos, ou mesmo que se sujeitem a exame médico (art. 10.º da Lei n.º 2/2004 – entrada de pessoas). Tal veio a acontecer durante a pandemia, havendo que preencher declarações electrónicas atendendo aos sintomas do novo tipo de coronavírus, bem como sendo exigida a apresentação de testes negativos ao novo tipo de coronavírus e, também durante algum tempo, um certificado de vacinação válido.

Em relação às pessoas infectadas, ou que sejam suspeitas de terem contraído ou de estarem em risco de contraírem doença transmissível, para efeitos de prevenção da propagação de doenças transmissíveis, podem ser adoptadas medidas que passem pela observação médica ou realização de exames médicos, a restrição ao exercício de actividades ou profissões, ou o estabelecimento de condições para o seu exercício, bem como o isolamento obrigatório. As decisões que ordenem a aplicação destas medidas devem ser escritas e fundamentadas[5], devendo indicar a doença e o período previsível de duração da medida (art. 14.º da Lei n.º 2/2004 – medidas de controlo). Também estas medidas foram adoptadas durante as fases mais complexas

---

4 O programa de vacinação voluntária permitia a escolha do tipo de vacina, dentro das vacinas disponíveis (podendo ser escolhida uma vacina inactivada ou uma vacina de MRNA).

5 A fundamentação deve conter uma exposição sumária de facto e de direito da decisão, obedecendo aos requisitos do artigo 115.º do Código do Procedimento Administrativo.

da pandemia que atravessou os anos de 2020 a 2023, enquanto se prosseguiu uma política de prevenção, contenção e erradicação local do novo tipo de coronavírus.

Tendo em vista o regime do isolamento obrigatório, está previsto que a pessoa infectada, ou suspeita de ter contraído doença transmissível constante de lista anexa[6] à Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, ou que esteja em risco de contrair essas doenças, possa ser sujeita a uma medida de isolamento obrigatório, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal. A decisão que determinar a aplicação de uma medida de isolamento obrigatório deve ser comunicada no prazo de 24 horas aos familiares da pessoa isolada, bem como remetida, com os seus fundamentos, no prazo de 72 horas, para o Tribunal Judicial de Base, para efeitos de confirmação[7]. Da confirmação da aplicação da medida de isolamento pode ser interposto recurso jurisdicional para o Tribunal de Segunda Instância. Estes processos especiais assumem natureza urgente (art. 15.º da Lei n.º 2/2004 – Isolamento obrigatório). As pessoas sujeitas a medidas de isolamento obrigatório devem receber apoio psicológico, e qualquer outro apoio necessário, pelos Serviços de Saúde e Instituto de Acção Social (art. 16.º da Lei n.º 2/2004 – Apoios em caso de isolamento).

As pessoas infectadas ou suspeitas de terem contraído ou de estarem em risco de contraírem doença transmissível têm o dever nomeadamente de prestar a informação que seja necessária sobre o seu estado de saúde, os locais onde estiveram e os contactos que mantiveram, e cumprir as medidas aplicadas para a prevenção de ocorrência e propagação de doenças transmissíveis, bem como evitar comportamentos de risco que possam propagar doenças transmissíveis (art. 17.º da Lei n.º 2/2004 – Deveres especiais).

Para efeitos do controlo de estabelecimentos está previsto que, caso haja indícios de que um estabelecimento pode causar a propagação de doenças transmissíveis, pode ser ordenada nomeadamente a sua limpeza e desinfestação, mas também pode ser ordenado o seu encerramento temporário ou mesmo o encerramento definitivo (art. 17.º da Lei n.º 2/2004 – Controlo de estabelecimentos). Tendo em vista o controlo de bens ou produtos, pode ser ordenada nomeadamente

---

6 A lista de doenças transmissíveis na versão adoptada em 2013 inclui expressamente a síndrome respiratória aguda severa (vulgarmente designada como SARS, do inglês *Severe Acute Respiratory Syndrome*) e também genericamente a infecção respiratória severa associada a outros coronavírus, o que abrange no seu âmbito o novo tipo de coronavírus.

7 Durante a pandemia a situação na prática parece ter passado pela aceitação voluntária dos visados em serem sujeitos a uma quarentena, só se fazendo uso do regime do isolamento obrigatório quando ocorria uma recusa de observação das medidas de isolamento. Em 2020 os tribunais de Macau deram notícia que tal teria acontecido em apenas 5 casos, tendo sido dada confirmação judicial às medidas de isolamento obrigatório determinadas pelos Serviços de Saúde em todos estes processos (informação disponível em https://www.gov.mo/pt/noticias/239979).

a limpeza e desinfecção destes bens ou produtos, mas também a sua apreensão e destruição (art. 21.º da Lei n.º 2/2004 – Controlo de bens ou produtos). Também isto aconteceu durante a pandemia, sendo temporariamente encerrados estabelecimentos comerciais onde se identificou a presença de pessoas infectadas para limpeza e desinfestação e a apreensão e destruição de bens e produtos que testaram positivos ao novo tipo de coronavírus, em particular por via da testagem por amostragem de bens e produtos aquando da sua importação para Macau[8].

3.3. Medidas Especiais – Lei n.º 2/2004

A Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, prevê no seu capítulo terceiro um conjunto de medidas especiais que surgem como sendo medidas de carácter excepcional, de natureza temporária e urgente, para prevenir a ocorrência ou propagação de doenças transmissíveis na RAEM em caso de emergência, que apenas se devem aplicar quando se verifique um surto ou prevalência ou risco de surto ou prevalência de doença transmissível (art. 23.º da Lei n.º 2/2004 – Natureza). Estas medidas especiais de emergência são aplicadas por meio de despacho do Chefe do Executivo, a publicar no *Boletim Oficial da RAEM*. O despacho que aplique estas medidas deve identificar as medidas a adoptar, o seu início de vigência e a sua fundamentação. Pode também ser criado um Centro Coordenador, para planear e coordenar os trabalhos das entidades públicas e privadas, no âmbito da prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis (art. 24.º da Lei n.º 2/2004 – Aplicação de medidas).

As medidas especiais que podem ser adoptadas em caso de uma situação de emergência são muito variadas, estando previsto que o Chefe do Executivo pode ordenar a imposição de restrições à realização de eventos sociais, culturais, recreativos ou desportivos que impliquem a aglomeração de pessoas, que possam provocar a propagação de doenças transmissíveis, bem como impor um limite ao número de pessoas que pode estar num certo recinto, o isolamento, restrição ou condicionar

8 A apreensão e destruição de bens e produtos na sua importação para Macau não foi alvo de uma compensação aos seus proprietários. A Lei n.º 2/2004 não prevê um direito indemnizatório nestes casos. Tal parece ter causado alguma dificuldade para os importadores na medida em que um número relativamente grande de bens e produtos foi apreendido e destruído pelas autoridades públicas, causando-lhe um dano económico relevante. Merece também reflexão que nem sempre um teste laboratorial positivo corresponde necessariamente a um risco real de contágio na comunidade. O estado actual da ciência permite detectar amostras virais residuais, que não consistem em riscos efectivos de propagação do novo tipo de coronavírus, mas apenas permitem comprovar que há resquícios do vírus em certas superfícies que podem não ser infecciosas. Importa, por isso, perante um teste positivo, ainda avaliar se é necessário proceder à apreensão e destruição dos bens e produtos em causa, com base nos dados que a ciência médica fornece, em termos de uma avaliação sobre a existência de um risco real de contágio no caso concreto.

o movimento de pessoas de zonas específicas ou pertencentes a grupos de risco de contágio de doenças transmissíveis, a imposição de restrições de entrada ou saída da RAEM a pessoas não residentes infectadas ou suspeitas de terem contraído ou em risco de contraírem doenças transmissíveis, bem como a pessoas não residentes provenientes de países com ocorrência de um surto ou prevalência de doenças transmissíveis. Pode também ser ordenada a imposição de restrições ou proibição do acesso ou saída, ou de trânsito, de determinadas áreas ou estabelecimentos. E pode dar lugar à requisição de bens e serviços (sendo dado direito a uma indemnização pelos prejuízos causados), dispensada formalidades na aquisição de bens ou serviços indispensáveis, dispensado o reconhecimento de qualificações profissionais para quem tenha essas qualificações no seu local de origem e venha à RAEM prestar actividades e a suspensão total ou parcial do funcionamento de serviços públicos (art. 25.º da Lei n.º 2/2004 – Tipos de medidas). Muitas destas medidas foram adoptadas durante a pandemia nos anos de 2020 a 2022 em vários momentos.

3.4. Direitos e Garantias – Lei n.º 2/2004

A Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, prevê no seu quarto capítulo um conjunto de garantias das pessoas afectadas pelas medidas de prevenção que venham a ser adoptadas. Em primeiro lugar temos uma garantia de não discriminação em razão da doença, no emprego, estudo, escolha do domicílio, entre outros (art. 26.º da Lei n.º 2/2004 – Não discriminação). Depois está previsto que as faltas dadas em decorrência do cumprimento de medidas de isolamento obrigatório ou de medidas especiais equivalentes sejam consideradas justificadas tanto para os trabalhadores da Administração Pública, bem como para os trabalhadores do sector privado (art. 27.º da Lei n.º 2/2004 – Efeitos de faltas)[9].

---

9 A opção legal passa pela justificação das faltas de forma ampla, para "quaisquer efeitos legais", para os trabalhadores da Administração Pública (cf. alínea 1) do artigo 27.º da Lei n.º 2/2004). Esta referência legal equipara as faltas dadas em cumprimento de isolamento obrigatório ao regime das faltas por doença (seriam também faltas dadas por motivos não imputáveis ao trabalhador, para efeitos da alínea q) do n.º 1 do artigo 89.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau). Seria de aplicar aqui, com as necessárias adaptações, para quaisquer efeitos legais, o regime das faltas por doença previsto para o funcionalismo público, nomeadamente a regulação da dedução do vencimento de exercício e da justificação das faltas previstos nos artigos 97.º e seguintes do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau.
Para os trabalhadores sujeitos ao regime laboral privado, a norma é mais restritiva e apenas refere que as faltas dadas por força de isolamento obrigatório não são contabilizáveis para efeitos da alínea f) do artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 30 de Abril (cf. alínea 2) do artigo 27.º da Lei n.º 2/2004), que se refere aos limites de dias de falta abaixo dos quais a ausência do trabalho por motivo de doença não seria razão válida para o termo de uma relação de trabalho. Esta disposição que remete

É também previsto que quem participe nos trabalhos de prevenção, controlo e tratamento de doenças infecciosas possa beneficiar de subsídios, instalações e equipamentos, o que seriam encargos a serem suportados pelo orçamento privativo de um fundo a criar para este efeito (art. 28.º da Lei n.º 2/2004 – Subsídios e apoios). Por último, admite-se a possibilidade dos não residentes infectados ou suspeitos de terem contraído doenças transmissíveis serem isentos do pagamento dos encargos relativos à prestação de cuidados de saúde, quanto tal seja do interesse público e atendendo à sua situação económica (art. 29.º da Lei n.º 2/2004 – Isenção de encargos). Os residentes já beneficiam normalmente de um regime de gratuitidade nestas circunstâncias[10].

3.5. Responsabilidade Criminal – Lei n.º 2/2004

A Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, prevê no seu quinto capítulo um conjunto de infracções penais que visam sancionar a violação de deveres de conduta impostos ao abrigo deste diploma legal (art. 30.º da Lei n.º 2/2004 – Infracção de medida sanitária preventiva). As medidas impostas são assim alvo de tutela penal. Tipifica-se ainda um crime para o alarme por rumores, para a propagação de elementos

---

ainda expressamente para o Decreto-Lei n.º 24/89/M (entretanto revogado pela Lei n.º 7/2008, *Lei das relações de trabalho*) deve ser interpretada como remetendo para o equivalente limite legal para as faltas por doença previsto na alínea 7) do n.º 2 do artigo 50.º da Lei n.º 7/2008. Não merece, assim, grande dúvida que os dias em que o trabalhador está sujeito a isolamento obrigatório correspondem a dias de faltas justificadas. Também não merece grande dificuldade concluir que a falta se deva justificar por atestado médico ou outro documento equivalente emitido pelo Governo da RAEM (aplicando, com as necessárias adaptações, o previsto no artigo 52.º da Lei n.º 7/2008). Maior dificuldade existe em se afirmar que o trabalhador beneficie da remuneração das faltas, pelo menos nos primeiros seis dias de falta, conforme resulta do previsto para as faltas por doença no artigo 53.º da Lei n.º 7/2008. A redacção do artigo 27.º da Lei n.º 2/2004 parece não apontar nesse sentido. Acresce que, mesmo que assim se entenda, apenas haveria remuneração das faltas nas primeiras seis faltas por isolamento obrigatório. O que não seria sempre suficiente, dado que em muitos casos durante a pandemia se sujeitaram pessoas a períodos de isolamento obrigatório mais prolongado. O que pode colocar as pessoas visadas perante dificuldades económicas, nomeadamente em suprir as suas despesas pessoais e familiares.

10 Na realidade parece mesmo que quaisquer pessoas, residentes ou não residentes, que sejam suspeitas ou portadores de doenças infecciosas beneficiam de cuidados de saúde gratuitos, nos termos gerais. Assim, são gratuitos os cuidados de saúde prestados, por razões de saúde pública, aos suspeitos ou portadores de doenças infecto-contagiosas (cf. alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março, *Acesso aos Cuidados de Saúde*). A gratuidade abrange o internamento em regime de enfermaria (cf. n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M). Há também acesso a cuidados de saúde aos suspeitos ou portadores de doenças infecto-contagiosas constantes na tabela de notificação obrigatória e os cuidados de saúde abrangidos, em regime de gratuitidade, incluem nomeadamente, a consulta médica, os meios de diagnóstico e terapêutica, a medicação e o internamento hospitalar (cf. artigos 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M).

consabidamente falsos que perturbem a tranquilidade pública, provocando alarme ou inquietação na população (art. 31.º da Lei n.º 2/2004 – Alarme por rumores). Durante a pandemia houve um conjunto relativamente amplo de casos em que, por infracções de medidas sanitárias preventivas, foram julgadas e condenadas pessoas ao abrigo deste regime penal especial[11].

4. Medidas Sanitárias

Ao abrigo desta legislação e da regulamentação complementar aprovada após o agravamento da situação de saúde pública causada pelo novo tipo de coronavírus foram adoptadas um conjunto de medidas de (**1**) restrição na circulação de pessoas nas fronteiras, nomeadamente condicionamento ou interdição de entrada do exterior para a RAEM (inclusive imposição de quarentenas dos viajantes do exterior em hotéis ou espaços de internamento hospitalar); (**2**) encerramento do atendimento público de serviços públicos, bem como de escolas e outras instituições de ensino (tendo sido adoptadas modalidades de ensino remoto); (**3**) restrições temporárias na circulação de pessoas nas vias públicas em Macau, nomeadamente sendo imposto um recolhimento domiciliário obrigatório para parte ou toda a população (o regime deste recolhimento domiciliário sofreu evoluções); (**4**) encerramento do atendimento ao público dos tribunais (apenas se mantendo o funcionamento das secretarias para os processos urgentes); e (**5**) imposição da obrigação de uso de máscaras e de realização diária de testes (em certa fase testes rápidos no domicílio, noutras fases com testes em massa de parte ou toda a população).

Muitas das medidas adoptadas incluem disposições legais de natureza administrativa e com efeitos vinculativos para todos os seus destinatários, em particular desde logo para a própria Administração Pública, mas também para os cidadãos e as empresas de Macau. Pertencem, portanto, em larga medida ao espaço regulatório próprio do Direito Administrativo.

4.1. Breve Histórico das Medidas Especiais (2020-2023)

Procuramos agora fazer um apanhado das várias medidas especiais que foram sendo decretadas por despacho do Chefe do Executivo e publicadas no *Boletim Oficial* durante a pandemia, perante uma situação de emergência, nos

11 Em 28 de Setembro de 2020 uma nota informativa referia que haveria no ano de 2020 um total de 23 casos em julgamento relacionados com a epidemia do novo tipo de coronavírus, dos quais 18 casos são identificados como relativos a infracções de medidas sanitárias (disponível em https://www.gov.mo/pt/noticias/239979/).

termos dos artigos 24.º e 25.º da Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*. O conjunto de medidas é muito amplo, dado que foi sendo complementado por um universo ainda mais abrangente e não tão visível de medidas adicionais de natureza administrativa (orientações e instruções dos Serviços de Saúde, orientações gerais da Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública, orientações e ordens dos serviços públicos e regulação aplicável aos tribunais[12], entre outras intervenções regulatórias). O universo da regulação complementar é dificilmente abarcável.

4.2. Medidas Especiais Decretadas

Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 27/2020, em 4 de Fevereiro de 2020, foram tomadas medidas especiais para prevenir o risco de surto do novo tipo de coronavírus na comunidade, tendo sido encerrados os casinos[13], salões de beleza, ginásios, cinemas, teatros, discotecas e outros recintos de diversão[14].

Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 40/2020, em 20 de Fevereiro de 2020, foram tomadas medidas que obrigaram à realização de quarentenas (de 14 dias) para quem entrasse na RAEM vindo do Interior da China[15]. Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 135/2020, com efeitos a partir de 22 de Junho de 2020, foram tomadas medidas que obrigavam à apresentação de teste negativo e código de saúde verde para entrar em Macau a partir de Zhuhai[16]. Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 73/2020 a partir de 19 de Março de 2020 foi proibida a entrada na RAEM dos trabalhadores não residentes, excepto os residentes no Interior da China, Região Administrativa Especial de Hong Kong e Taiwan[17]. Esta proibição de entrada foi retomada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 64/2022, que passou a prever a dispensa da proibição em certos casos excepcionais a partir de

12 As medidas que foram sendo tomadas pelos tribunais, com restrições de acesso durante a pandemia, podem ser consultadas em https://www.court.gov.mo/pt/subpage/news?cate=noticia-dos-tribunais&page=5.

13 Esta medida especial foi levantada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 39/2020, no dia 20 de Fevereiro de 2020.

14 Esta medida especial foi levantada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 50/2020, no dia 2 de Março de 2020.

15 Esta medida especial foi levantada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 120/2020, no dia 9 de Março de 2020.

16 Esta medida especial foi levantada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 151/2020, no dia 19 de Julho de 2020.

17 Esta medida especial foi revogada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 64/2022, a partir do dia 26 de Abril de 2022.

dia 26 de Abril de 2022[18]. Com o Despacho do Chefe do Executivo n.º 166/2022 a partir do dia 1 de Setembro de 2022 passou a ser admitida a sua entrada na RAEM após sujeição a quarentena[19].

Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 110/2021 a partir de 3 de Agosto de 2021 passou a ser exigido um teste negativo com a validade de 24 horas para entrada na fronteira. O mesmo passou a ser exigido para a zona da partida dos postos de migração a partir de 6 de Outubro de 2021, através do Despacho do Chefe do Executivo n.º 144/2021[20]. Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 102/2022, em 23 de Junho de 2022, foram tomadas medidas especiais de encerramento dos cinemas, teatros, salões de beleza, ginásios, discotecas e outros recintos de divertimento[21]. Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 104/2022 foram encerrados os serviços públicos entre 27 de Junho e 1 de Julho de 2022, excepto para prestação de serviços urgentes e indispensáveis ao público. Pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 115/2022 foram tomadas medidas especiais entre os dias 11 e 18 de Julho de 2022 de encerramento de toda a actividade comercial e industrial, excepto para a prestação de serviços públicos essenciais, inclusive mercados, supermercados, restaurantes e estabelecimento de bebidas. Esta suspensão da actividade comercial e industrial foi novamente decretada entre os dias 18 e 23 de Julho de 2022 pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 119/2022; entre dias 23 e 30 de Julho de 2022 pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 123/2022; e entre os dias 30 de Julho e 2 de Agosto de 2022 pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 137/2022.

4.3. Regulamentação Para os Tribunais

Para o funcionamento dos tribunais houve várias medidas adoptadas[22], sendo de referir que o Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância informou que se decidiu no dia 29 de Janeiro de 2020, tendo em conta a dispensa de serviço tomada pelo Governo da RAEM, proceder ao encerramento das secretarias

---

18 Esta medida especial foi revogada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 166/2022, no dia 1 de Setembro de 2022.

19 Esta medida especial foi revogada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 156/2023, a partir do dia 13 de Setembro de 2023.

20 Esta medida especial foi levantada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 155/2021, no dia 19 de Outubro de 2021.

21 Esta medida especial foi levantada por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 139/2022, no dia 2 de Agosto de 2022.

22 No sítio oficial dos tribunais encontram-se ainda disponíveis para consulta os avisos e informações a publicitar as várias medidas que foram adoptadas durante a pandemia (veja-se https://www.court.gov.mo/pt/subpage/news?cate=noticia-dos-tribunais).

dos tribunais de várias instâncias nos dias 30 e 31 de Janeiro de 2020, mantendo-se o funcionamento das secretarias dos Juízos Cíveis e dos Juízos Criminais para os processos urgentes.

O Conselho de Magistrados Judiciais deliberou no dia 1 de Fevereiro de 2020 manter o funcionamento das secretarias dos tribunais entre os dias 3 e 7 de Fevereiro de 2020, mas com uma redução de pessoal, sendo também canceladas as audiências de julgamento, excepto as relativas a processos urgentes. Primeiro para os dias 5 e 7 de Fevereiro de 2020 e depois para os dias 8 e 16 de Fevereiro de 2020, 17 e 21 de Fevereiro de 2020, e 24 e 28 de Fevereiro de 2020, foi mantido este funcionamento limitado dos tribunais das várias instâncias, sendo julgados apenas os processos urgentes, conforme decidido por sucessivas deliberações do Conselho de Magistrados Judiciais.

Posteriormente, para os dias 5 e 7 de Outubro de 2021 foi tomada deliberação do Conselho de Magistrados Judiciais a determinar o funcionamento limitado tribunais das várias instâncias, sendo julgados apenas os processos urgentes. O mesmo aconteceu entre os dias 20 e 21 de Junho de 2022, entre 22 e 24 de Junho de 2022, entre 27 de Junho e 1 de Julho de 2022, entre 4 e 8 de Julho de 2022, entre 11 e 15 de Julho de 2022, entre 18 e 22 de Julho de 2022, entre 25 e 29 de Julho de 2022, entre 1 a 31 de Agosto de 2022, conforme decidido por sucessivas novas deliberações do Conselho de Magistrados Judiciais.

Entre 31 de Outubro a 1 de Novembro de 2022 foram impostas obrigações de realização de teste rápido diário para se obter acesso às instalações dos tribunais, bem como fazer a exibição do código de saúde, ser submetidos a medição da temperatura corporal e fazer uso de máscaras nos tribunais, por informação das Secretarias dos Tribunais das várias instâncias de 30 de Outubro de 2022. Esta medida foi depois retomada novamente entre os dias 3 e 4 de Novembro de 2022, entre os dias 21 e 26 de Novembro de 2022, entre os dias 29 de Novembro e 3 de Dezembro de 2022, entre os dias 5 e 10 de Dezembro de 2022, entre os dias 12 e 21 de Dezembro de 2022, entre os dias 22 de Dezembro de 2022 e 3 de Janeiro de 2023, e entre os dias 4 e 28 de Janeiro de 2023 por via de novas informações das Secretarias dos Tribunais das várias instâncias. Surge depois uma indicação de que já não seria necessário exibir o código de saúde nem ser submetido à medição da temperatura corporal, mas mantendo-se a obrigação de uso de máscara, a partir de 9 de Janeiro de 2023, por informação das Secretarias dos Tribunais das várias instâncias de 8 de Janeiro de 2023. A partir de 27 de Fevereiro de 2023 é referido que quem queira ter acesso às secretarias dos tribunais, entrar nas instalações dos tribunais, participar nas actividades processuais e assistir à audiência de julgamento deva usar máscara, mas aparentemente tal só seria um uso de máscara obrigatório para quem manifeste sintomas, por informação das Secretarias dos Tribunais das várias instâncias de 26 de Fevereiro de 2023. A partir de 28 de Abril

de 2023 é referido novamente que o uso de máscaras só seria obrigatório para quem tenha sintomas ou um teste positivo, mantendo-se a recomendação de uso de máscaras, por informação das Secretarias dos Tribunais das várias instâncias de 27 de Abril de 2023.

De notar que, a partir de dia 1 de Setembro de 2022, entrou em vigor a Lei n.º 5/2022, *Envio de peças processuais e pagamento de custas por meios electrónicos*, o que passou a permitir que as partes processuais fizessem entrega de peças processuais e o pagamento das custas judiciais por via electrónica, sem terem de se deslocar aos tribunais. Este diploma legal inclui-se no esforço para o desenvolvimento do governo electrónico que estava em curso antes da pandemia[23], mas oferece especiais virtualidades quando existam limitações no acesso aos tribunais por razões de saúde pública.

5. Governo Electrónico na Pandemia

Nos últimos anos tem sido desenvolvido um esforço notável de promoção da governação electrónica, tendo em vista adoptar um universo de novos meios tecnológicos pela Administração Pública. Isto passa por um investimento público amplo na adopção de formatos digitais de documentos e pela utilização de meios informáticos que permitem uma gestão mais completa da informação detida pelos serviços públicos, passando também pela interconexão de dados entre serviços públicos e outras entidades.

Do ponto de vista da interacção com os cidadãos, surgem mecanismos digitais de comunicação remota, nomeadamente pela utilização de aplicações e *sites* na *internet* dos serviços públicos, permitindo-se a entrega de formulários digitais – o "atendimento digital". Esta evolução no sentido do governo electrónico vai certamente continuar a reforçar-se em anos vindouros, fruto do desenvolvimento das novas tecnologias, da consolidação da utilização destes novos meios de comunicação remota e não surge necessária e singularmente associada à crise pandémica. Não deixa, ainda assim, de ser notado que a adopção de novos meios remotos de comunicação oferece também inegáveis vantagens e benefícios

23 O uso de tecnologias digitais e o acesso remoto aos serviços públicos pelos cidadãos e as empresas, por via de formas de atendimento digital ou outros meios electrónicos, tem sido promovido nos últimos anos pelo Governo da RAEM, tendo dado lugar à aprovação da Lei n.º 2/2020, *Governação electrónica*. Encontra-se actualmente pendente uma proposta de lei que visa alterar a Lei n.º 2/2020, na Assembleia Legislativa, que introduz vários aperfeiçoamentos ao governo electrónico, nomeadamente também para o uso de meios digitais pelos tribunais. Trata-se da Proposta de Lei intitulada "Alteração à Lei n.º 2/2020 – Governação electrónica e diploma conexo" (disponível em https://www.al.gov.mo/pt/law/lawcase/576).

em termos de uma maior facilidade e capacidade de resposta dos serviços públicos em caso da ocorrência de uma crise de saúde pública que obrigue ao encerramento do atendimento presencial ao público.

6. Teletrabalho em Tempos de Pandemia

Outro aspecto que merece ser referido, ainda que muito brevemente, prende-se com a eventual necessidade de regular modalidades de teletrabalho nos serviços públicos, tendo em vista não apenas permitir que, em caso de uma nova epidemia, se continue com o funcionamento dos serviços públicos, mas passando sempre que possível e necessário a operar em regime de trabalho remoto quando não seja recomendável manter uma operação regular e presencial nos espaços físicos dos serviços públicos. Ou assim poderá acontecer pelo menos na componente mais administrativa dos serviços públicos, que não prestem directamente serviços ou bens à população.

Em geral até poderá haver vantagem em se ponderar a regulação do teletrabalho para as relações laborais em Macau, de forma genérica, e não apenas para o sector público. Essa regulação poderá ter interesse como uma modalidade alternativa de prestação do trabalho, não apenas no contexto de uma epidemia de saúde pública que recomende uma limitação dos contactos físicos e interacções de pessoas, para reduzir e prevenir riscos de contágios.

7. A proporcionalidade das Medidas Sanitárias

A questão da proporcionalidade assume grande importância no contexto das restrições aos direitos e liberdades dos cidadãos de Macau, com base na necessidade de prevenção e controlo de doenças transmissíveis, durante uma crise de saúde pública. Tal resulta desde logo da própria Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, colocar a aplicação de medidas sanitárias como estando sempre sujeitas ao cumprimento dos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação (cf. artigo 4.º da Lei n.º 2/2004 – critérios de aplicação).

Como referiu o legislador em 2004:

> *"Ainda que a aplicação das medidas especiais só se verifique em casos de emergência é a importância e o calibre dos direitos e liberdades fundamentais que podem ser restringidos que*

> *determina um rigoroso exame das condições em concreto de aplicação daquelas medidas, e por isso se invocam os princípios da necessidade, proporcionalidade e da adequação para medir e sindicar as restrições ao exercício de direitos fundamentais a que haja lugar por via da aplicação daquelas medidas (...)"*[24].

Apesar de a referência legal fazer menção a três princípios distintos (princípios da *necessidade*, *proporcionalidade* e *adequação*), pensamos que verdadeiramente se trata de uma referência legal ao princípio da proporcionalidade (em sentido lato), conforme o encontramos desde logo no Código de Procedimento Administrativo. E que também tem sido identificado pela doutrina como sendo um parâmetro irrecusável do ordenamento, mesmo não estando expressamente previsto na Lei Básica[25]. Há muito que a doutrina e a jurisprudência desdobram o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) em três subprincípios ou dimensões: *necessidade* (ou indispensabilidade), *adequação* (ou idoneidade) e *proporcionalidade em sentido estrito* (ou da justa medida). O que parece corresponder à opção legal que encontramos tomada na Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*.

O princípio geral da proporcionalidade obriga a que as decisões da Administração Pública que coloquem em causa direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só devam impactar a posição dos visados em termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar (cf. artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo). A proporcionalidade é assim um princípio geral que limita a actividade das entidades públicas, do poder público perante os particulares, muito em especial no que respeita à aplicação de medidas restritivas de direitos fundamentais[26]. Tal resulta como se viu antes também da intenção legislativa subjacente à Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e*

---

24 Parecer n.º 1/II/2004 da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa sobre a proposta de lei intitulada "Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis", p. 4.

25 *Vide* LINO RIBEIRO/JOSÉ CÂNDIDO PINHO, *Código do Procedimento Administrativo de Macau – Anotado e Comentado*, Fundação Macau/Serviços de Administração e Função Pública, 1998, pp. 94-95. A proporcionalidade decorre também de várias disposições dos Pactos Internacionais aplicáveis, por via do artigo 40.º da Lei Básica, especialmente do artigo 4.º, n.º 1 e do artigo 25.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e do artigo 4.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

26 Aqui também é relevante o *princípio da humanidade da execução*, segundo o qual a coacção directa, para execução de facto infungível, terá que respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos e o respeito da pessoa humana, conforme decorre do artigo 144.º, n.º 3 do Código do Procedimento Administrativo. *Vide* LINO RIBEIRO, *Curso de Procedimento Administrativo – Manual de Formação*, Instituto Politécnico de Macau/Serviços de Administração e Função Pública, 2001, p. 200.

tratamento de doenças transmissíveis, que pretende assumidamente sujeitar a aplicação de medidas sanitárias a uma avaliação sobre a proporcionalidade das mesmas. Assim se esclareceu em 2004:

> *"Trata-se, com efeito, de uma disposição fundamental na medida em que vincula a aplicação das medidas gerais e especiais previstas na proposta de lei à observação daquele trio nuclear de princípios que funcionam como crivos aferidores quando se trata de restringir direitos fundamentais"*[27].

Tendo em vista as três dimensões da proporcionalidade, ou os três princípios que servem como critérios de aplicação das medidas gerais e especiais legalmente previstas para efeitos da Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*, há que referir[28]:

1) Necessidade: em primeiro lugar surge a referência na lei ao princípio da necessidade, que implica que a medida a ser tomada seja a menos restritiva possível para atingir o objectivo proposto. Tal implica uma avaliação sobre as alternativas que podem existir, no caso concreto, para atingir o mesmo fim. Devendo comparar-se os prejuízos provocados junto da esfera jurídica dos particulares pelas várias opções em presença.

2) Proporcionalidade: em segundo lugar a lei refere-se à proporcionalidade, que será a proporcionalidade em sentido estrito, que visa operar uma avaliação entre os custos e os benefícios das medidas. Apenas se a oneração dos direitos fundamentais dos particulares não for demasiado gravosa, não for excessiva, perante os benefícios visados, é que deve ser tomada. Se o sacrifício for excessivo e ofender a ideia de equilíbrio não satisfaz o princípio da proporcionalidade.

3) Adequação: por último a lei refere-se à adequação, que implica que o meio utilizado seja, além de lícito, apto a atingir o fim proposto. As medidas devem

---

27 E mais afirmou o legislador em 2004: "Com efeito, as medidas gerais e especiais previstas na proposta de lei, respectivamente, capítulo II e capítulo III, mas especialmente as medidas especiais previstas no artigo 25.º (Tipos de medidas), implicam na sua aplicação a restrição ao exercício de alguns direitos e liberdades fundamentais – designadamente o direito de reunião, a liberdade de circulação e a liberdade de entrada e saída da Região. Sublinhe-se, todavia, que as medidas especiais são sempre de carácter excepcional, temporário e urgente". Cf. Parecer n.º 1/II/2004 da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa sobre a proposta de lei intitulada "Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis", p. 4.

28 Seguimos aqui proximamente JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, pp. 118-122.

ser legítimas à luz da ordem jurídica de Macau e ser idóneas a atingir o fim visado.

Deve ser dito, ainda assim, que a ordem de avaliação das medidas deve começar por uma avaliação de *adequação*, para depois obedecer ao controlo de *necessidade* e finalmente concluir pela *proporcionalidade em sentido estrito*. Tal favorece que se pondere primeiro se a medida é lícita e apta, depois que se pondere se há outra medida menos gravosa que possa obter o objectivo proposto e, finalmente, se considere se a medida em avaliação não é excessiva ou intolerável para os particulares. Aceite-se também que no âmbito do controlo jurisdicional de medidas administrativas se possa, para efeitos do teste da *necessidade* (indispensabilidade ou "meio menos restritivo"), quando o tribunal deva fazer a comparação sucessiva de várias medidas, em caso de dúvida, dar vantagem à medida proposta, favorecendo a chamada "prerrogativa de avaliação" nos casos duvidosos ou de fronteira[29].

Perante o histórico das medidas especiais que foram sendo adoptadas durante o período de pandemia, há certas medidas que dificilmente suportam um teste de plena conformidade com a proporcionalidade, como acontece com as restrições de entrada na RAEM, quando impostas a todos os não residentes, e sobretudo aos trabalhadores locais sem o estatuto de residente, mas com domicílio e vida económica em Macau há largos anos e com autorizações de permanência ainda válidas, onde parece que se poderia apontar para medidas alternativas menos lesivas (dimensão da *necessidade*)[30]. E também o mesmo parece acontecer, pelo menos, para certas fases da quarentena para entrada na RAEM onde a duração da mesma se afigura excessivamente longa (até 28 dias de quarentena mínima, em certos casos), mesmo sem que o viajante tivesse um teste positivo ao novo tipo de coronavírus durante várias semanas. O que parecia ultrapassar a necessidade médica e por essa via seriam medidas sanitárias não necessárias (na sua duração excessiva) (dimensão da *adequação*). Por último, mas não esgotando o universo das medidas que merecem uma reflexão sobre a sua plena proporcionalidade, surgem as medidas de confinamento domiciliário obrigatório, seja as dirigidas às zonas da cidade onde se entende existir um especial risco de contágio por se terem detectado casos positivos, seja as dirigidas à totalidade da cidade e generalidade

---

29 *Vide* JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, p. 121, n. 309.

30 Como aconteceria com a imposição de quarentenas à chegada, enquanto medida menos gravosa perante a interdição de entrada, como foi feito para os residentes no mesmo período. Ou, pelo menos, a previsão de excepções à interdição de entrada para razões compassivas ou humanitárias, tendo como motivo a reunificação familiar, regresso ao posto de trabalho ou outros motivos especialmente ponderosos para a entrada em Macau, como aconteceu posteriormente.

da população[31], numa fase onde havia propagação comunitária da doença, que suscitam pelo menos dúvidas fortes sobre a sua compatibilidade com a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, merecendo atenção se as mesmas não implicariam um sacrifício excessivo e intolerável para a população. Sobretudo após se ter efectuado uma campanha de vacinação bem sucedida, que reduziu significativamente os riscos clínicos associados ao novo tipo de coronavírus, com uma diminuição muito expressiva dos casos graves e da taxa de mortalidade associada à doença, alterando-se a avaliação do custo benefício inerente ao cumprimento do princípio da proporcionalidade, parece que algumas das medidas especiais de isolamento adoptadas surgem como sendo manifestamente desproporcionais para uma população largamente vacinada e imunizada (dimensão da *proporcionalidade em sentido estrito*).

8. Prazos Administrativos e Confinamento Domiciliário

Durante grande parte do período de crise causada pelo novo tipo de coronavírus, os serviços públicos de Macau funcionaram com relativa normalidade, sendo assegurado o atendimento ao público. Os serviços públicos mantiveram o seu regular funcionamento durante este período. Ainda que fossem impostas também certas restrições nesse mesmo atendimento ao público, sendo exigido nomeadamente que os utentes dos serviços públicos procedessem a uma leitura da temperatura corporal aquando do acesso, apresentassem um código verde na aplicação oficial (obtido após prestação de informação sobre o seu estado de saúde e durante algum tempo também pela submissão diária de resultados de testes ao novo tipo de coronavírus) e fizessem uso de máscara nos espaços públicos (o tipo de máscara exigida sofreu alterações ao longo da pandemia). Ainda assim, e apesar de se notarem casos, nomeadamente para os utentes mais idosos, analfabetos ou info-excluídos, que manifestavam maiores dificuldade no uso da aplicação oficial que gerava o código verde para obter acesso aos serviços públicos, e sem que o uso alternativo de um suporte em papel da declaração de saúde para o efeito fosse sempre fácil de se obter, era possível ter acesso aos serviços públicos.

No entanto, aquando da fase mais restritiva de confinamento domiciliário, a situação mudou radicalmente, dado que os serviços públicos na sua generalidade fecharam o atendimento ao público, e em muitos casos encerraram mesmo toda

31 Curiosamente entre as excepções ao dever de confinamento domiciliário encontravam-se as empregadas domésticas, que foram consideradas como prestando serviços essenciais, não tendo por isso sido interditas de circular na cidade nas suas deslocações para o posto de trabalho. Também, em geral, o regime de confinamento domiciliário admitia que a população se pudesse ausentar do domicílio para efectuar compras de géneros essenciais e para testagem.

a sua actividade presencial. Por outro lado, durante o confinamento domiciliário os próprios particulares não podiam ausentar-se do seu domicílio, estando interditos de saírem de casa por razões não essenciais. O uso de meios remotos, nomeadamente de aplicações informáticas ou do *site* dos serviços públicos, foi ainda muito limitado e não permitia compensar o fecho dos serviços públicos durante o período de confinamento domiciliário.

Neste ponto é de notar que, ao contrário do que seria porventura de esperar, não se procedeu à suspensão dos prazos para a prática de actos procedimentais pelo menos durante o período de encerramento dos serviços públicos e de confinamento domiciliário obrigatório. Tal colocou os particulares numa posição intolerável e que não surge como minimamente adequada, na medida em que os prazos procedimentais administrativos continuaram a correr os seus termos, podendo mesmo concluir-se, sem que os serviços públicos estivessem em regular funcionamento e sem que os particulares pudessem recorrer aos mesmos. Efectivamente, nos termos das regras da contagem dos prazos administrativos, os prazos do procedimento administrativo contam-se de forma contínua, correndo o prazo também em feriados, sábados ou domingos, ou outros dias não úteis, pelo que não parece ser relevante se o serviço público não está aberto ao público para este efeito.

Em parte, o regime geral da contagem dos prazos contido no artigo 74.º do Código do Procedimento Administrativo permite dar alguma resposta a esta problemática, dado que impede que o termo do prazo ocorra, se o último dia do prazo corresponder a um dia em que o serviço público não esteja aberto ao público, ou não funcione durante o período normal. Nesse caso, o termo do prazo para se praticar o acto em questão passa para o primeiro dia útil seguinte. Não se perdia, portanto, o último dia do prazo quando os serviços públicos estiveram encerrados, mas o prazo continua a correr até esse último dia.

Parece, no entanto, evidente que tal não será inteiramente satisfatório, dado que no contexto do confinamento domiciliário se permite que a contagem dos prazos progrida e que o prazo chegue ao seu termo, sem que em termos práticos seja muito evidente que os particulares pudessem agir eficazmente para tomarem as diligências que entendam necessárias e pertinentes para preparar a prática dos actos que fossem legalmente devidos.

Desde logo parece difícil que se possa recorrer ao aconselhamento jurídico neste período, pelo menos de forma presencial, não sendo possível realizar a deslocação ao escritório de um advogado, o que consiste numa diminuição do direito de defesa e à assistência por advogado, que decorre do artigo 36.º da Lei Básica. E também não parece possível que qualquer documentação que seja necessária para o exercício de um direito possa ser obtida, quer junto de entidades privadas, quer junto de entidades públicas. Mesmo a simples recolha

de uma notificação dirigida a um particular junto dos correios não seria possível quando os serviços postais estiveram encerrados. Este estado de coisas surge como particularmente injustificado para os prazos de defesa dos particulares contra a Administração Pública que estejam em curso, onde haja que apresentar elementos de defesa. Deveriam ter sido suspensos, pelo menos, os prazos para a interposição de reclamação graciosa, recurso hierárquico, ou outros procedimentos de idêntica natureza junto dos serviços públicos encerrados, para se assegurar o direito fundamental de acesso ao Direito.

Os prazos para a prática de actos procedimentais deveriam ter sido suspensos até à cessação das medidas de controlo epidemiológico que decretavam o confinamento domiciliário da população e o encerramento dos serviços públicos. Tal consiste numa questão de elementar justiça, para impedir que os prazos se esgotem sem que os interessados possam exercer os seus direitos, em especial tendo em vista prazos para o exercício de direitos de defesa em procedimentos sancionatórios ou disciplinares. A contagem destes prazos, nomeadamente prazos para a impugnação de multas administrativas, deve mesmo ser entendida como violadora dos princípios mais elementares de defesa, na medida em que em termos práticos não seria possível aos interessados exercerem efectivamente a defesa dos seus direitos.

9. Situação no Procedimento Tributário

A mesma questão se coloca, em termos essencialmente idênticos, relativamente à contagem dos prazos no procedimento tributário, onde encontramos situações onde podem estar em causa a contagem de juros fiscais pela mora no cumprimento de obrigações fiscais. Não sendo possível, durante o período de confinamento domiciliário e de encerramento do atendimento público nos serviços públicos, proceder ao pagamento presencial das obrigações fiscais. Acresce ainda que pode haver lugar à aplicação de multas fiscais, pela mora no cumprimento. Também neste caso não se justifica sancionar o particular pelo atraso em períodos em que não lhe era permitido cumprir com o pagamento da obrigação fiscal em mora, não estando assegurado o atendimento ao público por parte dos serviços públicos competentes que lhe permita cumprir com essa mesma obrigação fiscal.

Questão próxima pode colocar-se caso o contribuinte não tenha recebido a notificação para pagamento de um imposto, por os serviços postais não terem efectuado a distribuição postal durante a fase mais restritiva de confinamento

domiciliário[32]. Ou quando o contribuinte seja notificado para proceder ao levantamento de uma carta registada, mas não possa levantar a notificação tributária pelos serviços postais estarem encerrados ao público. Mesmo o próprio pagamento dos tributos suscita dificuldades práticas potenciais. Caso o contribuinte tenha sido notificado para pagamento, é certo que seria porventura ainda possível fazer uso de meios de pagamento remotos, nomeadamente por via bancária[33]. Mas também aqui parece que o prazo de pagamento do imposto se deveria dar como suspenso, até que ao contribuinte fosse possível encontrar o serviço público aberto, caso careça de realizar o pagamento presencialmente no serviço. A solução do sistema jurídico deve acautelar que o contribuinte se desloque ao atendimento ao público.

10. Prazos do Processo Administrativo Contencioso e Processo tributário

Relativamente aos prazos para a prática de actos processuais, a questão não se esgota certamente ao espaço do contencioso administrativo e tributário, havendo que acautelar também a contagem dos prazos processuais em geral, em todos os ramos do processo, nomeadamente no processo civil. Onde poderá haver uma multitude de situações que poderiam recomendar uma suspensão da contagem dos prazos processuais durante momentos da pandemia.

Ainda assim, parece relativamente evidente que, desde logo para o contencioso administrativo e tributário, que é o que nos ocupa presentemente, deveria ter sido previsto por lei que os prazos judiciais e para a prática de actos processuais no âmbito dos processos administrativos contenciosos e tributários que corram termos nos tribunais judiciais e demais órgãos jurisdicionais, tribunais arbitrais, Ministério Público e órgãos de execução fiscal estariam suspensos até que estes órgãos pudessem reabrir plenamente ao público.

Também aqui não estaria porventura sempre tanto em causa propriamente o termo do prazo para o recurso contencioso ou tributário, dado que, em geral, para a interposição do recurso contencioso de anulação, a contagem dos prazos

---

32 Para a notificação fiscal há ainda que considerar o regime de notificação fiscal que prevê que as notificações sejam feitas sem aviso de recepção, sendo presumida a notificação feita no quinto dia posterior ao do registo postal, nos termos do Decreto-Lei n.º 16/84/M, de 24 de Março. Esta presunção de notificação só pode ser ilidida quando a recepção da notificação ocorra em data posterior à presumida, por razões imputáveis aos serviços postais. O que nos parece ocorrer quando a distribuição postal seja suspensa por determinação de saúde pública.

33 Na medida em que o contribuinte tivesse acesso a um sistema remoto de banca *online* que permita o pagamento de impostos, como acontece com a generalidade dos bancos de Macau. Ainda assim, haverá certamente contribuintes que não fazem uso deste tipo de funcionalidades.

de recurso segue o disposto para o procedimento administrativo, evitando o termo do prazo quando o mesmo não caia em dia em que o tribunal competente não esteja aberto ao público, nos termos do artigo 25.º, n.º 3 do Código de Processo Administrativo Contencioso, que será aplicável, com as necessárias adaptações, para o contencioso tributário na falta de lei especial própria. Mas o problema coloca-se, em termos idênticos, para a contagem de outros prazos processuais similares do contencioso administrativo e tributário, sendo que estes estariam a decorrer, enquanto o interessado não pode tomar as diligências necessárias para exercer o seu direito de defesa de forma útil e efectiva. Apenas se salvaguardando a ocorrência do último dia do prazo processual.

Fora do âmbito do prazo para interposição do recurso contencioso, e para os outros prazos processuais em curso, a questão assume ainda maior dificuldade, dado que não se irá sempre aplicar o regime na prática mais favorável da contagem dos prazos administrativos. Parece, por isso, que se deveria ter acautelado e regulado por lei expressa que, pelo menos durante o período de confinamento domiciliário e onde houvesse restrições à circulação de pessoas relevantes, estariam suspensos os prazos para a prática de actos processuais que estivessem em curso, bem como os prazos de prescrição e caducidade de direitos. A suspensão dos prazos para a prática de actos processuais e da prescrição e caducidade de direitos deveria ocorrer apenas por períodos temporários e a título excepcional, enquanto não fosse possível exercer esses mesmos direitos junto das instâncias competentes. Tal teria mais relevância para os meios processuais do contencioso administrativo e tributário que não estejam sujeitos a um prazo processual de interposição, como acontece com várias das acções administrativas, nomeadamente tendo em vista o pedido de indemnização por responsabilidade civil, havendo antes que acautelar a prescrição ou caducidade do direito a ser alegado, quando o mesmo se vença em data onde não seja possível uma deslocação ao tribunal para o exercer.

Na falta da adopção de uma intervenção legal clarificadora, que expressamente previsse a suspensão dos prazos para a prática de actos processuais pelos intervenientes processuais, nomeadamente eventuais prazos em curso para entregar alegações escritas, a situação que se vivenciou não foi a mais adequada. Assim, na prática, os tribunais não encerraram completamente, continuado a julgar os processos urgentes, mantendo um funcionamento limitado das suas secretarias. Sendo que os prazos processuais continuaram a correr e poderiam mesmo chegar ao seu termo, excepto em fases da pandemia onde se tenha aplicado um regime materialmente similar ao regime das férias judiciais, onde os prazos dos processos não urgentes não se vencem. O que colocou os advogados, mas potencialmente também outros intervenientes processuais, perante uma situação complexa: impossibilidade de se ausentarem do domicílio por força de medidas de isolamento obrigatório, mas também grande dificuldade em preparar alegações

ou outras intervenções processuais sem se deslocarem aos seus escritórios profissionais, onde se encontram os documentos e outros elementos do processo. Para os processos urgentes a questão deve ter-se colocado sempre, caso tenha sido agendada uma audiência de julgamento até poderia haver testemunhas ou peritos a serem chamados aos tribunais, mas sem o puderem fazer[34], sob pena de violarem as medidas de isolamento obrigatório[35]. Mais ainda, a própria deslocação dos advogados ao tribunal, para entregar alegações ou realizar qualquer outra diligência necessária e urgente parece ter sido tolerada pelas autoridades públicas, mas não seria claramente permitida, durante o período mais duro de confinamento domiciliário. Também aqui seria recomendável que se tivesse adoptado uma previsão legal expressa clarificadora. O que não chegou a acontecer.

10.1. Justo Impedimento

Parece-nos que caso os intervenientes processuais suscitem junto das instâncias jurisdicionais competentes que não lhes foi possível exercer um direito, em especial um direito de defesa, durante o período de tempo em que vigorou o confinamento domiciliário, atendendo às restrições de circulação de pessoas impostas, se deverá dar o prazo processual como não vencido ou decorrido, por via do regime do justo impedimento, previsto no artigo 96.º do Código de Processo Civil e aplicável também aos processos administrativos por via do artigo 1.º do Código de Processo Administrativo Contencioso[36].

Dado que, em várias das situações descritas, a prática de um acto processual

---

34 Outro problema colocou-se na prática, durante o período de restrições fronteiriças, no que diz respeito à impossibilidade sobretudo de testemunhas, mas também de peritos ou outros intervenientes processuais, não residentes se deslocarem a Macau para participarem no processo. Sobre esta questão, oferecendo como possíveis alternativas, dentro das soluções actualmente admitidas pela lei de processo civil, a utilização de cartas rogatórias, o depoimento apresentado por escrito e a comunicação directa do tribunal com o depoente, *Vide* JOÃO ILHÃO MOREIRA, *A audição de testemunhas por meio de tecnologias audiovisuais: as possibilidades e os limites ao abrigo do Código de Processo Civil de Macau*, *in* Lex Mercatoria, Estudos em Homenagem ao Professor Augusto Teixeira Garcia, Almedina, 2023, pp.181-193.

35 O que poderia potencialmente ser sancionado penalmente.

36 A aplicação do justo impedimento ao prazo de interposição do recurso contencioso é matéria controvertida na nossa doutrina e jurisprudência, dado que se considera que o prazo do recurso contencioso terá natureza substantiva e não adjectiva, pelo que se questiona a aplicação a este prazo do regime processual civil do justo impedimento. Acompanhamos quem entenda que se deva aplicar o instituto do justo impedimento por exigência de justiça do caso concreto, independentemente da natureza substantiva ou adjectiva do prazo para o exercício do direito. Nesse sentido, VIRIATO LIMA/ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso Anotado*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2015, pp. 79-80.

seria impedida por evento não imputável à parte. O mesmo entendimento seria de defender para os casos onde esteja em causa a eventual prescrição ou caducidade dos direitos alegados, quando o prazo termine em data em que não seja possível uma deslocação ao tribunal por interdições públicas. Esta solução parece ser exigível, mesmo na falta de uma intervenção legal expressa que a preveja e regule, como seria desejável, em homenagem aos princípios processuais fundamentais que enquadram o nosso sistema legal, desde logo o princípio do acesso ao Direito e aos tribunais, mas também o princípio da tutela jurisdicional efectiva, previstos no artigo 36.º da Lei Básica.

11. Julgar Durante Uma Pandemia

Outra questão que se pode colocar prende-se com a necessidade de regular como certos processos urgentes possam continuar a ser julgados, tramitando com a necessária brevidade, mesmo numa situação de emergência ou calamidade pública. Mesmo que se entenda, como aconteceu entre nós, que os tribunais devem limitar a sua actividade, fazendo-se aplicar em parte um regime correspondente ao das férias judiciais (apenas se processando e julgando os processos urgentes), para evitar os riscos para a saúde pública e para a saúde dos participantes em audiências de julgamento, durante a fase mais difícil da pandemia, onde existiram mais restrições sanitárias.

Sendo que, caso se proceda ao encerramento temporário dos tribunais, se torna necessário regular como se deve continuar a julgar os processos urgentes, cuja decisão não possa ser protelada, para procurar mitigar os riscos para a saúde dos intervenientes processuais, do tribunal e dos funcionários judiciais. Uma possível resposta pode passar pela adopção de um regime especial transitório que permita regular o uso de meios de comunicação remota, quando a situação de saúde pública não permita ou desaconselhe seriamente a verificação de audiências de julgamento presenciais. Parece que, pelo menos para os tempos mais duros de uma futura pandemia, a opção legal poderá passar pelo uso de meios telemáticos pelos tribunais. Tal obriga a um repensar de aspectos relativos ao funcionamento da audiência de julgamento e também a que se dotem os tribunais dos meios técnicos necessários para o efeito.

Uma questão próxima pode também colocar-se, e colocou-se tanto quanto compreendemos, tendo em vista a possibilidade de se admitir que se faça uso de meios telemáticos para proceder à produção de prova testemunhal ou pericial quando o tribunal esteja a operar, mas as fronteiras estejam encerradas, sempre que seja necessário ouvir pessoas que se encontrem no exterior e que não consigam obter autorização de entrada na RAEM. A falta de regulação legal implicou

na prática a impossibilidade de estas testemunhas ou peritos serem ouvidos, o arrastamento dos processos em que os mesmos deveriam ser ouvidos e porventura até mesmo a perda desta prova.

Se tivermos em vista jurisdições próximas, como é o caso de Hong Kong ou de Cantão, parece que se poderá também pensar em procurar acordar com as autoridades públicas locais como se pode proceder à produção remota de prova testemunhal, nomeadamente por via da prestação de prova testemunhal em tribunais localizados nessas mesmas jurisdições vizinhas, inclusive procedendo à inquirição de testemunhas ou peritos por meio de videoconferência. Contando-se com a colaboração das autoridades locais para assegurar que a testemunha possa ser ouvida com as devidas salvaguardas, sendo livre de prestar o seu depoimento e podendo ser comprovada a sua identidade por uma autoridade pública fidedigna. A celebração de acordos de cooperação judiciária para estes efeitos parece aconselhável.

12. Adopção de Medidas Legislativas

Tendo em vista a preparação para futuras crises de saúde pública devemos contemplar a necessidade de regulação legal que introduza um regime transitório que preveja a suspensão ou interrupção dos prazos para a prática de actos procedimentais ou administrativos ou tributários e processuais contenciosos administrativos, especialmente prazos para o exercício de direitos de defesa, durante a vigência de medidas de controlo epidemiológico que impliquem o encerramento dos serviços públicos ou dos tribunais, ou limitem o seu funcionamento relevantemente, bem como em caso de confinamento domiciliário obrigatório. Em alternativa, também se poderia prever um prazo adicional para a prática de actos ou diligências após o termo da situação impeditiva de saúde pública. Tal surge como uma questão de elementar justiça, e também uma decorrência do princípio do acesso ao direito e aos tribunais, previsto no artigo 36.º da Lei Básica, bem como do princípio do acesso à justiça, contido no artigo 14.º do Código do Procedimento Administrativo, e do princípio da tutela jurisdicional efectiva, contido no artigo 2.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, para impedir que os prazos legais se contem e esgotem sem que os interessados possam fazer efectivo uso do direito de acesso à justiça administrativa.

Este conjunto de situações não parece estar a ser actualmente devidamente acautelado pelo regime jurídico contido na Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis,* ou em qualquer outra legislação aplicável, o que será um aspecto a considerar e merecedor de uma diferente ponderação, em termos de futura intervenção legislativa.

Deve também considerar-se que, pelo menos para os processos urgentes, pode ser necessário assegurar que os tribunais se mantenham a operar, não encerrando completamente, mesmo durante uma crise de saúde pública. O que pode obrigar a regular os termos em que tal possa acontecer, tendo em vista também o eventual uso de meios telemáticos nos tribunais, se os mesmos forem considerados suficientemente seguros e adequados. Deve aqui ter-se em vista também que há aspectos relativos à produção da prova testemunhal, por meios telemáticos, que carecem de ser devidamente acautelados, para se assegurar que as garantias de defesa e contraditório são plenamente salvaguardados.

Estas medidas legislativas de suspensão ou interrupção dos prazos para a prática de actos processuais e procedimentais, bem como a suspensão de prazos de prescrição e caducidade de direitos, e ainda para regular um eventual funcionamento temporário dos tribunais por meios de comunicação remotos durante a situação de emergência, deveriam ser aprovados por lei formal da Assembleia Legislativa, dado que se trata de matéria sujeita à reserva de lei parlamentar, com implicações evidentes para o exercício dos direitos fundamentais dos particulares, desde logo dos direitos de defesa, nos termos do artigo 40.º da Lei Básica (os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei) e mais concretamente das alíneas 10) e 11) do artigo 6.º da Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*.

13. Contratação Pública em Tempos de Pandemia

Uma outra área onde se poderá dedicar alguma atenção é a contratação pública, sobretudo tendo em vista situações de impossibilidade material de cumprimento pontual de contratos celebrados pela Administração Pública, durante os períodos de maior impacto da pandemia. Maior interesse para a nossa reflexão no campo dos impactos da pandemia para o Direito Administrativo de Macau assume a figura dos contratos administrativos.

14. Procedimentos Concursais

No que se reporta aos procedimentos de formação de contratos administrativos em curso, aquando dos períodos de maior impacto da pandemia, que levem ao encerramento temporário dos serviços públicos, ou a limitações ao seu regular funcionamento, parece inevitável que ocorram perturbações relevantes. O regime legal, em parte, antecipa esta realidade, em tempos de pandemia.

Em primeiro lugar, poderá ser dispensada a realização de concurso público e autorizada a adjudicação por ajuste directo quando ocorram situações extraordinárias e urgentes resultantes de *casos de força maior*, tais como tempestades, incêndios, devastações, ou outras circunstâncias imprevistas que assumam o carácter de calamidade pública, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, alínea g) do regime das despesas com obras e aquisição de bens e serviços, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 122/84/M, de 15 de Dezembro[37-38]. A pandemia assumiu, pelo menos nos momentos mais difíceis, natureza de um evento de força maior impeditivo da regular realização de concursos públicos[39].

Uma outra questão que se poderá colocar prende-se com a impossibilidade de cumprimento dos prazos procedimentais por parte dos serviços públicos para efeitos do processo de formação do contrato, em decorrência do encerramento dos serviços administrativos competentes. Parece que aqui se poderá justificar uma suspensão dos prazos procedimentais normalmente aplicáveis, nomeadamente quando os serviços públicos estejam encerrados ou seu funcionamento regular não seja manifestamente possível. Esta suspensão dos prazos procedimentais deve ser temporária e excepcional, mantendo-se até que seja possível retomar com normalidade o procedimento de formação do contrato administrativo. Também aqui se pode justificar, como antes se referiu, a aprovação de legislação especial que preveja e regule a suspensão dos prazos aplicáveis aos procedimentos administrativos em curso.

Por último, também para efeitos dos procedimentos de formação de contratos administrativos que estejam em curso durante uma situação de crise de saúde pública, ou outros procedimentos administrativos similares, como acontece com procedimentos de recrutamento de pessoal[40], deve admitir-se a possibilidade

---

37 Decreto-Lei n.º 122/84/M, de 15 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 30/80/M e pela Lei n.º 5/2021.

38 No mesmo sentido, mas de forma mais vaga e carecida de clarificação, está prevista a dispensa de "algumas formalidades legais" para a aquisição por entidades públicas de bens ou serviços indispensáveis no artigo 25.º, n.º 1, alínea 11) da Lei n.º 2/2004, *Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis*.

39 A verificação de um evento epidémico pode também ser motivo para a decisão de não contratar (trata-se de uma *causa de não adjudicação*). Ou mesmo de revogar a decisão de contratar antes tomada, por alteração de circunstâncias, e por razões de interesse público, quando ocorra uma modificação relevante dos pressupostos em que se fundou a decisão de contratar. Sendo de afastar aqui a possibilidade da reformulação das propostas ou das peças do procedimento em curso. *Vide* SÉRVULO CORREIA/LINO TORGAL/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Alteração de Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública*, *in* Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra Editora, 2010, pp. 149-200, especialmente pp. 176-189.

40 Sendo de admitir a possibilidade de se proceder a entrevistas de selecção através de

da utilização de meios remotos de comunicação, nomeadamente para assegurar a audiência dos interessados, quando os serviços públicos não possam reunir presencialmente. Também este aspecto pode carecer de uma intervenção legal clarificadora, no âmbito da regulação do governo electrónico.

15. Execução dos Contratos Administrativos

As medidas de controlo sanitário adoptadas pela RAEM para procurar prevenir a propagação e contágio do novo tipo de coronavírus podem facilmente ter levado a uma maior dificuldade ou mesmo a uma impossibilidade fáctica na execução de prestações contratuais por parte dos contratantes privados, sobretudo tendo em vista os obstáculos que se podem manifestar para o cumprimento dos prazos de execução originalmente acordados entre as partes.

Tipicamente parece ser razoável presumir que durante a vigência das medidas de controlo epidemiológico mais severas e restritivas que foram aplicadas em Macau, durante o período da pandemia causada pelo novo tipo de coronavírus, que implicaram limitações significativas à livre circulação de pessoas, e também com impacto na circulação de bens dentro e fora da RAEM, se tenham verificado sérias dificuldades na pontual e regular execução dos contratos administrativos. Essas dificuldades podem eventualmente mesmo até tornar totalmente inviável o cumprimento do acordado, sobretudo para a parte contratante privada, tipicamente prestadora de obrigações contratuais *de facere* em troca do recebimento de um preço pago pelo contratante público. Ainda que, como facilmente se pode apreender, o mesmo possa ser em larga medida verdade também para outros contratos celebrados pela Administração Pública, não se colocando a questão de forma muito diferente para os contratos que obedeçam a um regime de direito privado e não público.

Parece que tal será assim para os contratos de empreitada de obras públicas ou de prestação de serviços, na medida em que a execução do contrato surge impossibilitada pelas restrições de circulação de pessoas e bens, ou pelas limitações na produção industrial ou rupturas de *stock* de produtos disponíveis para compra no mercado, inclusive no exterior da RAEM, de bens que são necessários à execução do contrato. Nestes casos, sempre que se torne impossível obter o regular fornecimento de materiais e equipamento no mercado, ou a entrega desses

---

videoconferência, bem como do júri do concurso reunir e deliberar por meios de comunicação remotos, na medida em que não seja possível proceder a entrevistas ou reuniões presenciais durante uma pandemia. Tal justifica-se, desde logo, para situações urgentes de recrutamento, como acontece para eventuais recrutamentos de pessoal de saúde durante uma crise de saúde pública.

bens sofra demoras expressivas não evitáveis, em decorrência das medidas de controlo sanitário quer domésticas, quer impostas por outras jurisdições, e estes bens sejam indispensáveis para a boa execução do acordado, estaremos perante um *caso de força maior* impeditiva do pontual cumprimento do contrato. Trata-se de um evento externo, que não se encontra no controlo das partes, e que se poderá também reconhecer como sendo imprevisível, que as partes não podiam razoavelmente antecipar ou evitar. Será uma situação que não depende da vontade das partes, não é evitável pelas mesmas, e que pode porventura consubstanciar uma impossibilidade objectiva, temporária ou definitiva, do cumprimento do contrato[41].

15.1. Base Contratual dos Contratos Administrativos

O contrato administrativo encontra-se regulado por um regime substantivo de direito público, que se encontra essencialmente previsto nos artigos 165.º a 176.º do Código de Procedimento Administrativo. Acresce ainda a regulação contida em legislação especial para certos tipos de contratos administrativos, como acontece com o contrato de empreitada de obras públicas, onde se aplica o regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e ainda, entre outra legislação avulsa relevante, o regime previsto para o processo de aquisição de bens e serviços, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho[42].

Deve ainda assim ser sublinhado que o regime de direito público do contrato administrativo não o transforma em coisa diferente de um contrato, assente no acordo e autonomia das partes. Por outras palavras o contrato administrativo é um contrato, que se encontra sujeito à "lógica do contrato"[43]. Deve, por isso, admitir-se que, naquilo que não estiver regulado pelo seu regime especial, se deva aplicar o regime geral dos contratos, em particular contido no direito civil. Assim,

---

41 O *caso de força maior* deve ser entendido como um facto imprevisível e estranho à vontade das partes que impossibilita absolutamente o cumprimento das obrigações contratuais. *Vide* MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, 9.ª Edição, Almedina, 2007, p. 623.
A doutrina civilista diferencia entre o *caso de força maior* e o *caso fortuito*, tendo em vista a imprevisibilidade e irresistibilidade do facto, sendo o caso fortuito entendido como sendo evitável se fosse previsto e o caso de força maior como inevitável, mesmo que previsto, por ser irresistível. A opção legal prevista na legislação avulsa vigente aponta para a relevância tanto do caso imprevisto como do caso de força maior. *Vide* JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 9.ª Edição, Almedina, 2004, p. 555.

42 Cf. também em particular o regime das despesas com obras e aquisição de bens e serviço, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 122/84/M, de 15 de Dezembro.

43 *Vide* PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, 2003, pp. 101-105.

na falta de regulação própria, e quando estivermos no campo da relação jurídica contratual, da característica de consensualidade dos contratos administrativos, deveremos procurar integrar as lacunas do regime dos contratos administrativos por aplicação, com as necessárias adaptações, das regras gerais dos contratos, nomeadamente do Código Civil.

Admita-se também a possibilidade do próprio regime contratual, pelo menos nos contratos de maior relevo, incluir estipulações para a impossibilidade de cumprimento ou para a alteração anormal das circunstâncias, prevendo por exemplo a existência de cláusulas contratuais reguladoras de casos de força maior, podendo remeter para o regime geral civil ou fazendo aplicar um regime contratual próprio, conforme seja convencionado pelas partes.

15.2. Impossibilidade Temporária de Cumprimento

Em regra, estaremos normalmente perante casos de impossibilidade meramente temporária na execução dos contratos administrativos, dado a natureza transitória do obstáculo à execução do acordo gerado pelas medidas sanitárias impostas para controlo da propagação da pandemia. A impossibilidade não será definitiva, dado que após o termo destas restrições temporárias ao normal funcionamento da economia é expectável que se possa retomar a regular execução dos termos acordados. Ainda que tal possa implicar atrasos no calendário dos trabalhos acordados entre as partes.

Na falta de um enquadramento legal próprio, no âmbito do regime dos contratos administrativos, que possa regular eventuais situações de impossibilidade temporária motivada por força maior, seria de aplicar o regime geral da impossibilidade de cumprimento temporária não imputável ao devedor previsto no artigo 781.º do Código Civil (que seria aplicável aos contratos administrativos por integração analógica de lacuna legal, na medida em que inexiste regulação específica no regime dos contratos administrativos).

15.3. Incumprimento Não Culposo

Essa mora no cumprimento não será, nestas circunstâncias, de considerar como sendo culposa e censurável para o contratante particular. Verificando-se antes uma justa causa, ou uma causa justificativa, da mora no cumprimento, dado que os motivos que impedem o cumprimento pontual do acordo são de força maior e não imputáveis à parte privada (não correspondem a riscos que devam ser assumidos pela parte contratual privada nos termos do contrato).

Ficaria, nestes termos, pelo menos em regra, afastada a responsabilidade do devedor pelos prejuízos causados pela mora no cumprimento da obrigação

contratual. O incumprimento não será culposo, o que impede a verificação da responsabilidade civil. Será antes provocado por uma causa externa fora do seu controlo, que impede o devedor de cumprir a obrigação assumida.

Em decorrência, o credor na relação contratual não poderá também aplicar multas contratuais ou outras sanções contratuais, ou até mesmo proceder à resolução do contrato, para procurar sancionar o incumprimento verificado. Novamente tal decorre de o incumprimento resultar de situações objectivas e externas, fora do controlo do devedor, que não lhe podem ser imputáveis. A falta de culpa no incumprimento obsta ao sancionamento do devedor, não podendo haver pena (multa ou outra sanção contratual) sem culpa do devedor.

Tal decorre também do previsto em legislação especial como acontece no artigo 55.º do processo de aquisição de bens e serviços, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho, que prevê que cessa a responsabilidade do adjudicatário por atraso na execução do contrato, quando se verifique caso de força maior devidamente comprovado. O mesmo acontece no artigo 169.º do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro[44]. Em caso de força maior, como uma epidemia, perante a verificação de um facto estranho à vontade das partes que os impossibilita de cumprir as obrigações contratuais assumidas, ocorre uma causa liberatória da responsabilidade para o empreiteiro pelo não cumprimento do contrato.

15.4. Empreitada de Obras Públicas: Força Maior

Para os contratos administrativos de empreitada de obra pública está previsto que o empreiteiro possa suspender a execução dos trabalhos, durante um período não superior a 10 dias seguidos ou 15 dias interpolados, em caso de força maior[45]. Sendo que, neste caso, ocorrendo uma suspensão não imputável ao empreiteiro, os prazos do contrato e do plano de trabalhos consideram-se automaticamente prorrogados por período igual ao período da suspensão[46].

---

44 Este diploma legal fornece um conceito de "força maior" que inclui expressamente as epidemias. Trata de, na opção legal formulada, de um facto natural ou situação, imprevisível e irresistível, cujos efeitos se produzam independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais do empreiteiro, tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, tufões, tremores de terra, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais e quaisquer outros eventos que afectem os trabalhos da empreitada, nos termos do artigo 169.º, n.º 3 do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

45 Cf. artigo 159.º, n.º 1, alínea b) do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

46 Cf. artigo 168.º do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo

O empreiteiro tem também o direito de rescindir o contrato se a suspensão for determinada ou se mantiver por período superior a 25% do prazo estabelecido para a execução da empreitada, quando resulte de caso de força maior, podendo também ter direito a ser indemnizado pelos danos emergentes[47].

Como se viu antes, uma epidemia enquadra-se expressamente num caso de força maior não imputável ao empreiteiro privado, nos termos do artigo 169.º do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, o que não apenas exonera o contraente particular da responsabilidade perante o dono da obra público, mas também coloca a cargo da parte pública os prejuízos causados ao particular pelo evento[48]. Na opção legal, o risco inerente à ocorrência de um evento de força maior impeditivo do cumprimento do contrato de empreitada de obras públicas deve ser assumido pela parte pública, pelo dono da obra público[49].

15.5. Alteração do Acordo Contratual

Desde logo há que reconhecer que os contratos administrativos cuja execução se encontrava em curso durante a pandemia causada pelo novo tipo de coronavírus sofreram inúmeros constrangimentos e dificuldades práticas. Aqui há ainda que notar que o enquadramento jurídico não foi alterado, tendo em vista acomodar esta situação de crise. Parece, no entanto, inevitável que pelo menos o regime contratual, em certos casos, tenha que ter sofrido alterações, nomeadamente tendo em vista o alargamento dos prazos de execução, dado que os prazos originalmente acordados se podem ter tornado inviáveis.

Caso o contrato administrativo em causa regule especificamente os casos de força maior, como pode suceder nos contratos de empreitada de obras públicas ou concessão de serviços públicos de maior relevo e dimensão, poderá ser suficiente fazer uso do regime contido no próprio clausulado contratual. Afastando que o devedor deva responder pela mora no cumprimento, dado que a impossibilidade temporária resulta de causas justificativas. Havendo nesta sede também que

---

Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

47 Cf. artigo 163.º, n.º 2, alínea a) e n.º 3 do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

48 Sobre este ponto, *Vide* ARNALDO MANUEL ABRANTES GONÇALVES, *Manual de Formação sobre Contratos Públicos*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012, pp. 362-366.

49 Para além do efeito liberatório da responsabilidade do empreiteiro decorrente de um caso de força maior, deve o dono da obra também ressarcir dos danos causados nos trabalhos da empreitada, sendo reposto o equilíbrio financeiro a favor do empreiteiro. Isto quando a verificação do evento de força maior não conduza à resolução do contrato. *Vide* PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, 2011, pp. 100-107.

considerar a necessidade da reposição do equilíbrio financeiro do contrato em favor do particular, caso se constate que ocorre uma alteração das circunstâncias que tornam, por exemplo, o preço das matérias primas ou materiais mais elevados, em decorrência das medidas sanitárias introduzidas quer localmente, quer no exterior. Tal terá que ser avaliado em função da situação de cada caso em concreto e dos riscos próprios inerentes ao contrato, que devem ser assumidos pelas partes.

A situação mais comum seria aquela em que as medidas sanitárias de controlo e prevenção do novo tipo de coronavírus motivam uma impossibilidade temporária de cumprir certas prestações contratuais, havendo aqui normalmente casos de mora no cumprimento, não imputável às partes.

15.6. Maior Onerosidade

Deve ter-se em vista ainda um outro conjunto de situações, de possível verificação, que consistem em casos em que o cumprimento pontual das prestações contratuais acordadas ainda se revela estritamente possível, mas que esse cumprimento implica para o contratante privado um custo adicional muito mais elevado, causado pelos impactos económicos gerados pela pandemia. Nesta segunda situação, não estando estritamente impedido o cumprimento, não ocorre uma impossibilidade temporária conforme configurada pelo legislador para a mora não imputável ao devedor, no regime geral dos contratos civis, que se deva aplicar também ao campo próprio dos contratos administrativos, com as necessárias adaptações.

Nestes casos de mera maior onerosidade, o cumprimento das prestações contratuais acordadas ainda será possível, mas significativamente mais dispendioso para os contratantes particulares, em decorrência dos custos significativamente mais elevados, por exemplo, com a aquisição e transporte dos materiais e equipamentos necessários no contexto de uma economia sob uma crise de saúde pública. Neste sentido, ainda será estritamente possível, e porventura por isso também exigível nos termos contratuais, aos contratantes particulares obter os bens de que carecem no mercado para cumprir pontualmente as suas obrigações contratuais, nomeadamente tendo em vista a execução de uma empreitada ou a prestação de um serviço público. Trata-se, portanto, de um caso imprevisto que não consiste num caso de força maior.

Acontece, no entanto, que o preço que será devido pela aquisição e transporte desses bens poderá tornar-se claramente mais elevado, e em termos económicos poderá ser mesmo proibitivo ou ruinoso proceder à compra desses bens. Também seria uma situação onde as perturbações causadas pela pandemia ultrapassam os riscos do negócio, dado que os preços praticados em situação de ruptura da cadeia de abastecimento podem ser desmesurados e incomportáveis,

perante os preços normalmente praticados no mercado, e que estavam na base das negociações que fundaram o acordo contratual. Assim sendo, a situação de crise pública e de saúde pública poderá gerar um impacto profundo nos fundamentos económicos do acordo celebrado entre as partes, em termos que podem eventualmente mesmo ultrapassar os riscos normais[50] e as circunstâncias que devem enquadrar o cumprimento do contrato.

Basta pensar na situação onde a execução da empreitada de uma obra pública obriga à aquisição de materiais a preços claramente exorbitantes, sendo ainda possível a sua obtenção no mercado, mas não a preços que tenham qualquer racionalidade económica para o contraente particular. Ou no caso de um serviço que só pode ser prestado ao público a um preço de custo muito mais elevado ao que seria possível antes dos impactos económicos causados pela crise de saúde pública. Ou ainda caso os custos com o financiamento bancário da execução do contrato se tornem extraordinariamente mais onerosos para o contraente particular. Nestas e outras circunstâncias similares, onde o cumprimento do acordo ainda sendo possível, se torna muito mais oneroso em termos do seu custo financeiro para o contratante particular é de ponderar se será ainda exigível que este cumpra pontualmente conforme o que foi acordado, ou justifica-se antes considerar que estamos perante um *caso imprevisto*, que se possa enquadrar numa alteração anormal das circunstâncias motivadora também de uma modificação dos contratos administrativos.

15.7. Empreitada de Obras Públicas: Alteração Anormal

Para os contratos administrativos de empreitada de obra pública está legalmente previsto que quando as circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, segundo as regras da prudência e da boa fé, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos próprios do contrato, o empreiteiro tenha direito à revisão do contrato, conforme a equidade, para o efeito de ser compensado pelo aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços inicialmente acordados[51].

---

50 O risco é um conceito indeterminado. Podemos dizer que os *riscos normais* são aqueles que podem ser antecipados pelas partes, sendo assumidos na própria relação contratual, em função do acordado (podemos falar aqui do "plano de risco do contrato"), e que podem também ser geridos pela parte onerada com estes riscos pela via da celebração de seguros. Enquanto que os *riscos anormais*, ou que podemos também designar de "riscos desconhecidos", correspondem a casos de imprevisão, a um evento ou caso imprevisto. *Vide* PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, 2011, pp. 61-79.

51 Cf. artigo 172.º do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo

Nestes termos, para os contratos administrativos de empreitada de obras públicas deve ocorrer uma revisão dos preços acordados para que os preços contratuais pagos ao contraente particular correspondam às despesas após o aumento dos encargos que se verificou. Não existe, no entanto, legislação em Macau que regulamente a revisão de preços, naquilo que se pode identificar como uma lacuna que introduz incerteza sobre a aplicação deste regime[52].

Certo é que esta revisão de preços será legalmente obrigatória perante uma alteração das circunstâncias, e que tal deve acontecer nos termos das cláusulas que devem ser inseridas nos contratos para o efeito[53]. E que essa revisão de preços visa repor o equilíbrio financeiro do contrato. E ainda também que se pode considerar que existe um direito do empreiteiro a que se proceda a esta revisão de preços, podendo reclamar pela via graciosa ou contenciosa, ou perante uma instância arbitral, se tal estiver estipulado pelas partes, caso a mesma não lhe seja facultada nos termos legais[54].

16. Alteração Anormal das Circunstâncias

Muitas vezes não se encontra um regime legal específico que regule a questão da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias no âmbito do regime de direito público do contrato administrativo. Há mesmo quem se refira a que no ordenamento jurídico de Macau "se verifica uma quase absoluta ausência de normas legais" relativamente à modificação das circunstâncias em particular para o espaço da contratação pública[55]. Teremos, por

---

Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

52 Sobre este ponto, *Vide* ARNALDO MANUEL ABRANTES GONÇALVES, *Manual de Formação sobre Contratos Públicos*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012, pp. 366-372.

53 Cf. artigo 172.º, n.º 2 do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

54 Maior dificuldade está associada aos casos onde o contrato seja omisso sobre este ponto, não regulando como se deve rever o preço das empreitadas de obras públicas, especialmente em caso de alteração das circunstâncias, sendo que na sua falta devem ser as partes a preencher essa omissão contratual, por acordo se possível, mas pela via contenciosa se tal for necessário. Assim também ARNALDO MANUEL ABRANTES GONÇALVES, *Manual de Formação sobre Contratos Públicos*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012, especialmente p. 369.

55 Com interesse sobre o princípio da estabilidade do contrato e a possibilidade de modificação do contrato na contratação pública em Macau, *Vide* JOAQUIM ADELINO, *Os princípios basilares da contratação pública em Macau – Breve reflexão sobre a realidade actual e perspectivas futuras*, *in* Lex Mercatoria, Estudos em Homenagem ao Professor Augusto Teixeira Garcia, Almedina, 2023, pp.195-226 (especialmente pp. 222-225).

isso, também aqui que, perante a falta de regulação legal, proceder à integração da lacuna, fazendo uso do regime geral contido no artigo 431.º do Código Civil, com as necessárias alterações[56]. Também no espaço dos contratos públicos se aplicará a *clausula rebus sic stantibus*[57].

Podendo aqui haver fundamentos para a modificação dos contratos administrativos, e para uma eventual atribuição ao contraente particular de uma compensação financeira a ser fixada de acordo com juízos de equidade, para fazer frente às despesas adicionais sofridas pelo contraente particular com o cumprimento do acordado numa economia em crise e com cadeias de fornecimento em ruptura, em resultado do impacto causado pelo novo tipo de coronavírus. Tal será assim na medida em que se aceite que, no caso concreto, se esteja perante uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, e que tal alteração contratual seja também entendida como gravemente lesiva da boa fé, não estando coberta pelos riscos próprios do contrato (a *álea do negócio*), nos termos gerais. O que nos parece que, pelo menos em certos casos, se poderá ter verificado durante os anos da pandemia. Acresce ainda que em alternativa à modificação do contrato, tendo em vista a

56 Sendo de admitir que aos contratos administrativos, no caso de se verificar uma alteração anormal das circunstâncias em que foi fundada a decisão de contratar, se possa aplicar o direito à modificação ou resolução do contrato nos termos do artigo 431.º do Código Civil. *Vide*, entre outros, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, 2003, pp. 122-129. Para os pressupostos e limites da aplicação subsidiária do regime da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias para os contratos administrativos, *Vide* PEDRO NUNO RODRIGUES, *A Modificação Objectiva do Contrato de Empreitada de Obras Públicas*, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 87-111.

57 Regra que visa a tutela da boa fé e é concretizadora da *tutela da confiança legítima*, sendo protegido pela ordem jurídica o investimento legítimo da confiança feito pelas partes contratuais, na medida em que o mesmo é razoável e justificado. A alteração das circunstâncias serve a tutela do princípio geral da boa fé inerente ao sistema jurídico e não existe apenas nos negócios jurídicos privados, pertencendo também ao espaço jurídico-administrativo. A doutrina aponta, ainda assim, para uma adaptação do instituto da alteração das circunstâncias, tendo em vista a defesa do interesse público no Direito Administrativo. Assim, para os contratos administrativos haveria que se assegurar que o contraente privado se mantivesse vinculado, tendo em vista a *preservação da relação contratual*, não podendo resolver o contrato, mas sendo antes compensado pelos danos sofridos pela alteração das circunstâncias, segundo critérios de equidade, e pela manutenção da relação contratual, sempre que a parte pública tenha interesse em preservar essa mesma relação contratual (para assegurar a continuidade da prestação de serviços públicos, por exemplo). *Vide* SÉRVULO CORREIA/LINO TORGAL/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Alteração de Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública*, *in* Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra Editora, 2010, pp. 149-200, especialmente pp. 165-172.

reposição do equilíbrio contratual[58] (novação reparadora do contrato), se deve também equacionar aqui a possibilidade da resolução do contrato por força da alteração das circunstâncias, nos termos do artigo 431.º do Código Civil, aplicado por analogia, nomeadamente se não for justificável exigir às partes que prossigam com o cumprimento do acordado, atendendo ao elevado preço económico que teria que ser suportado, nas novas circunstâncias anormais de uma economia em crise. Podendo a parte pública preferir proceder à resolução do contrato e não suportar o custo financeiro consideravelmente mais elevado associado ao cumprimento do acordo num ambiente económico muitíssimo mais adverso e manifestamente distinto do antes existente.

Indo mais longe, como é sabido, a figura da alteração anormal das circunstâncias assenta num *imperativo de justiça*, visando a reposição do equilíbrio contratual, devendo ser encarada em termos de excepcionalidade, não podendo ser desculpa para as partes não cumprirem um acordo que se tornou, pelos riscos normais do contrato ou pelo evoluir das circunstâncias, num mau negócio (*pacta sunt servanda*)[59]. Teremos, por isso, que aferir se os custos adicionais que surgem com um impacto tão significativo para o regular cumprimento do contrato decorrem de uma circunstância nova, de verificação superveniente, e que não poderia razoavelmente ser antecipada pelas partes, nem se podendo entender como estando coberta pelos riscos próprios do contrato. Parece que tal se pode enquadrar no caso dos impactos económicos extremamente adversos causados pela crise de saúde pública em questão, que seriam imprevisíveis para as partes, não pertencendo ao mundo dos normais riscos comerciais associados

---

58 O valor da reposição será o necessário para repor a proporção financeira afectada, não devendo colocar qualquer das partes numa situação mais favorável da inicialmente estabelecida, não devendo cobrir perdas que já decorriam do acordo inicial, nem os riscos próprios inerentes ao contrato. Tal resulta de um princípio geral da responsabilidade civil: a obrigação de indemnizar não visa colocar o lesado numa situação melhor do que a situação em que estaria sem o evento danoso. Não se admite normalmente que se deva também indemnizar lucros cessantes, mas apenas os danos emergentes. O cálculo do valor da indemnização assume essencialmente natureza económica, e muitas das vezes terá que ser apurado por peritos independentes, quando não se tenha acordado no recurso a tribunais arbitrais para a resolução desta questão. *Vide* LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos: Em Especial, a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro do Contrato e a Determinação dos Danos*, *in* Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra Editora, 2010, pp. 339-394, especialmente pp. 363-394.

59 Aqui também se podem colocar questões relativas à protecção dos *interesses da concorrência*, ou da defesa do interesse público na escolha da melhor proposta, não se podendo fazer uso da modificação dos contratos públicos para renegociar os contratos à margem do concurso público, desvirtuando-se a regulação do procedimento de adjudicação de contratos públicos. *Vide* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, *in* Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra Editora, 2010, pp. 5-49, especialmente pp. 41-49.

ao cumprimento dos contratos. Acresce que também se pode aceitar, em certas circunstâncias, mas sujeito a uma avaliação concreta de cada caso, que o desvio financeiro introduzido pela crise de saúde pública assume uma onerosidade excessiva e não tolerável, de acordo com os ditames da boa fé, ao colocar sob o contraente privado a necessidade de suportar o custo económico gerado para o acordo com a pandemia causada pelo novo tipo de coronavírus. Não quer isto dizer que o cumprimento de todos os acordos possa cair dentro deste regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Haverá casos onde uma relativa maior onerosidade será ainda tolerável e admitida pela relação contratual, seja por se entender que pertence ainda aos riscos normais do acordo, seja por se considerar que não coloca gravemente em causa os princípios da boa fé, sendo ainda razoável exigir ao contraente particular que cumpra o acordado, mesmo que com maior custo e eventualmente suportando um prejuízo financeiro.

Caso nos encontremos perante uma situação que preenche os requisitos gerais da modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias, nos exigentes termos legais aplicáveis, será normalmente necessário proceder ao ajustamento do clausulado contratual, para que se possa aqui encontrar uma nova posição de equilíbrio entre os interesses das partes no contrato, respeitadora dos ditames da boa fé. Tipicamente, havendo ainda interesse no cumprimento pontual por parte da parte pública, e sendo a modificação do contrato preferível à resolução do mesmo, parece que se deve alterar os termos acordados no sentido de restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato perante as novas circunstâncias, revendo-se os preços acordados[60].

Essa poderá, no entanto, não ser a única solução possível, dado que podemos admitir, desde logo, que se possa nas circunstâncias de cada caso e perante o quadro do que foi acordado pelas partes tomar várias vias restauradoras[61]:

---

60 Conforme se referiu para os contratos administrativos de empreitada de obras públicas existe um regime legal que regula como tal deve ocorrer que imputa ao dono da obra público a responsabilidade por danos causados nos trabalhos de uma empreitada em caso de força maior.

61 Em geral, num caso de alteração das circunstâncias, o contrato administrativo pode manter-se mediante o pagamento de uma compensação financeira à parte prejudicada (por exemplo, revisão do preço), pode ser modificado (por exemplo, prorrogação do prazo de execução) ou, se tal for estritamente necessário, o contrato pode ser resolvido (caso a modificação do contrato não seja suficiente para manter o interesse das partes no contrato). É de diferenciar a alteração das circunstâncias do chamado *facto do príncipe*, onde a execução do contrato é impactada por uma intervenção pública (por exemplo, a adopção de medidas sanitárias novas na construção que devem ser cumpridas pelos empreiteiros de obras públicas). Normalmente o facto do príncipe provoca uma alteração das circunstâncias, que pode, nos termos gerais, levar à modificação ou à resolução do contrato, conforme antes visto. Diferencia-se, no entanto, na medida em que havendo modificação contratual o contratante particular ter direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, e havendo resolução do contrato, ter direito a uma justa indemnização,

1) Prazos: suspender ou prorrogar os prazos de execução das prestações ou da vigência do contrato inicialmente fixados, permitindo que o contraente privado beneficie de um horizonte temporal mais dilatado para mitigar ou ultrapassar as dificuldades práticas sentidas com o cumprimento pontual e se possa beneficiar de uma previsível redução dos custos associados ao cumprimento do acordado com a gradual normalização da situação económica e sanitária;

2) Prestações: rever e reduzir as prestações contratuais não principais que se tornem excessivamente onerosas, em termos do seu custo financeiro, tendo em vista a possibilidade da sua substituição por outras prestações de custo inferior ou de o seu cumprimento não ser já exigível integralmente, após uma avaliação da racionalidade económica subjacente à sua prestação na nova situação pandémica, e também das exigências colocadas pelo interesse público, em termos de se proceder a uma análise custo-benefício para a execução global do acordo, procedendo-se a uma redução do objecto do contrato;

3) Preços: rever e aumentar a retribuição originalmente acordada entre as partes, nomeadamente para se proceder a uma alteração dos preços inicialmente negociados, dado que o preço contratualizado tinha em vista uma realidade de custos económicos que já não minimamente corresponde à que se verifica durante a situação de pandemia, procurando fazer reflectir nos preços contratuais pagos ao contraente particular a nova componente de despesas, ou acordar no pagamento ao contraente particular de uma compensação adicional proporcional à maior onerosidade associada ao cumprimento do contrato.

Deve ainda assim ser clarificado que o regime da modificação do contrato por alteração das circunstâncias não visa onerar exclusivamente a Administração Pública com a totalidade dos custos e encargos económicos adicionais gerados pelos impactos causados pelo novo tipo de coronavírus. O que se visa antes é uma modificação do contrato original para que este possa ser suportável para ambas as partes, e sobretudo seja tolerável para o contraente particular, dentro do equilíbrio contratual original, tendo em vista aquilo que é razoavelmente exigível, em respeito pelo princípio da boa fé na execução do contrato. Perante a verificação de circunstâncias imprevisíveis e muito desfavoráveis para o cumprimento pontual do acordado inicialmente, as partes devem assumir entre si uma repartição equitativa dos encargos adicionais e anormais que se fazem sentir por força de uma alteração

---

sendo de aplicar, na falta de previsão legal expressa desta situação, no caso do facto do príncipe ser praticado pelo próprio contraente público, os regimes de modificação e resolução unilaterais dos contratos administrativos (previstos nas alíneas a) e c) do artigo 167.º do Código do Procedimento Administrativo). *Vide* MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Edição, Editora D. Quixote, 2009, pp. 166-168.

anormal das circunstâncias[62].

Faz sentido admitir, por isso, que o contratante particular, caso lhe seja exigido o cumprimento pontual do acordado pela parte pública, perante circunstâncias que o tornam manifestamente intolerável, possa procurar requer judicialmente, ou perante uma instância arbitral, se tal estiver estipulado pelas partes, a modificação do contrato administrativo, nos termos gerais, por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar[63].

17. Modernização do Regime dos Contratos Públicos

Aqui chegados, aproveitamos o pretexto para referir uma questão que nos parece merecer maior atenção por parte do legislador de Macau. Como bem se percebe o regime jurídico dos contratos administrativos está contido no Código do Procedimento Administrativo e desenvolvido em legislação avulsa. Acontece que esta legislação avulsa está bastante datada, sendo reconduzida aos anos 80 do século passado. Essa legislação só pontualmente sofreu actualizações ao longo dos últimos anos, estando cristalizada no tempo.

Tal redonda num quadro legislativo que se pode descrever como disperso, desactualizado e sofredor de vários vazios de regulamentação legal. No campo do actual conjunto de modestas reflexões sobre os impactos da epidemia sobre os contratos administrativos tal tornou-se pontualmente bastante evidente, faltando regulação própria dirigida a tratar de aspectos relativos à impossibilidade temporária de cumprimento ou à resolução ou modificação do contrato administrativo por alteração das circunstâncias no âmbito do contrato administrativo. Apenas encontramos regulação um pouco mais completa para o domínio das empreitadas de obras públicas. Também evidenciado pelo impacto causado pela epidemia é a ausência de normas legais que versem, directa ou

---

62 Em geral, sendo a maior onerosidade da execução da empreitada o resultado de um evento imprevisível e irresistível, fora do controlo das partes, um acto da natureza, como é o caso de uma epidemia, parece ser de entender que o agravamento dos encargos deva ser repartido equitativamente entre as partes, de acordo com os ditames da boa fé. Nos termos do regime jurídico que regula os contratos de empreitada de obras públicas a maior onerosidade corre por conta do dono da obra público quando este der causa a uma maior dificuldade na execução da empreitada, devendo arcar com o respectivo agravamento dos encargos e o empreiteiro privado deve ser ressarcido dos danos causados (cf. artigo 170.º do regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro).

63 O mesmo se pode dizer naturalmente também para os contratos de direito privado da Administração Pública, onde o regime civil da alteração anormal das circunstâncias se aplicará sem mais, ainda que o nosso foco de atenção esteja antes nos contratos públicos.

indirectamente, a repartição de risco entre as partes contratantes.

Surge, por isso, a necessidade de se proceder a uma uniformização e modernização legislativa do quadro legal aplicável aos contratos administrativos, e também à matéria relativa formação dos contratos, para melhorar a regulamentação da contratação pública e da execução dos contratos públicos. Neste campo pode justificar-se uma revisão de todo o regime aplicável à contratação pública[64], não tendo que se diferenciar o regime de formação dos contratos em função da sua natureza administrativa ou privada.

Bem se compreende que a modernização do regime dos contratos públicos aqui proposta requer tempo e uma dedicação de meios técnicos. Parece, no entanto, que muito se ganharia em se iniciar estes trabalhos preparativos com a necessária brevidade, evitando que a desactualização da legislação contratual administrativa continue a progredir para uma crescente atrofia do sistema.

18. Considerações Finais – *Aprender com a Crise...*

Para concluir, gostaria ainda de referir uma ideia chave que me parece estar subjacente ao tema desta conferência: *a crise pode proporcionar momentos de aprendizagem*, nomeadamente em termos do funcionamento do sistema jurídico e de premente necessidade de aperfeiçoamento legislativo. Aprender com esta crise permite que se enfrente a próxima crise com melhores soluções e instrumentos jurídicos, devendo ter-se consciência da sempre existente possibilidade da ocorrência de uma nova epidemia num futuro próximo.

A pandemia causada por um novo tipo de coronavírus causou choques profundos para a vida social e económica que ainda se fazem sentir nos nossos dias. Durante os anos de pandemia era comum fazer-se um paralelismo histórico com a última grande pandemia anterior, a denominada "gripe espanhola", que foi uma pandemia do vírus influenza que decorreu entre 1918 a 1920. Normalmente tal abarca uma certa ideia de se ter porventura ultrapassado a pandemia do nosso século. De dificuldades vencidas, ainda que a muito custo humano. E que a pandemia não será previsivelmente repetível no nosso tempo de vida. Não nos parece que isto seja um dado adquirido, uma vez que que nada impede que num futuro próximo não surja uma nova crise.

A experiência de Macau pode aqui introduzir algumas *nuances* que merecem porventura uma maior reflexão colectiva e podem ser úteis para a

64 Encontra-se neste momento pendente na Assembleia Legislativa uma proposta de lei que visa precisamente reformular o regime da contratação pública. Trata-se da proposta de Lei intitulada "Lei da contratação pública" (disponível em https://www.al.gov.mo/pt/law/lawcase/581).

comunidade científica. Como se referiu, pensamos que Macau beneficiou da aprendizagem obtida aquando da ocorrência de uma crise de saúde pública anterior de menor impacto – a epidemia de SARS de 2002-2004. Foi essa crise de saúde pública, não muito distante no tempo, que deu lugar à produção da legislação especial ainda em vigor que visa assegurar a prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis. E diga-se que, no entender do legislador de 2004, isto assentou essencialmente num processo de aprendizagem e de preparação para futuro, atendendo à possibilidade da ocorrência de novas epidemias:

> *"Se é verdade que a RAEM foi poupada em 2003 aos efeitos mais devastadores daquela doença não é menos verdade que não há razões para qualquer abrandamento por parte do Executivo na prossecução de uma política de saúde pública eficaz. (...) Mais consideram os membros da Comissão que as normas que agora se apreciam visam dotar a Região de um quadro adequado à prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis, indispensável num momento em que vários indícios aconselham à tomada de medidas preventivas e à preparação de medidas de controlo e tratamento face a eventuais epidemias quer da síndroma respiratória aguda severa quer de outras doenças, como por exemplo, a chamada gripe das aves"*[65].

Outro aspecto não tão evidente, e que referimos ainda com alguma hesitação, por nos parecer ser matéria para um estudo da área da sociologia e da psicologia de massas, mas que também nos parece ter tido um relevo merecedor de uma maior atenção, reporta-se à adesão espontânea ao uso de máscaras pela população de Macau desde o início da pandemia. O que nos parece encontrar sustentação, em grande parte, na experiência da epidemia de SARS de 2002-2004, onde o uso de máscaras surtiu efeito em termos de redução da propagação do contágio de um vírus que era também respiratório e transmissível pelo ar. Podemos aqui talvez falar numa memória difusa colectiva que antecipou a adopção de medidas sanitárias preventivas antes de as mesmas estarem comprovadas como sendo eficazes pela ciência médica.

O actual momento é propício para se procurar retirar novas lições sobre a forma como se lidou com a pandemia causada por um novo tipo de coronavírus, como aconteceu após epidemia de SARS de 2002-2004. Procurando agora também aproveitar aquilo que se pode aprender com esta crise e reforçar o que se fez bem,

---

65 Parecer n.º 1/II/2004 da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa sobre a proposta de lei intitulada "Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis", p. 3.

mas também corrigir e melhorar o que não se fez tão bem.

No campo do Direito Administrativo, que é o que nos ocupa hoje, já avançamos com três linhas de sugestões: 1) necessidade de um regime legal próprio para regular aspectos relativos à suspensão ou interrupção dos prazos procedimentais e processuais administrativos e tributários, bem como a suspensão de prazos de prescrição e caducidade de direitos, durante períodos de confinamento obrigatório, encerramento dos serviços públicos ou com limitações relevantes ao acesso aos tribunais, nomeadamente tendo em vista assegurar o efectivo exercício de prazo de defesa (mesma questão se pode colocar, em geral, para os prazos de outros ramos processuais, nomeadamente para o processo civil); 2) aprofundar os mecanismos de teletrabalho, governo electrónico e o uso de meios telemáticos para a Administração Pública e para os tribunais, nomeadamente tendo em vista a necessidade de se proceder ao julgamento de meios processuais urgentes, mesmo durante uma situação de pandemia, com inevitáveis riscos para os participantes processuais na audiência de julgamento presencial; e 3) modernizar o regime dos contratos administrativos e da contratação pública, tendo em vista aspectos onde a legislação actual se encontra manifestamente desactualizada, lacunar e dispersa. Este último aspecto surge como uma questão legislativa maior, em termos de se propor uma reforma e modernização mais ampla do regime dos contratos da Administração Pública, mas sobretudo dos contratos públicos.

Por outro lado, há aspectos que se associam ao governo electrónico que podem ser vantajosos e oferecer benefícios durante uma situação de crise sanitária pública, tendo em vista permitir assegurar a continuidade do funcionamento dos serviços públicos, e do atendimento ao público em particular, em situações onde se deva limitar o contacto e a interacção de pessoas.

Para os tribunais poderá ser ponderado o reforço dos usos remotos para efeitos da submissão e recepção de peças processuais, bem como a previsão de outras formas de produção da prova à distância, nomeadamente tendo em vista o uso das novas tecnologias que permitem a comunicação remota, nomeadamente por videoconferência, não apenas em situações pandémicas, sem que, contudo, se deixe de acautelar a fiabilidade e a segurança da prova produzida. Este aspecto não se suscita apenas para o processo administrativo contencioso.

Também merecerá uma reflexão mais profunda se não devem ser regulados aspectos relativos ao teletrabalho e à prestação remota de trabalho, sobretudo pensando na componente mais administrativa dos serviços públicos que possam operar sem contacto presencial. Estamos aqui perante possíveis soluções normativas que assentam nas novas tecnologias digitais, e que permitem melhores respostas, pelo sector público, também em situações em que o funcionamento presencial dos serviços públicos não possa ser mantido, ou apenas o possa ser com riscos de contágio a serem potencialmente evitados.

A este conjunto de ideias acresce mais uma preocupação, que nos parece surgir com maior naturalidade com o decurso do tempo e o maior distanciamento associado a uma avaliação objectiva da história da pandemia, que passa por se reforçar o respeito na prática administrativa pela proporcionalidade como critério de aplicação de medidas de saúde pública. Conforme decorre aliás do regime legal actualmente vigente, que remete expressamente para os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação aos objectivos propostos como critério determinante para a aplicação das medidas sanitárias. Mesmo em casos de emergência e crise de saúde pública, como aconteceu durante uma pandemia, é importante que a restrição dos direitos e liberdades fundamentais resulte de um rigoroso exame das condições em concreto de aplicação daquelas medidas e do estrito respeito pelo princípio da proporcionalidade. Só assim o sistema de direitos fundamentais permanece vivo e vibrante no sistema jurídico da RAEM, mesmo sofrendo limitações necessárias por razões ponderosas de saúde pública. Este ponto de equilíbrio é difícil de ser encontrado, sobretudo em tempos de calamidade pública, mas carece também de ser encontrado.

VIDA DA FACULDADE
Faculty Life

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(Julho – Dezembro 2023)

Notícias dos Mestrados e Doutoramentos

Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Gu Yuting	Civil Law and Intellectual Property Law	Ma Zhe	Research on The Protection of Trade Dress in China – Based on Relevant Cases from 2018 to 2023	03/11/2023
Lio Man Cheng	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Jiang Chaoyang	Study on the Expansion of the Subjective Effect of Administrative Judgment in Terms of Execution in Macau	07/11/2023
Xu Moke	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Jiang Chaoyang	On Delegation-Type Administrative Devolution in China: Rule No. 300 of the People's Government of Guangdong Province	07/11/2023
Cao Can	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Kong Wa	Research on the Dilemma and Solution of Rule of Law Coordination in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area	10/11/2023

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Yiting	International Business Law	Ma Zhe	Research on the Allocation of Civil Liability of Independent Directors Under Misrepresentation by Listed Companies	14/11/2023
Lin Jun	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	Research on Legal Issues of Uterine Transplantation	14/11/2023
Ho Mei I	International Business Law	Leong Cheng Hang	Research on the Trademark Infringement in Parallel Imports in Macao	15/11/2023
Xu Aoyuetian	Civil Law And Intellectual Property Law	Ma Zhe	Research on Judicial Protection of Intellectual Property Rights in Video Games – From The Perspective of Copyright Protection	15/11/2023
Cui Lin	Civil Law And Intellectual Property Law	Ma Zhe	The Dilemma and Solution for Compensation for Damages for Infringement of Personal Information Rights and Interests	15/11/2023
Ran Zilong	International Business Law	Wei Dan	Provisional Measures in International Investment Arbitration: Hela Schwarz GMBH V. People's Republic of China	16/11/2023
Wang Yuyi	International Business Law	Ma Zhe	Researching the Status of Trust Protector and References for China's Legislation	17/11/2023

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Ye Zihan	Civil Law and Intellectual Property Law	Shui Bing	Research on Basic Copyright Issues of Short Videos Created by AI	20/11/2023
Iong Pok San	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Jiang Chaoyang	Explanation on the Principle of Good Faith in the Code of Administrative Procedure of Macao	21/11/2023
Zhang Zeyi	Civil Law and Intellectual Property Law	Xingzhong Yu	Regulation of Tort Law on Artificial Intelligence Products Causing Harm to Persons: Realistic Dilemmas and a Path Forward	21/11/2023
Seak Ian Chi	Criminal Law and Criminal Procedural Law	Li Zhe	Reflections on Macao's Youth Protection Law	27/11/2023
Huang Shuyue	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	Research on Legal Issues in the Protection of Minors' Personal Information	28/11/2023
Pang Ka Ian	International Business Law	Leong Cheng Hang	Study on the Damage Compensation System in "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" - Experience Reference and Enlightenment for China	29/11/2023

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Su Qi	International Business Law	Li Ke	Research on the Way of Overseas Bond Issuance and Listing Legislation of Domestic Enterprises: from the Perspective of Investment in Macau by Domestic Enterprises	29/11/2023
Liu Peiyuan	International Business Law	Li Ke	Research on the Difficulties and Solutions of Valuation Adjustment Mechanism Performance	29/11/2023
Leong Lai I	Comparative Civil Law	Tong Io Cheng	Damages to Wrongful Life and The Scope of Compensation	04/12/2023

Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa

Nome	Orientador	Título Da Tese	Data
Leong Hio Su	João Loreto Ilhão Moreira	A vinculação dos accionistas às cláusulas compromissórias legais do regime jurídico de Macau	28/11/2023

Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa – Direito Internacional dos Negócios

Master's Degree in Law in English International Business Law

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Jiang Jitian	Sara Migliorini	Takeout Food Security and Fairness – A Comparative Study	20/11/2023
Huan Yumeng	Rostam J. Nuwirth	Artificial Intelligence: Copyright Inspired by the Kashtanova Case	20/11/2023
Li Peixian	Sara Migliorini	How to Walk the Path of Personalized Pricing Governance in China – Based on The Comparison Between Chinese and EU Regulations	20/11/2023
Ip Teng Hin	Rostam J. Neuwirth	Generative Artificial Intelligence and the Regime of Copyright and Related Rights in Macao Special Administrative Region	20/11/2023

Curso de Mestrado em Ciências em Língua Inglesa — Ciências de Dados

Master of Science course in English Data sciences

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Cheang Ka I	Tu Guangjian	Workplace Surveillance and its Impact on Employees' Privacy in Macau	10/11/2023
Wang Xin	Du Li	The Current Situation and Challenges of Data Security in China	30/11/2023
Xie Guozheng	Du Li	Recommendation Algorithm in Online Shopping and the Legal Issue	30/11/2023

Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito da União Europeia, Internacional e Direito Comparado

Master's degree in law in English European Union, international and comparative law

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Cai Yinghuai	Alexandr Svetlicinii	Appointment and Promotion of Senior Executives in China Central State-Owned Enterprises: A Study of Legal Framework and Application Practices	27/11/2023

Curso de Doutoramento em Língua Chinesa

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Sun Ying	Iau Teng Pio	The construction of inter-regional criminal judicial assistance system between Guangdong province and Macao SAR	04/07/2023

ACTIVIDADES DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Publicações

Boletim

• Boletim da Faculdade de Direito Número 51, em Língua Portuguesa

Textos Jurídicos

Lições de Processo Civil de Macau
Autor: Cândida Pires
Publicado em 2022
Tradutores: Chan Keng Hei, Wang Wei
Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Língua Chinesa

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Formato para Apresentação

a. Os artigos devem ser enviados apenas em formato Word.
b. A fonte deve ser Times New Roman.
c. O texto do artigo deve ser escrito com tamanho 10 com espaço entre linhas de "pelo menos 0". As notas de rodapé devem ser escritas com tamanho 8 e espaço de "pelo menos 0".
d. Formatação da página, margens:
   Cima, baixo: 5,5cm
   Esquerda, direita: 5cm
e. O nome do Autor e o título pessoal deve ser incluído no início do artigo (v.g. nome do Autor, Professor(a) Associado(a), Faculdade de Direito, Universidade de Macau).
f. Nos títulos e subtítulos do texto do artigo, a primeira letra de cada palavra deve ser maiúscula. Use itálico para enfatizar; não use negrito ou sublinhado.
g. Ao adicionar uma nota no corpo do artigo, a nota deve estar em forma de nota em rodapé, numerada e em estilo regular, sem negrito ou sublinhado.
h. As notas de rodapé de citação de artigos de revistas devem seguir a seguinte ordem: Nome do Autor, título do artigo, editora, ano, número, número da página. Por exemplo: TONG IO CHENG, *Sobre as lacunas da Lei de Terras de Macau, in* Revista do Ministério Público, Ano 40, n.º 158 (Abril-Junho 2019), pp. 141-183.
i. As notas de rodapé de citação de artigos incluídos em colectâneas devem seguir a seguinte ordem: nome do Autor, título do artigo, nome da colecção, Editora, volume (se houver), ano de publicação, número da página. Por exemplo: AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, *O Direito Comercial no Âmbito do Direito Objectivo*, *in* Repertório do Direito de Macau, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, p. 663.
j. As notas de rodapé de citação de livros devem seguir a seguinte ordem:

Nome do Autor, título do livro, volume (se houver), ano de publicação, Editora, número da página. Por exemplo: WEI DAN, *A China e a Organização Mundial do Comércio*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 25.

k. As notas de rodapé de citações de jornais devem seguir a seguinte ordem: Nome do Autor, título do jornal, ano de publicação, número da página. Por exemplo: IAU TENG PIO, *Continuando uma implementação abrangente e precisa de "Um país, dois sistemas"*, Diário do Povo, 06/12/2019, China.

l. As notas de rodapé de citação de livros ou de artigos traduzidos devem seguir a seguinte ordem: Nome do Autor, título do livro ou do artigo, nome do Tradutor, Editora, ano, número da página. Por exemplo: MÁRIO JÚLIO BRITO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, traduzido por TONG IO CHENG, Law Press China, 2014, pp. 1-15.

m. Para as notas de rodapé, na primeira citação da obra de Autores que não tenham nomes chineses, o seu primeiro nome deve estar antes do sobrenome, por exemplo: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, em vez de: Figueiredo Dias; Jorge de; Andrade, José Carlos Vieira de; Antunes Varela; João de Matos. Nas citações seguintes pode ser usado o sobrenome ou o nome abreviado pelo qual o Autor é usualmente citado, por exemplo: ANTUNES VARELA.

n. Para artigos publicados em outras línguas serão adoptadas as regras referidas, com as necessárias adaptações, como Inglês.

o. Para as edições especiais publicadas em língua chinesa serão adoptadas as regras referidas, com as necessárias adaptações.

BULLETIN OF THE FACULTY OF LAW UNIVERSITY OF MACAU

Format for Submission

a. Articles should be submitted in Word format only.
b. Font must be in Times New Roman.
c. The article body should be written with font size of 10-point with line spacing "at least 0 point". The article footnote should be written with font size of 8-point with line spacing "at least 0 point".
d. Page layout, Margins:
   Top, bottom: 5.5cm
   Left, right: 5cm
e. Author's name and personal title should also be included at the beginning of the article. (e.g. Author's name, Associate Professor, Faculty of Law, University of Macau)
f. For the titles and subtitles of article body, the first letter of each word is capitalized, bold. Use italics for emphasis, but not bold nor underlined.
g. When adding note to the article body, the note must be in footnote form, numbered and in regular style, no bold or underline.
h. The footnotes of citation of journal articles should follow this order: Author's name, article's name, publisher, year, period, page number. For example: TONG IO CHENG, Sobre as lacunas da Lei de Terras de Macau, in Revista do Ministério Público, Ano 40, n. º 158 (Abril-Junho 2019), pp. 141-183.
i. The footnotes of citation of articles included in text collections should follow this order: Author's name, article's name, collection's name (Editor's name), volume (if any), publisher, year, page number. For example: AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, O Direito Comercial no Âmbito do Direito Objectivo, in Repertório do Direito de Macau,

Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, p. 663.

j. The footnotes of citation of books should follow this order: Author's name, book's name, volume (if any), publisher, year, page number. For example: WEI DAN, A China e a Organização Mundial do Comércio, Almedina, Coimbra, 2001, p. 25.

k. The footnotes of citation of newspapers publication should follow this order: Author's name, newspaper's name, publication date, page number. For example: IAU TENG PIO, Continuing a comprehensive and accurate implementation of "One Country, Two Systems", in People's Daily, 2019/12/6, China.

l. The footnotes of citation of translated books or articles should follow this order: Author's name, book or article's name, translator's name, publisher, year, page number. For example: MÁRIO JÚLIO BRITO DE ALMEIDA COSTA, História do Direito Português, translated by TONG IO CHENG, Law Press China, 2014, pp. 1-15.

m. For the footnotes, in the first citation of the work, the non-Chinese Author's first name must be written firstly and then the last name, for example: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS; JOSÉ CARLOS VIERRA DE ANDRADE, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, instead of: Figueiredo Dias, Jorge; de Andrade, José Carlos Vieira; Antunes Varela, João de Matos. In the following citations can be used the last name(s) or the short name by which usually cited, for example: ANTUNES VARELA.

n. For articles written in other Languages other than Portuguese, such as English, the referred rules will be adopted, with the necessary adaptations.

o. For the special editions published in Chinese, the referred rules will be adopted, with the necessary adaptations.