

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: COVID-19 e o Direito

ANO LXI

2020

NÚMERO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXI (2020) 1

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2020

## ÍNDICE

2020

- **M. Januário da Costa Gomes**  
9-19 Editorial

## ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**  
23-43 COVID-19 e boa-fé  
*Covid-19 and good faith*
- **Jorge Miranda**  
45-62 Constituição e pandemia – breve nota  
*Constitution and pandemic – a brief note*

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Ana Perestrelo de Oliveira**  
65-79 Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada  
*Force majeure clauses and freedom of contract*
- **Aquilino Paulo Antunes**  
81-96 Medicamentos para SARS-CoV-2 e COVID-19: *time matters*  
*Medicines for SARS-CoV-2 and COVID-19: time matters*
- **Catarina Monteiro Pires | Diogo Costa Seixas**  
97-116 Crédito empresarial em tempos virulentos – primeiras reflexões  
*Corporate credit agreements in virulent times – first observations*
- **Catarina Salgado**  
117-148 O impacto da pandemia na aviação civil – um novo 11/9?  
*The impact of the pandemic on civil aviation – a new 9/11?*
- **Diogo Costa Gonçalves**  
149-185 Crise e renegociação dos contratos no Direito português e brasileiro – Algumas reflexões  
*Considerations about the crisis and the renegotiation of contracts in Portuguese and Brazilian Law*
- **Eduardo Vera-Cruz**  
187-205 O Direito após a pandemia de COVID-19: os binómios fundamentais  
*Law after the COVID-19 pandemic: the fundamental binomials*
- **Francisco Mendes Correia**  
207-220 Obrigações pecuniárias e perturbações no cumprimento: algumas notas a propósito da pandemia da COVID-19  
*Monetary obligations and nonperformance: some notes concerning the COVID-19 pandemic*

- **Francisco Rodrigues Rocha**  
221-236 A redução do risco no seguro automóvel durante a pandemia de Covid-19. Breves notas  
*Risk reduction on automobile insurance during Covid-19 pandemic. Brief notes*
- **Hugo Ramos Alves**  
237-260 Sobre a repercussão do COVID-19 no Direito Aéreo  
*The impact of COVID-19 on Aviation Law*
- **Isabel Alexandre**  
261-289 Audiências à distância em processo civil e princípio da publicidade das audiências  
*Remote hearings in civil proceedings and principle of publicity of hearings*
- **Isabel Graes**  
291-320 Breves notas sobre as soluções de política sanitária em Portugal nos séculos XVI-XIX  
*Brief notes about the Portuguese sanitary policy in the 16th-19th centuries*
- **João Lemos Esteves**  
321-336 “Covid-Tracing App” e o Direito: reflexão sobre as lições do Supremo Tribunal de Israel  
*“Covid-Tracing App” and Law: reflexion on Israel Supreme Court’s ruling lessons*
- **João Marques Martins**  
337-351 Breves notas sobre o Desconfinamento dos Tribunais Cíveis  
*Brief Notes on the Deconfinement of Civil Courts*
- **Jorge Duarte Pinheiro**  
353-363 Direito da Família-20 e Covid-19  
*Family Law-20 and Covid-19*
- **José Ferreira Gomes**  
365-390 Contratos de M&A em tempos de pandemia: impossibilidade, alteração das circunstâncias e cláusulas MAC, *hardship* e força maior  
*M&A Contracts in a time of pandemic: impossibility, change of circumstances, MAC, hardship and force majeure clauses*
- **Judith Martins-Costa**  
391-427 Impossibilidade de prestar e excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas  
*Impossibility to perform and excessive burden in shopping center lease agreements*
- **Madalena Perestrelo de Oliveira**  
429-454 Operações de crédito, financiamentos internacionais e moratória bancária em tempos de Covid-19  
*Financing operations, international financing and banking moratorium in times of Covid-19*

- **Margarida Silva Pereira**  
455-494 O impacto da Pandemia por COVID-19: Direito da Família, Direitos das Crianças e Direitos de Género. E a fragilidade do estatuto patrimonial dos cônjuges nas respostas  
*The impact of Pandemic by COVID-19: Family Rights, Children's rights and Gender Rights. The fragility of the spirit's assets status in responses*
- **Maria Cristina Pimenta Coelho**  
495-508 Fazer testamento em tempos de COVID-19  
*Making a will in time of COVID-19*
- **Maria João Estorninho**  
509-520 COVID-19: (novos) desafios e (velhos) riscos na contratação pública  
*COVID-19: (new) challenges and (old) risks in public procurement*
- **Nazaré da Costa Cabral**  
521-532 O impacto económico da crise do COVID 19 e as medidas de recuperação a nível nacional e europeu  
*The economic impact of the COVID-19 crisis and the recovery measures at national and European levels*
- **Nuno Trigo dos Reis**  
533-569 Responsabilidade civil por contágio pelo novo coronavírus? Algumas notas sobre a responsabilidade aquiliana em tempos de pandemia  
*Civil liability for negligent COVID-19 transmission? Reflections on tort law during the pandemic emergency*
- **Paulo Alves Pardal**  
571-587 Nótulas sobre o impacto económico da COVID-19  
*Notes about the economic impact of COVID-19*
- **Pedro Infante Mota**  
589-617 O “contágio” da globalização (económica) pela COVID-19  
*The “contagion” of globalization (economic) by COVID-19*
- **Pedro Romano Martinez**  
619-643 Dúvidas na interpretação de alguns preceitos da legislação de emergência (Covid 19)  
*Doubts on the interpretation of some precepts of the emergency legislation (Covid 19)*
- **Raquel Brízida Castro**  
645-679 Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias?  
*Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?*
- **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**  
681-715 O Direito dos contratos privados face à presente crise pandémica. Alguns problemas, em especial, a impossibilidade económica temporária  
*Private Contract law in relation to the current pandemic crisis. Some problems, in particular, temporary economic impossibility*

- **Rui Pinto**  
717-727 A suspensão dos atos de penhora no quadro das medidas extraordinárias aprovadas pela Lei nº 1-A/2020, de 19 de março, alterada pela Lei nº 4-A/2020, de 6 de abril e pela Lei nº 20/2020, de 29 de maio. Notas breves  
*The suspension of attachment acts in the context of the extraordinary measures approved by Law No. 1-A/2020, of March 19, amended by Law No. 4-A/2020, of April 6 and Law No. 20/2020, of May 29. Brief notes*
- **Rui Tavares Lanceiro**  
729-746 Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da Covid-19  
*A brief note on the Portuguese legal response to the Covid-19 crisis*
- **Rute Saraiva**  
747-792 Uma leitura de Economia Comportamental da crise covidiana  
*A Behavioural Economics approach to the covidian crisis*
- **Tiago Serrão**  
793-804 Uma epidemia anunciada: a epidemia da litigância em matéria de execução contratual pública  
*An announced epidemic: the epidemic of public contract enforcement litigation*
- **Vasco Pereira da Silva**  
805-811 5 Breves notas sobre o Direito do Ambiente em estado de emergência  
*5 Short Comments on Environmental Law in State of Emergency*
- **Vitalino Canas**  
813-827 O império da exceção: a inevitabilidade do autoritarismo em democracia?  
*The empire of exception: the inevitability of authoritarianism in democracy?*
- **Vítor Palmela Fidalgo**  
829-851 O Sistema de Patentes e o Acesso a Produtos Médico-Farmacêuticos no Contexto da Atual Pandemia: O Ponto de Situação Atual e os Principais Desafios  
*The Patent System and the Access to Medical devices and Pharmaceutical Products in the Context of the Current Pandemic: The Present Situation and the Main Challenges*

## VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **Christian Baldus**  
855-866 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Jorge Silva Santos sobre “Teoria geral do direito civil, cripto-justificações e performatividade da decisão jurídica. Historiografia jurídica e ciência do direito como invenção agonística de discursos. Para uma arqueologia do autor Guilherme Moreira”
- **Miguel Prata Roque**  
867-879 Diretivas Antecipadas de Vontade sobre Cuidados de Saúde e Liberdade de Autodisposição (Arguição da Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada pela Mestre Rosana Broglio Garbin à Universidade de Lisboa)

## COVID-19 e boa-fé\*

### *COVID-19 and good faith*

António Menezes Cordeiro\*\*

**Resumo:** Em Portugal como nos demais países europeus, a pandemia de COVID-19 provocou uma série de leis de emergência, acompanhadas por estudos jurídicos parcelares. As medidas, em especial no confronto com as leis alemãs, permitem isolar quatro princípios básicos: (1) a eficiência na prossecução de objetivos; (2) a manutenção do *statu quo*; (3) a cristalização do risco; (4) a socialização dos danos. Esses princípios são úteis para interpretar e para integrar as diversas medidas que têm sido tomadas. Para além disso, há que atender aos valores básicos do sistema, repercutidos em cada caso através do princípio da boa-fé. Este determina o respeito pela confiança e pela realidade subjacente: previne o aproveitamento das regras COVID-19 fora dos seus objetivos e veda atuações formalmente concordes com as leis de exceção, mas que, no terreno, se posicionem já fora delas. O estudo foi concluído no dia 31 de maio de 2020.

**Palavras-chave:** Pandemia COVID-19. Leis de emergência. Princípios gerais. Papel do sistema e da boa-fé.

**Abstract:** In Portugal, as elsewhere in Europe, the COVID-19 pandemic gave rise to a body of emergency legislation, accompanied, albeit unevenly, by legal studies. Especially when compared with the German legislation, four basic principles may be extracted from these measures: (1) efficiency in the pursuit of objectives; (2) maintenance of the *status quo*; (3) crystallisation of risk; (4) socialised damages. These principles are helpful in interpreting and supplementing the various measures which have been adopted. At the same time, attention must be paid to the basic values of the system, reflected in each case through the principle of good faith (*bona fides*). This requires respect for legitimate expectations and for the underlying material situation: it prevents the COVID-19 rules from being exploited outside the proper setting, by prohibiting any course of action formally compliant with the exceptional legislation but which, in reality, lies beyond its scope. This study was concluded on 31 May 2020.

**Keywords:** COVID-19 Pandemic. Emergency laws. General principles. Role of the system and of good faith.

\* O presente estudo reporta-se à situação pandémica e jurídico-científica existente no dia 31 de maio de 2020.

\*\* Professor Catedrático e Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

António Menezes Cordeiro

**Sumário:** I – A Covid-19: 1. Aspetos planetários; 2. Em Portugal; 3. Cenários de recuperação. II – 4. Diplomas especiais; Institutos gerais. III – Produção doutrinária: 6. Como exemplo: bibliografia alemãs; 7. Direito lusófono; 8. Obras gerais? III – Parâmetros gerais: 9. Enunciado; 10. Princípio da eficiência; 11. Princípio da preservação do *statu quo*; 12. Princípio da cristalização do risco; 13. O princípio da socialização dos danos. IV – A boa-fé: 14. Noções básicas; 15. *A culpa in contrahendo* (cic); 16. O abuso do direito; 17. A alteração das circunstâncias; 18. A complexidade intra-obrigacional; 19. Em suma.

## I – A COVID-19

### 1. Aspetos planetários

I. No dia 11-mar.-2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, como pandemia, um surto de doença respiratória aguda, causada pelo coronavírus SARS-COV-2. A própria doença foi, em síntese, denominada COVID-19: sigla retirada de *corona virus disease 2019*, data da sua identificação.

II. A COVID-19 foi localizada em Wuhan, província de Hubei, na China, em 1-dez.-2019, tendo sido reportada à OMS em 31-dez.-2019. Hoje admite-se uma circulação muito anterior do vírus, mesmo na Europa, tendo inclusive alguns médicos suspeitado de pneumonias atípicas desse tipo, nos últimos meses de 2019, no próprio território nacional. Desconsiderada no Ocidente, mau grado alguns avisos, a doença avançou em termos geométricos. Nos finais de maio de 2020, estavam oficializados 6 milhões de infetados em 187 países, sendo recordistas os EEUU (1,8 milhões), o Brasil (450 mil), a Rússia (400 mil), o Reino Unido (270 mil) e a Espanha (240 mil). Em todo o Mundo, o número de mortes rondava os 400.000.

III. A COVID-19 não comporta, neste momento, nem vacina, nem nenhum medicamento direto: apenas paliativos. A única solução é preventiva: isolar os contagiados e determinar o confinamento geral. Isso implica o termo abrupto do transporte internacional, do turismo, da restauração, da indústria de lazer e de inúmeras atividades que implicam contactos com o público e ajuntamentos. A nível mundial, anuncia-se uma crise económica sem precedentes.

IV. Nos finais de maio de 2020, não há vacina à vista. Os especialistas referem-na, como possível, para o termo de 2021. Mas trata-se de mera especulação. Tudo aponta

para a necessidade de as sociedades se adaptarem à doença, preparando as suas estruturas económicas, sociais e jurídicas para (sobre)viver com ela, nos próximos anos.

## 2. Em Portugal

I. O primeiro caso, em território português, foi oficialmente detetado no dia 2-mar.-2020, importado de Itália. A 17 desse mês ocorreu o primeiro óbito. A 31-mar., tínhamos 7.443 infetados e 160 mortes; a 30-abr., 25.045 infetados e 989 mortes; a 30-mai., 32.203 infetados e 1.396 mortes.

Quando a pandemia parecia regredir, assistiu-se a uma súbita explosão de infetados na Grande Lisboa e Vale do Tejo: um fenómeno que, a não ser prontamente ultrapassado, compromete a recuperação económica, dada a má imagem turística que transmite. Os responsáveis hesitam quanto às explicações deste fenómeno.

II. Um confinamento rigoroso, livremente acolhido pela população, evitou o crescimento exponencial que se aguardava no início. Na comparação imediata com a Espanha, que contava, além de 240.000 infetados, quase 30.000 mortes, a posição nacional afigurava-se muito favorável, ainda que a evolução em Lisboa seja preocupante. Todavia, no plano económico, as consequências foram paralelas às dos demais países. Os especialistas preveem uma quebra do PIB, em 2020, entre 8% e 12%: uma cifra imensa, cujas variáveis se modificam diariamente. Aguardam-se perdas severas noutros países, com relevo para a França, o que irá complicar o cenário de substanciais ajudas europeias, a fundo perdido.

## 3. Cenários de recuperação

I. Os poderes públicos hesitam, ainda que, para o exterior, intentem transmitir tranquilidade e segurança. Não conseguem, dos epidemiologistas, obter informações e aconselhamento seguros. O confinamento opõe-se, no plano clínico, à imunidade de grupo e, no plano económico, à salvaguarda das estruturas produtivas e de consumo. Mas parece inevitável para defesa dos serviços de saúde. Certa parece ser a explosão da doença nos países que o recusaram: Reino Unido, Estados Unidos e Brasil. Tudo é complicado por fatores políticos não racionais.

II. Neste momento, os diversos Governos encaram medidas de reabertura parcial, tentando fazer observar regras de higiene nos contactos humanos. Procura-se a bisetriz entre a prevenção e a salvaguarda da economia. Saber se tal quadratura

António Menezes Cordeiro

é possível é questão sem resposta, sendo que se joga com a vida humana: quer no tabuleiro da saúde, quer no da economia.

## II – O Direito COVID-19

### 4. Diplomas especiais

I. A partir do início de março de 2020, foram publicados sucessivos diplomas destinados a enfrentar a Crise COVID-19: ora pontuais, ora de âmbito mais geral. Contamos: 73 em março, 122 em abril e 69 em maio: desde despachos a leis da Assembleia, num total de 264, a que acrescem medidas das Regiões Autónomas. Por seu turno, o sítio do *Jornal Oficial da União Europeia* elenca 260 instrumentos jurídicos virados para o COVID-19.

II. Na ordenação do DRE, os diplomas nacionais visam: (1) a declaração e prorrogação da situação de calamidade; (2) *idem*, do estado de emergência; (3) medidas relativas à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID-19; (4) medidas de apoio à sustentabilidade da economia e das empresas; (5) medidas específicas: (a) água e saneamento; (b) agricultura e pescas; (c) arrendamento; (d) banca; (e) campismo; (f) ciência e inovação; (g) comércio e indústria; (h) comunicações eletrónicas; (i) cultura; (j) emprego; (k) proteção civil; (l) transportes; (m) turismo; (6) medidas que comportam restrições a atividades económicas; (7) *idem*, quanto à mobilidade e transportes; (8) medidas relativas à saúde e à proteção à família; (9) medidas no âmbito dos serviços públicos; (10) publicação excepcional de atos; (11) requisição civil; (12) medidas aprovadas pelas regiões autónomas.

III. As medidas especiais têm natureza muito variável: desde meras determinações administrativas sobre a publicação do DR aos sábados e domingos, até leis da reserva da Assembleia. Os desvios que introduzem no ordenamento são, também, muito variáveis. Os contratos privados são especialmente atingidos ainda que, para eles, tenham sido adotadas poucas medidas de exceção.

### 5. Institutos gerais

I. O Direito – *maxime* o Código Civil – comporta institutos gerais que podem, com o apoio da Ciência do Direito, enquadrar com justiça alguns problemas suscitados pela crise COVID-19. Esses institutos são especialmente requeridos nas áreas não cobertas por normas de exceção.

II. Nessas condições estão, entre outros, a *culpa in contrahendo* (227º), o abuso do direito (334º), a alteração das circunstâncias (437º), a boa-fé na execução dos contratos (762º/2) e as regras sobre a impossibilidade superveniente (790º a 797º, todos do Código Civil), entre outros<sup>1</sup>. Diversas áreas, como a do Direito do trabalho, oferecem, também, institutos gerais capazes de enfrentar consequências do COVID-19.

### III – Produção doutrinária

#### 6. Como exemplo: bibliografia alemã

I. Pergunta-se se, na base dos diplomas especiais e dos institutos gerais, se torna possível construir um conjunto harmônico de princípios destinados a ordenar cientificamente as soluções para o COVID-19: seria um “Direito da crise” ou “Direito COVID-19”.

II. O Direito COVID-19 teria de partir da periferia: seria construído na base de soluções dirigidas para áreas ou problemas concretos. Vamos tomar, como base para uma amostragem, a experiente e significativa *Neue Juristische Wochenschrift*: uma revista generalista alemã, de publicação semanal, que permite seguir, em tempo real, a produção jurídico-científica da grande potência jurídica continental. Temos, só em abril e maio de 2020, artigos sobre: perturbações das prestações<sup>2</sup>, Direito processual<sup>3</sup>, proteção da saúde<sup>4</sup>, consumidores e pequenas empresas<sup>5</sup>, instauração da insolvência<sup>6</sup>, Direito do trabalho<sup>7</sup>, locação<sup>8</sup>, Direito das

<sup>1</sup> Vide Catarina Monteiro Pires (org.), *Crise contratual e perturbações da prestação / Anotação ao Código Civil (Artigos 227º, 321º, 330º, 335º, 432º a 436º, 437º, 438º, 762º, 790º a 795º, 801º a 803º, 813º a 816º)* (2020), 125 pp..

<sup>2</sup> Marc-Philippe Weller/Markus Liberknecht/Victor Habrich, *Virulente Leistungsstörungen / Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung*, NJW 2020, 1017-1022.

<sup>3</sup> Christian auf der Heiden, *Prozessrecht in Zeiten der Corona-Pandemie*, NJW 2020, 1023-1026.

<sup>4</sup> Stephen Rixen, *Gesundheitsschutz in der Corona-Krise / Die (Neu-) Regelungen des Infektionsschutzgesetzes*, NJW 2020, 1097-1103.

<sup>5</sup> Martin Schmidt-Kessel/Christian Millnitz, *Coronavertragsrecht / Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen*, NJW 1103-1107.

<sup>6</sup> Volker Römermann, *Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im COVInsAG und ihre Folgen*, NJW 2020, 1108-1111.

<sup>7</sup> Adam Sagen/Marius Brockfeld, *Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie*, NJW 2020, 1112-1117.

<sup>8</sup> Silvio Sittner, *Mietrechtspraxis unter Covid-19*, NJW 2020, 1169-1175.

empresas<sup>9</sup>, do emprego<sup>10</sup>, publicidade de audiências<sup>11</sup>, risco de decisões empresariais<sup>12</sup>, direito às prestações por viagens<sup>13</sup>, processos parentais<sup>14</sup>, crédito<sup>15</sup>, “mortes para salvamento”<sup>16</sup>, indemnização por supressão de serviços<sup>17</sup>, Apps-Corona e proteção de dados<sup>18</sup>, Direito do produto em modo de pandemia (máscaras)<sup>19</sup>, BGH e advogados<sup>20</sup> e inconstitucionalidade das proibições de deslocação<sup>21</sup>.

Outras revistas de teor generalista dão um forte contributo para o *Corona-recht*: oito artigos na JuS (*Juristische Schulung*), vinte e quatro na NVwZ (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*), dez na DRiZ (*Deutsche Richterzeitung*), quarenta e quatro no BB (*Betriebsberater*). Quanto a revistas especializadas como meros exemplos: Direito da família<sup>22</sup>, Direito fiscal e de prestação de contas<sup>23</sup>, Direito das sociedades<sup>24</sup>, Direito notarial<sup>25</sup> e Direito do trabalho<sup>26</sup>: de todas estas apenas confrontámos matéria publicada até meados de maio. Note-se que nas revistas

<sup>9</sup> Eberhard Vetter/Jörgen Tielmann, *Unternehmensrechtliche Gesetzeänderung in Zeiten von Corona*, NJW 2020, 1175-1180.

<sup>10</sup> Christian Burkiczak, “Hartz IV” in *Zeiten von Corona*, NJW 2020, 1180-1182.

<sup>11</sup> Tobias Kulhanek, *Saalöffentlichkeit unter dem Infektionsschutzgesetz*, NJW 2020, 1183-1187.

<sup>12</sup> Michael Kubiciel, *Haftung für unternehmerische Risikoentscheidungen während der Corona-Pandemie*, NJW 2020, 1249-1255.

<sup>13</sup> Sebastian Löw, *Pauschalreiserecht in Zeiten der Covid-19 Pandemie*, NJW 2020, 1252-1255.

<sup>14</sup> Katrin Lack, *Verfahren in Kindschaftssachen während der Corona-Krise*, NJW 2020, 1255-1259.

<sup>15</sup> Tobias B. Lühmann, *Das Moratorium im Darlehensrecht anlässlich der Covid-19-Pandemie*, NJW 2020, 1321-1326.

<sup>16</sup> Armin Engländer/Till Zimmermann, “Rettungstötungen” in *der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin*, NJW 2020, 1398-1402. Sobre este tema (que, felizmente, não se terá posto entre nós, mas que foi dramático em Itália): Thomas Rönnau/Kilian Wegmer, *Grundwissen: Triage*, JuS 2020, 403-407.

<sup>17</sup> Jan Stöß/Max Putzer, *Entschädigung von Verdienstaustausch während der Corona-Pandemie*, NJW 2020, 1465-1471.

<sup>18</sup> Jürgen Kühling/Roman Schildbach, *Corona-Apps / Daten- und Grundrechtsschutz in Krisenzeiten*, NJW 2020, 1545-1550.

<sup>19</sup> Carsteb Schucht, *Produktrecht im Pandemiemodus – Schutzmasken als Compliance- und Haftungsrisiko?*, NJW 2020, 1551-1556.

<sup>20</sup> Erik Waclawik, *BGH und Covid-19: Keine weitere Zeit für Anwälte?*, NJW 2020, 1621-1625.

<sup>21</sup> Felix Schmitt, *Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote*, NJW 2020, 1626-1631.

<sup>22</sup> Birgit Niepmann, *Unterhalt in den Zeiten von Corona*, NZFam 2020, 383-384; Benedikt Windau, *Familienverfahren im Zeiten der Corona-Krise*, NZFam 2020, 269-270.

<sup>23</sup> Vinte artigos na DStR (*Deutsches Steuerrecht*).

<sup>24</sup> Vinte artigos na NZG (*Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*) e oito na GWR (*Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*).

<sup>25</sup> Quatro artigos na DNotZ (*Deutsche Notar-Zeitschrift*).

<sup>26</sup> Quinze artigos na ARP (*Arbeitsschutz in Recht und Praxis*), treze no ArbRAktuell (*Arbeitsrecht Aktuell*) e doze na NZA (*Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*).

com *peer review*, nada foi publicado sobre o COVID-19: não têm nem rapidez nem flexibilidade.

III. Assinalamos, ainda, o aparecimento de uma revista especializada no Direito Covid-19: a *COVID-19 und Recht* ou COVuR, três números publicados, com doutrina e jurisprudência. Tomamos nota: no 1º número, pandemia e: processo<sup>27</sup>, alteração das circunstâncias<sup>28</sup>, insolvência<sup>29</sup> e tarefas públicas<sup>30</sup>; no 2º: Direito constitucional financeiro<sup>31</sup>, decretos dos *Länder*<sup>32</sup> e sanções estatais<sup>33</sup>; na 3ª, impossibilidades laborais<sup>34</sup>, aspetos penais e acessórios da insolvência<sup>35</sup> e auxílios do Estado<sup>36</sup>.

A COVuR dá conta de dezenas de decisões de tribunais: constitucionais, civis, penais, administrativos e sociais.

IV. No domínio de escritos tipo “livro”, tivemos o ensejo de confrontar os de Göpfert<sup>37</sup>, de Dauber/Merten<sup>38</sup>, da Freshfieds Bruckhaus Deringer<sup>39</sup> e de Kiesche e outros<sup>40</sup>. Valem, ainda, os textos das leis de exceção<sup>41</sup>. Na realidade, estamos em face de obras simples, de tipo descritivo e de divulgação e não (ainda), de escritos com

<sup>27</sup> Thomas Rausch, *COVID-19-Pandemie und Zivilprozess*, COVuR 2020, 2-15.

<sup>28</sup> Cara Warmuth, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise / am Beispiel der Gewerberaummiete, COVuR 2020, 16-21.

<sup>29</sup> Matthias Tresselt/Florian Kienast, *COVID-19 und insolvenzrechtliche Krisen-Compliance*, COVuR 2020, 21-24.

<sup>30</sup> Marco König e outros, *Öffentliche Auftragsvergaben in Krisenzeiten*, COVuR 2020, 25-29.

<sup>31</sup> Krill-A. Schwarz, *Haushaltsverfassungsrecht in Zeiten der Corona-Krise*, COVuR 2020, 74-78.

<sup>32</sup> Burghardt Hildebrand/David Schneider, “Systemrelevanz” und “Kritische Infrastruktur in den Corona-Verordnung der Länder und ihre Konkretisierung durch die BSI-KritisV”, COVuR 2020, 78-82.

<sup>33</sup> Info E. Fromm, *Verkehrsstraf- und Bußgeldverfahren und Covid-19-Pandemie*, COVuR 2020, 82-87.

<sup>34</sup> Stefan Muller/Marc Becker, *Pandemiebedingte Leistungshindernisse in der Arbeitsrechtspraxis*, COVuR 2020, 126-130.

<sup>35</sup> Felix Rupert, *Strafrechtliche Risiken und Nebenwirkungen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht*, COVuR 2020, 130-135.

<sup>36</sup> Martin Viciano Gofferje/Fabian Memme, *Strat-up und Hilfen und Matching / ein Überblick über staatliche Hilfen in der Corona-Krise aus der Sicht von Start-ups*, COVuR 2020, 135-141.

<sup>37</sup> Burkard Göpfert, *Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemien: Praxisleitfaden am Beispiel der Corona-Krise* (2020), 258 pp..

<sup>38</sup> Harald Dauber/Michael Merten, *Auswirkungen der Corona-Krise auf Steuern, Wirtschaft, Recht* (2020), 160 pp..

<sup>39</sup> *Arbeitsrecht in Zeiten von Corona: Ein Leitfaden für Betriebe und in Zeiten von Corona* (2020), 48 pp., com vários autores.

<sup>40</sup> Eberhard Kiesche e outros, *Arbeits- und Gesundheitsschutz in Zeiten von Corona* (2020), 47 pp..

<sup>41</sup> Vide as leis citadas *infra* nas notas 67 e 68 e a publicação *Infektionsschutzgesetz (IfSG)* na versão de 31-mar-2020, 3ª ed., 153 pp..

António Menezes Cordeiro

problematicidade dogmática. No campo do Direito privado, a área do Direito do trabalho é a mais solicitada: suscita, de facto, questões que exigem respostas imediatas.

## 7. Direito lusófono

I. A literatura jurídica tradicional foi atingida pelo confinamento. As editoras pararam, as bibliotecas fecharam e os estudiosos remeteram-se ao teletrabalho, com menos elementos de consulta. Todavia, a produção relativa à COVID-19, impulsionada pelas numerosas iniciativas do legislador, expandiu-se com rapidez.

II. As Universidades, os Institutos de Investigação, o CEJ e as Sociedades de Advogados asseguram um acompanhamento permanente da produção jurídico-normativa. A Editora Almedina, através do seu *Observatório*, disponibiliza várias dezenas de escritos jurídicos sobre as diversas áreas do Direito COVID-19. Salientamos, como meros exemplos, os de Catarina Serra<sup>42</sup>, Edgar Valente<sup>43</sup>, João Leal Amado<sup>44</sup>, Jorge Bacelar Gouveia<sup>45</sup>, Jorge Fonseca de Almeida<sup>46</sup>, Jorge Reis Novais<sup>47</sup>, José Manuel de Oliveira Antunes<sup>48</sup>, Márcia Passos<sup>49</sup>, Maria Clara Sottomayor<sup>50</sup>, Mariana Fontes da Costa<sup>51</sup>, Miguel Pestana de Vasconcelos<sup>52</sup>, Paulo Câmara<sup>53</sup> e Pedro Pinheiro Torres<sup>54</sup>: todos acessíveis *on line*.

<sup>42</sup> Catarina Serra, *Lei nº 4-A/2020, de 6 de abril: insolvência e reestruturação de empresas* (2020); *idem*, *Covid-19 / Para uma legislação para a crise das empresas em tempo de “crise total”* (2020).

<sup>43</sup> Edgar Valente, *O arrendamento urbano e o coronavírus: medidas legislativas adotadas* (2020).

<sup>44</sup> João Leal Amado, *Da pandemia ao lay-off just in time: breves reflexões* (2020); *idem*, *Estado de emergência e despedimento: o empoderamento da ACT* (2020); *idem*, *Jogadores profissionais de futebol em lay-off: requisitos duvidosos, efeito boomerang?* (2020); *idem*, *O teletrabalho: do Código à Covid-19* (2020).

<sup>45</sup> Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de emergência no Direito constitucional / Introdução* (2020).

<sup>46</sup> Jorge Fonseca de Almeida, *Efeito halo e a China* (2020).

<sup>47</sup> Jorge Reis Novais, *Estado de emergência / Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial* (2020); *vide* José Melo Alexandrino, *Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais* (2020).

<sup>48</sup> José Manuel de Oliveira Antunes, *Pandemia: invocação de caso de força maior nos contratos de empreitada de execução* (2020).

<sup>49</sup> Márcia Passos, *Arrendamento e rendas em tempo de COVID-19 / Breve resumo* (2020).

<sup>50</sup> Maria Clara Sottomayor, *O vírus da desigualdade* (2020).

<sup>51</sup> Mariana Fontes da Costa, *A atual pandemia no contexto das perturbações da grande base do negócio* (2020).

<sup>52</sup> Miguel Pestana de Vasconcelos, *O regime da moratória decorrente do Dec.-Lei nº 10-J/2020, de 26 de março* (2020).

<sup>53</sup> Paulo Câmara, *Coronavirus e Corporate Governance* (2020).

<sup>54</sup> Pedro Pinheiro Torres, *Contributo para a reflexão sobre a situação atual em matéria de prazos e atos a praticar em processos judiciais* (2020).

III. O Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito de Lisboa, para além de diversas conferências *on line* (*Webinars*), procedeu à publicação de anotações aos artigos do Código Civil mais diretamente vocacionados para intervir no cenário COVID-19<sup>55</sup>. Em preparação, tem um número especial da *Revista de Direito Civil*, sobre o Direito da Crise-Covid, enquanto a revista *O Direito* deu à estampa três escritos: um de Gonçalo Bargado<sup>56</sup> e dois de Rúben Ramião<sup>57</sup>. A própria Faculdade de Direito preparou, sob a coordenação de Januário da Costa Gomes, o presente número especial da centenária RFDUL.

IV. Da múltipla produção já existente, salientamos ainda o escrito de Luís Menezes Leitão sobre os prazos, com importantes referências de Direito comparado<sup>58</sup> e as anotações ao BVerfG 5-mai.-2020, de Nazaré Costa Cabral<sup>59</sup> e de José Lamego<sup>60</sup>, sobre o âmbito do BCE, com relevo na reação à crise<sup>61</sup>. Nós próprios publicámos um escrito sobre aspetos bancários da COVID-19<sup>62</sup> e outro sobre o COVID-19 e os deveres de informação da banca<sup>63</sup>.

## 8. Obras gerais?

I. Neste momento, o “Direito Covid-19” está disperso por centenas de diplomas e de artigos de doutrina. Falta, ainda, a jurisprudência nacional. Pergunta-se se, na base do lato desenvolvimento periférico e do conhecimento prático do modo por que diversas das medidas tomadas vêm sendo aplicadas, é viável a preparação de obras gerais.

<sup>55</sup> Catarina Monteiro Pires (coord.), *Crise contratual e perturbação da prestação*, já cit., com anotações de Ana Perestrelo de Oliveira, António Barreto Menezes Cordeiro, Catarina Monteiro Pires, Diogo Costa Gonçalves, Madalena Perestrelo de Oliveira e Maria de Lurdes Pereira.

<sup>56</sup> Gonçalo Bargado, *O estado de exceção constitucional / Teoria e prática*, 253-306.

<sup>57</sup> Rúben Ramião, *A Eficácia Retroativa do Estado de Emergência (Resposta a Jorge Reis Novais)*, 307-313; *idem*, *O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross (2.ª Resposta a Jorge Reis Novais)*, 315-322.

<sup>58</sup> Luís Menezes Leitão, *Os prazos em tempo de pandemia Covid-19*, em CEJ, *Estado de emergência – Covid-19 – Implicações na Justiça* (2020), 53-72.

<sup>59</sup> No *Observatório Almedina* (2020).

<sup>60</sup> Na revista *O Direito* 152 (2020), 447-454.

<sup>61</sup> Vide Martin Nettesheim, *Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?*, NJW 2020, 1631-1634; há, neste momento, múltiplas anotações a este (discutível) acórdão, em diversas revistas alemãs.

<sup>62</sup> António Menezes Cordeiro, *Aspetos bancários da Crise Covid-19*, RDFMC 2020, 115-141.

<sup>63</sup> *Idem*, *COVID-19: deveres de informação da banca*, RDC 2020.

António Menezes Cordeiro

II. A ordenação das fontes existentes permitiria, só por si, um sistema formal de exposição. Mas há dificuldade em fixar critérios ordenadores: a dispersão é muito grande, de tal modo que poderíamos eleger critérios cronológicos ou, até, alfabéticos. Uma ordenação por áreas jurídicas teria uma utilidade aparente maior. Mas com um óbice: o de se perder a conexão entre diplomas que, embora de diversas disciplinas, correspondam a idênticos ensejos.

III. Ultrapassando o problema do sistema formal de exposição, pergunta-se pelo estabelecimento de um sistema material, com efetivos parâmetros dogmáticos. Haverá um Direito substantivo da crise? Em face da de 2009/2014, opinámos pela negativa. As medidas surgiram dispersas, por vezes pró-cíclicas, de tal modo que se tornou inalcançável numa ordenação dogmaticamente material<sup>64</sup>. Desta feita, porém, tanto mais que se jogam vidas humanas, o panorama parece diferente. Vamos ver.

### III – Parâmetros gerais

#### 9. Enunciado

I. A determinação dos parâmetros gerais do Direito Covid-19 pode ser feita com base no Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13 de março, com a Retificação nº 11-B/2020, de 16 de março e alterado pelos Decreto-Lei nº 10-E/2020, de 24 de março, Decreto-Lei nº 12-A/2020, de 6 de abril, Lei nº 4-A/2020, de 6 de abril, Lei nº 5-A/2020, de 13 de abril, Decreto-Lei nº 14-F/2020, de 13 de abril, Decreto-Lei nº 18/2020, de 23 de abril, Decreto-Lei nº 20/2020, de 1 de maio, Decreto-Lei nº 20-A/2020, de 6 de maio, Decreto-Lei nº 20-C/2020, de 7 de maio, Decreto-Lei nº 20-D/2020, de 7 de maio, Decreto-Lei nº 20-H/2020, de 14 de maio, Decreto-Lei nº 22/2020, de 26 de maio<sup>65</sup>, que o republicou em anexo e, depois disso, pelo Decreto-Lei nº 24-A/2020, de 29 de maio, e pela Lei nº 16/2020, de 29 de maio.

Temos, pois, catorze alterações em dois meses e meio, incluindo em dias consecutivos e, até, duas no mesmo dia. Esta instabilidade derivada da própria evolução no terreno e do facto de estar em causa matéria muito diversificada, por vezes com um certo teor regulamentar.

<sup>64</sup> Com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, *vide* o nosso *Direito bancário*, 6ª ed. (2016), 178.

<sup>65</sup> Este diploma afirma proceder à 11ª alteração do Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13 de maio; na realidade, procede à 12ª alteração do diploma em causa.

## COVID-19 e boa-fé

II. Esse diploma permite apurar as traves-mestras. Logo no seu artigo 1º/1 ocorre o objetivo básico: medidas excepcionais e temporárias de resposta à pandemia SARS-CoV-2. Temos, depois:

- Capítulo II – Regime excepcional de contratação pública e de autorização de despesa (2º a 4º);
- Capítulo III – Regime excepcional em matéria de composição das juntas médicas, gestão de recursos humanos e aquisição de serviços (5º a 8º);
- Capítulo IV – Suspensão de atividades letivas e não letivas (9º a 11º);
- Capítulo V – Limitação de acesso a espaços frequentados pelo público (12º a 13º-D);
- Capítulo VI – Atos e diligências processuais e procedimentais (14º a 15º-A);
- Capítulo VII – Decurso de prazos (16º a 18º-A);
- Capítulo VIII – Medidas de proteção social na doença e na parentalidade (19º a 25º);
- Capítulo IX – Medidas de apoio aos trabalhadores (26º a 28º-B);
- Capítulo X – Formas alternativas de trabalho (29º a 30º-A);
- Capítulo XI – Disposições complementares e finais (31º a 37º).

Deve notar-se que o diploma comporta numerosos artigos suplementares, numerados e com letras, diversos preceitos revogados e disposições que, mercê das alterações, têm sentido diferente do inicial. Digamos que o diploma acompanhou a evolução da pandemia.

III. Fora do diploma ficou diversa matéria, já aludida<sup>66</sup>, com relevo para as empresas, a banca, o trabalho e o arrendamento.

IV. Em síntese, temos medidas relativas:

- (1) à organização, fundamentalmente quanto aos serviços públicos e à sua atividade, incluindo o ensino e os tribunais;
- (2) ao exercício do comércio e a atividades que pressuponham contactos com o público;
- (3) a atos e diligências processuais e a prazos;
- (4) à banca;
- (5) ao trabalho e à área social e familiar;
- (6) ao arrendamento.

<sup>66</sup> *Supra*, nº 4, II.

António Menezes Cordeiro

V. Tomando como exemplo de controlo o Direito alemão, tivemos, neste:

- a lei para a minimização das consequências da pandemia Covid-19 nos Direitos civil, da insolvência e do processo penal de 27-mar.-2020<sup>67</sup>;
- a segunda lei para proteção do povo numa situação epidémica de alcance nacional, de 19-mai.-2020<sup>68</sup>.

Ocorrem normas mais precisas, distinguindo, por exemplo, os diversos tipos de sociedades e outras pessoas coletivas. Muito significativa foi a alteração inserida no artigo 240 da Lei de introdução ao BGB, de tutela dos consumidores. Isto dito e ressalvando matéria que cabe aos *Länder*, podemos considerar uma similitude de soluções.

VI. Das diversas medidas, devidamente sintetizadas, retiramos quatro princípios:

- (1) da eficiência;
- (2) da preservação do statu quo;
- (3) da cristalização do risco;
- (4) da socialização dos danos.

Vamos ver.

## 10. Princípio da eficiência

I. A pandemia COVID-19 exigiu um reforço dos serviços públicos diretamente envolvidos no combate à doença. O Serviço Nacional de Saúde foi reforçado, em termos materiais e humanos, tendo sido flexibilizada a aquisição, com dinheiros públicos, dos meios necessários. Esse reforço foi estendido a áreas conexas, com relevo para as forças de segurança. Com todas as contingências que sempre ocorrem no terreno, houve resultados.

II. A eficiência nota-se em diversas outras áreas, com relevo para o ensino. Na impossibilidade epidemiológica de prosseguir com aulas presenciais, intentou-se

---

<sup>67</sup> *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*, BGBl 2020, I, Nr. 14, de 27-mar.-2020, 569-574.

<sup>68</sup> *Zweitesgesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, BGBl 2020, I, Nr. 23, de 22-mai.-2020, 1018-1036.

## COVID-19 e boa-fé

assegurar o ano letivo através de meios telemáticos. No ensino superior, mormente no do Direito, isso foi conseguido com êxito surpreendente: os elementos disponíveis documentam mesmo uma elevação na aprendizagem: uma lição que permitirá uma evolução futura.

III. No comércio, a eficiência operou com medidas de *take away* e de distribuição à distância. Numa fase inicial de colapso no fornecimento de material de proteção (máscaras, luvas, viseiras e desinfetantes), era possível obtê-lo diretamente do estrangeiro, através das grandes distribuidoras, com relevo para a *Amazon*. A lei permitiu a distribuição à distância, tendo algumas empresas conseguido assegurar essa função essencial.

IV. A determinação de um princípio de eficiência permite, no campo da interpretação e no da aplicação dos preceitos legais, eleger as vias mais adequadas para enquadrar e solucionar os problemas. Há um atenuar do formalismo, expressamente determinado em regras explícitas (p. ex., a eficácia de documentos de identificação caducados) e extensivo, pela interpretação, pela integração, a outras situações relevantes. À velha ideia de uma “interpretação funcional” recupera, por aqui, um campo dogmático relevante.

## 11. Princípio da preservação do *statu quo*

I. O COVID-19 causou e causará devastações incalculáveis: o tempo dirá o *quantum*, mesmo vislumbrando-se que a sua determinação exata nunca será alcançada. Nessas condições, o Direito assume uma postura defensiva: a de proteger os bens jurídicos, ainda que provisoriamente, até que se desenhe um desenlace para a epidemia.

II. A preservação do *statu quo* dita:

- (a) medidas de confinamento;
- (b) medidas de proteção ao trabalho;
- (c) medidas de tutela das empresas.

O primeiro bem a considerar é o da vida humana. A confinação visa protegê-la, à falta de soluções clínicas. Ficaram envolvidas proibições de circulação, de acesso a espaços públicos, de encerramento de estabelecimentos e de suspensão de atividades festivas, sociais, desportivas e culturais. Ligada à confinação, temos

António Menezes Cordeiro

a tutela da habitação. Esta explica as medidas relativas ao arrendamento: admissibilidade de moras, suspensão de despejos e prorrogação de contratos.

III. A confinção e o distanciamento social ocasionaram um grave problema sócio-económico, por via do ataque, em simultâneo, à produção e à procura. Dezenas de milhares de empresas encerraram. O Direito procurou tutelar o trabalho: *lay off* simplificado, restrições aos despedimentos e limitação de auxílios às empresas que preservem os postos de trabalho, como forma eficaz de pressão.

IV. A proteção do trabalho anda paredes meias com a das empresas. Obrigar – como sucedeu a inúmeras micro e pequenas empresas – a encerramentos implica suprimir a faturação. Proibir despedimentos é irrealista. Queda a tutela do Estado indiretamente, financiando o *lay off* e diretamente, apoiando as empresas e aliviando certos encargos, designadamente fiscais. Esta área, no terreno, foi a de mais difícil concretização, dadas as complicações que rodearam (e rodeiam) a concessão de crédito.

V. Cabe formular o princípio da preservação do *statu quo*: de diversas normas, infere-se que a situação anterior à pandemia deve ser mantida, enquanto esta perdurar. Na interpretação e na integração dos diplomas legais, há que validar as soluções que melhor defendam os bens existentes: vida humana, meios de subsistência e meios de produção.

VI. O princípio da preservação pode implicar conflitos de valores. A vida humana prevalece sobre quaisquer outros. Havendo concurso entre a manutenção do trabalho e a da empresa, operam os princípios da cristalização do risco e da socialização dos danos, nos termos abaixo referidos.

## 12. Princípio da cristalização do risco

I. Diz-se risco, em Direito, a eventualidade da supressão de uma vantagem anteriormente garantida ou a não-concretização de uma vantagem objeto de uma expectativa legítima. A regra-base é a da suportação do risco pela esfera beneficiária da vantagem suprimida ou não consubstanciada. Cada ser humano corre o risco de doença e de morte; o proprietário o da perda ou deterioração da coisa; o credor o da impossibilitação do seu crédito ou o da insolvência do seu devedor. Regras especiais distribuem, nos vários contratos, os riscos de cada parte, havendo, ainda,

## COVID-19 e boa-fé

uma margem para a autonomia privada, desde que não implique a renúncia antecipada a direitos (809º, do Código Civil).

II. Na ambiência COVID-19, o risco dos inúmeros danos presentes ou potenciais deveria recair sobre os beneficiários envolvidos. Diversos institutos, como o da impossibilidade superveniente não-imputável, em contratos bilaterais (795º/1, do Código Civil), implicam uma distribuição do risco por ambas as partes. Todavia, leis de exceção desviaram-se, em certos casos, desse parâmetro básico.

III. No caso do arrendamento, a Lei nº 4-C/2020, de 6 de abril, alterada pela Lei nº 17/2020, de 29 de maio, entre outros efeitos:

- (a) veda a resolução do contrato habitacional por não-pagamento de rendas vencidas nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês subsequente (4º);
- (b) permite o diferimento do pagamento de rendas, a arrendatários não-habitacionais, até 1 de setembro de 2020 (8º);
- (c) veda a resolução, nessas situações, no caso de não-pagamento de rendas (9º).

A Lei nº 1-A/2020, de 19 de março, por último alterada pela Lei nº 16/2020, de 29 de maio,

- (d) suspende as ações de despejo e similares, quando o arrendatário posse ficar em situação de fragilidade habitacional [6º-A/6, c)];
- (e) suspende a denúncia de arrendamentos pelo senhorio, até à cessação das medidas de proteção, contenção, mitigação e tratamento da pandemia [8º, a)].

O risco do COVID-19 cristaliza na esfera do senhorio.

IV. No domínio empresarial, o Decreto-Lei nº 10-G/2020, de 26 de março, em determinadas circunstâncias, proíbe os despedimentos coletivos e os despedimentos por extinção do posto de trabalho (13º). O risco cristaliza na empresa empregadora.

V. No Direito bancário, o Decreto-Lei nº 10-J/2020, de 26 de março, prevê uma moratória legal (*lato sensu*) relativamente a uma série de créditos (4º e 5º).

António Menezes Cordeiro

Embora tais créditos vençam juros, a pagar findo o período da suspensão, essa medida faz correr, pelo banqueiro, o risco da insolvência do seu cliente.

VI. O princípio da cristalização do risco, nos casos em que o da preservação do *statu quo* entre em conflito com a propriedade ou com a gestão racional da empresa, faz correr essa eventualidade contra os senhorios, os empregadores e os banqueiros. Neste último caso estão previstas algumas compensações.

### 13. O princípio da socialização dos danos

I. Os diplomas do universo COVID-19 preveem uma série de ajudas do Estado, diretas e indiretas. Tais ajudas vão desde a dinamização dos serviços públicos, às medidas de segurança social, às garantias bancárias e às facilidades tributárias.

II. Tudo o que implique dinheiro público equivale a repercutir, no universo dos contribuintes, o esforço relativo à pandemia. Nesse sentido, podemos falar na “socialização dos danos”. O Estado e os agentes políticos e sociais devem, contudo, ter presente que apenas metade da população paga impostos diretos. A classe média e média-alta – que, em Portugal, preenche escalões de rendimentos muito modestos, em termos europeus – irá suportar o esforço representado pela Crise-COVID-19: tal como sucedeu com a de 2009/2014.

III. Fica a expectativa de uma “socialização europeia” dos danos, através de subvenções a fundo perdido, vindas do Norte. Isso significaria que os contribuintes alemães, holandeses, finlandeses e austríacos iriam pagar os custos portugueses do COVID-19: uma hipótese possível se a Europa fosse uma federação. Não é. Veremos a respostas dos eleitorados visados.

## IV – A boa-fé

### 14. Noções básicas

I. As leis COVID-19 e os grandes princípios que, delas, a Ciência do Direito permite retirar, inscrevem-se no ordenamento. A situação, ainda muito instável, irá ocasionar novas medidas legislativas. Não parece expectável que elas se desviem, fundamentalmente, das já tomadas. Provavelmente iremos assistir a certas prorrogações de prazos e a um intensificar da tutela laboral. Com um escolho: esta tutela, a não ser acompanhada por um apoio eficaz às empresas, vai ser artificial e muito momentânea.

## COVID-19 e boa-fé

II. O conjunto das medidas COVID-19 e dos princípios que delas resultam deve agora ser conjugado com os valores fundamentais da Ordem Jurídica. Aqui intervém a boa-fé; reporta a aplicação, em cada caso concreto, dos valores fundamentais do ordenamento.

III. A boa-fé opera através de princípios mediante, que não a esgotam. São eles, o princípio da tutela da confiança e o princípio da primazia da materialidade subjacente.

A tutela da confiança protege a pessoa que: (1) seja colocada numa posição de crença razoável em certa eventualidade, presente ou futura; (2) com uma justificação para essa confiança; (3) realizando, nessa base, um investimento de confiança, isto é, despesas e afetações que não possam ser restituídas sem dano; (4) e sendo a confiança imputável a quem, depois, lhe deve suportar as consequências.

A primazia da materialidade subjacente recorda que o Direito lida com reais valorações e composições de interesses: não com meros rituais ou com formalismos que nada representem. A primazia da materialidade obriga a, em cada caso concreto, pesquisar, localizar e aplicar as valorações pertinentes. Recordamos que, por simples que se afigurem as situações, em cada uma delas é sempre o conjunto do ordenamento que tem aplicação.

IV. A boa-fé, para além da aplicação personalizada, toma especial corpo em quatro institutos decisivos: a *culpa in contrahendo*, o abuso do direito, a alteração das circunstâncias e a complexidade do vínculo obrigacional. Vamos ver como operam, em cenário COVID-19. Este, através dos princípios acima enunciados (eficiência, preservação do *statu quo*, cristalização do risco e socialização dos danos), vai contribuir para o preenchimento da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.

### 15. A *culpa in contrahendo* (cic)

I. Radicada no artigo 227º do Código Civil, a cic diz-nos que, em situações de proximidade negocial, tendo em vista a celebração, ainda que eventual, de um negócio jurídico, as partes incorrem em deveres de segurança, de lealdade e de informação<sup>69</sup>. Os deveres de segurança visam proteger a pessoa e os patrimónios dos intervenientes; os de lealdade vedam condutas oportunistas danosas, como a quebra

<sup>69</sup> Vide o nosso *Código Civil comentado* cit., I, 227º, com indicações.

António Menezes Cordeiro

do sigilo ou a concorrência inaceitável; os de informação protegem os intervenientes, tutelam a sua confiança e permitem uma contratação consciente e útil.

II. No campo do Direito COVID-19, a cic é particularmente relevante no domínio bancário. Os bancos devem esclarecer os seus clientes sobre as perspectivas de crédito, respondendo atempadamente e com verdade às operações solicitadas. Particularmente contrário à boa-fé será o puro silêncio (por vezes, de semanas e meses), em contradição com a publicidade realizada, bem como a aprovação formal de operações que, depois, declarem inviáveis ou a dilação na resposta a pedidos de financiamento.

Também no arrendamento e, em geral, nas ocorrências de cristalização do risco, deve o beneficiário, *ex bona fide*, dotar a parte sacrificada com todos os elementos necessários: impedimentos em perspectiva, âmbito e duração dos mesmos.

Finalmente, todas as empresas que enfrentem dificuldades mercê da pandemia, devem tomar as medidas convenientes, antes de contratar: segurança, lealdade e informação.

III. O não-cumprimento de deveres de informar pode envolver responsabilidade. Não é previsível que tal se concretize: em especial, os particulares preferem não defrontar os banqueiros, dos quais dependem. Também não há espaço para embarcar em ações problemáticas, de prova difícil e isso quando, dadas as circunstâncias, seja previsível que os eventuais responsáveis tudo farão para ilidir a presunção de culpa (799º/1, do Código Civil). As falhas na informação de entidades sujeitas a supervisão, devem ser supridas por iniciativas condignas dos supervisores.

## 16. O abuso do direito

I. O Direito COVID-19, como referenciado, é um Direito fortemente funcionalizado. Ele não vale por si: antes pelos objetivos que prossegue. As posições jurídicas que ele confere devem ser especialmente sindicadas pela boa-fé, designadamente para prevenir abusos do direito<sup>70</sup>. Recordamos que “abuso do direito” é a expressão tradicional para exprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas. Não implica, em rigor, nem “abuso” nem “direito”.

II. O abuso do direito concretiza-se em tipos de condutas inadmissíveis, em face dos valores básicos do ordenamento. Avultam o *venire contra factum proprium*,

<sup>70</sup> Vide o nosso *Código Civil comentado* cit., I, 334º.

o *tu quoque* e o exercício em desequilíbrio: todos com largo suporte jurisprudencial, dos dois lados do Atlântico.

III. Num cenário COVID-19, teremos abuso do direito, por *venire contra factum proprium*, como exemplos, por parte do sujeito que assegure não ir exercer certa faculdade excepcional e, depois, o faça, com danos ou do banqueiro que aprove certa operação, comunicando-o por escrito e, depois, venha desdizer-se invocando linhas de crédito. O exercício abusivo tem-se por não verificado, ficando o “abusador” obrigado a respeitar o *factum proprium* primeiro anunciado ou, como alternativa, a indenizar os danos correspondentes às expectativas frustradas e às maiores despesas.

IV. O *tu quoque* veda o aproveitamento do ilícito próprio. Será o caso da pessoa que viole uma norma, sem cobertura nem justificação e, depois e a coberto das Leis Covid-19, venha invocar essa mesma inobservância, para conseguir vantagens. Tal o caso-limite da empresa que se coloque em inadimplência propositada, para requerer apoios ou subsídios.

V. O exercício em desequilíbrio opera quando um sujeito provoque, noutra pessoa, danos máximos para conseguir vantagens mínimas. Tal sucederá, como hipótese exemplificativa, quando um inquilino bloqueie um despejo relativamente a um local para que tenha alternativa, deixando o senhorio sem teto.

## 17. A alteração das circunstâncias

I. Prevista, após longa evolução, no artigo 437º do Código Civil<sup>71</sup>, a alteração das circunstâncias permite a resolução ou a modificação do contrato, quando: (1) o circunstancialismo no qual ambas as partes assentaram a intenção de contratar; (2) sofra uma alteração anormal e imprevisível; (3) provocando um dano grave a uma delas; (4) de tal modo que a exigência, a essa parte, das obrigações assumidas, contrarie gravemente a boa-fé; (5) e não estando o dano em causa coberto pelo expresso regime do risco do contrato.

II. A Crise Covid-19 pode ser considerada como uma “grande base do negócio” (Kegel), isto é, como geradora de alterações num número muito elevado e indiferenciado de contratos. Numa ocorrência desse tipo, cabe ao legislador intervir.

<sup>71</sup> Vide, com indicações, o nosso *Código Civil comentado*, II (2020), 437º.

António Menezes Cordeiro

Não o fazendo, os tribunais têm o remédio *ex bona fide* que o 437º lhes confere. A História mostra que, em face de grandes alterações, os tribunais hesitam, ainda que sob pretextos variados. Assim, o instituto não foi aplicado na crise de 1974/1975, enquanto na de 2008/2014, ele apenas conheceu uma aplicação cautelosa. Tudo aponta para a necessidade de uma concretização (mais) intensiva do artigo 437º, em face da presente Crise Covid-19<sup>72</sup>.

III. Os requisitos da alteração das circunstâncias mostram-se, *a priori*, reunidos perante múltiplos contratos: a base comum das partes, a superveniência anómala e imprevisível, os danos graves, o atentado à boa-fé quando se exija o cumprimento do contrato, como se nada tem sucedido e a ultrapassagem dos regimes específicos de risco. Todavia, há um obstáculo: em muitos contratos, ambas as partes são prejudicadas pela Crise. Além disso, a parte contra a qual se invoque o 437º pode, com isso, sofrer danos extraordinários. Impõe-se um cuidado estudo sobre a matéria. Fica desde já assinalado que o 437º será, nos próximos meses, um instituto diariamente invocado, sempre que se exija o cumprimento de um contrato.

IV. O recurso intenso à alteração das circunstâncias vai, previsivelmente, permitir aperfeiçoar alguns pontos do seu funcionamento. Em especial, ficará clara a necessidade, já defendida pela melhor doutrina, da sua invocação extrajudicial (439º e 436º/1): o recurso, em larga escala, ao 437º bloquearia quando surgisse a necessidade de resoluções por via judicial.

## 18. A complexidade intra-obrigacional

I. Resultante do artigo 762º/2 do Código Civil, a complexidade obrigacional explícita que as prestações principais são, nas diversas obrigações, complementadas por deveres acessórios<sup>73</sup>. Estes, também ordenáveis em segurança, lealdade e informação, asseguram que, no domínio do comportamento das obrigações, são asseguradas a integridade moral, física e patrimonial das partes, a adequação das respetivas condutas, de modo a não aproveitar o vínculo para fins a ele alheios e o pleno aproveitamento do bem atribuído pelo Direito: a própria prestação.

<sup>72</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, em Catarina Monteiro Pires (org.), *Crise contratual* cit., anot. 437º.

<sup>73</sup> Vide, com indicações, o nosso *Código Civil comentado* cit., II, 762º; para mais elementos, *idem*, *Tratado de Direito civil*, VI, 3ª ed. (2019), 337 ss. e 516 ss..

## COVID-19 e boa-fé

II. Num cenário Covid-19, a boa-fé na execução das obrigações implica o respeito pela funcionalidade das posições creditícias sindicadas pelo Direito da crise e um especial cuidado pela fragilidade de alguns dos envolvidos. Por exemplo, será contrário à boa-fé exigir, em teletrabalho, esforços excessivos ou tornados difíceis pela não-disponibilização de material suficiente e adequado. Ou ainda, obrigar pessoas de risco a deslocações clinicamente desaconselháveis.

**19. Em suma**

I. Não é previsível a supressão, no médio e no longo prazo, das leis de exceção que hoje integram o Direito Covid-19. Tudo leva a pensar que se irão manter, pelo menos em parte. No que essas leis não acompanhem, nas lacunas que deixem e nas contradições que possam implicar, os tribunais podem intervir, na base dos ricos institutos que o Direito do século XXI lhes proporciona.

II. A teia de deveres acessórios, exigidos pela boa-fé nos diversos cenários, *in contrahendo* ou na execução do contratado, vai dar corpo ao incremento da coesão e da solidariedade sociais que uma crise de grande porte exige, para a sua superação. Os “velhos” institutos, moldados nas crises que a Humanidade atravessou ao longo dos séculos, estão em condições de aprontar soluções justas e previsíveis.

III. No domínio da Crise COVID-19 como noutras convulsões atravessadas pelo sistema romano-germânico a que pertencemos, a boa-fé, através da sua capacidade de dogmatizar o sistema, opera como o Direito natural dos nossos dias: dá voz à Ciência do Direito e à sua capacidade de, no terreno, encontrar soluções harmónicas e equilibradas, mesmo para os problemas que fujam ao controlo humano.