

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

---

### Editorial

### Actualidade

BASTONÁRIO LUÍS MENEZES LEITÃO

*Discurso de Abertura do Ano Judicial*

### Doutrina

ANA RAQUEL CONCEIÇÃO

*O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado: discontinuidades e aplicação prática*

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

*Juízo(s) de Proporcionalidade e Justiça Constitucional*

CATARINA MONTEIRO PIRES

*Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa ("MAC") e cláusulas de força maior*

DIOGO DUARTE DE CAMPOS e JOANA BRANDÃO

*O reequilíbrio económico-financeiro dos contratos de empreitada decorrentes da maior permanência em obra*

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

*Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas sole remedy, basket amount e no consequential loss*

MANUEL CARNEIRO DA FRADA

*A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19*

---

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO  
*Covid-19 e contratação pública*

MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ALBERTO SAAVEDRA  
*A Diretiva ECN + e a nova era do direito da concorrência*

PATRICIA AKESTER  
*Procura-se: Coragem política para reformar o Código de Direito de Autor e Direitos Conexos*

PAULO DE TARSO DOMINGUES  
*A Covid-19 e a (re)descoberta do regime relativo ao uso de meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais*

PEDRO MOTA PINHO  
*A responsabilidade civil nas greves ilícitas*

PEDRO OLIVEIRA  
*Transmissão de empresas no direito laboral da União Europeia: novos desafios na delimitação conceptual de unidade económica*

## **Jurisprudência dos Conselhos**

- Parecer do Conselho Geral Proc. n.º 10/PP/2020-G — O Mandato Tributário e eventual responsabilidade solidária e subsidiária do mandatário.

## **Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas**

- Parecer sobre o Projecto de Lei 253/XV/ 1.ª (PS). — Aprova regras de transparência aplicáveis a entidades privadas que realizam representação legítima de interesses junto de entidades públicas e procede à criação de um registo de transparência da representação de interesses.

## **Vida Interna**

- Lei n.º 23/2020 de 6 de julho. — Revê o estatuto remuneratório do Revisor Oficial de Contas que integra o Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados, procedendo à primeira alteração ao respetivo Estatuto.
- Questionário aos Advogados. — Situação dos advogados portugueses em tempo de pandemia por Covid-19.

# REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 80  
2 0 2 0



---

L I S B O A

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

*Bastonário da Ordem dos Advogados e Director*  
Luís Menezes Leitão

*Sub-Director*  
Rui Cardona Ferreira

*Conselho Consultivo*  
António Menezes Cordeiro / Dário Moura Vicente / Germano Marques da Silva /  
/ José Osvaldo Gomes / Miguel Teixeira de Sousa / Paulo de Pitta e Cunha /  
/ Rui Chancerelle de Machete

*Conselho de Redacção*  
Alexandre Mota Pinto / António Andrade de Matos / Diogo Duarte Campos / Fer-  
nando Ferreira Pinto / Francisco Mendes Correia / Guilherme Machado Dray /  
/ Manuel Carneiro da Frada / Maria de Lurdes Pereira / Miguel Assis Raimundo /  
/ Patrícia Akester / Pedro Duro / Rita Canas da Silva / Rogério Fernandes Fer-  
reira / Sofia Ribeiro Mendes / Vera Eiró

*Coordenação*  
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

*Revisão e Secretariado*  
Elsa Mariano

Propriedade da Ordem dos Advogados

*Redacção e Administração*  
Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-06 Lisboa — Portugal  
revista@cg.ao.pt

Composição  
*AGuerra* — Viseu

Impressão e acabamentos  
*Magicprinter, L.<sup>da</sup>*

Depósito Legal: 124011/98  
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares

Assinatura da ROA disponível em  
<www.ao.pt>

RUI CARDONA FERREIRA  
Editorial p. 7

BASTONÁRIO LUIS MENEZES LEITÃO  
Discurso de Abertura do Ano Judicial 9

### Doutrina

ANA RAQUEL CONCEIÇÃO

O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do estado: descontinuidades e aplicação prática p. 13

O arresto preventivo com vista à perda alargada, apesar de essencial às exigências de política criminal, não pode assentar, somente, na presunção legal. Mesmo considerando a sua discutível natureza jurídica.

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

Juízo(s) de Proporcionalidade e Justiça Constitucional p. 41

Constituindo uma exigência axiológica do Estado de direito, o princípio da proporcionalidade continua a reinventar-se, colocando desafios renovados à Justiça Constitucional.

CATARINA MONTEIRO PIRES

Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior p. 73

Este artigo analisa, no contexto de contratos comerciais negociados, o sentido e os limites das cláusulas de preço fixo, de ajustamento do preço, de alteração material adversa e de força maior, com reflexos quanto aos riscos de desequilíbrio contratual, de agravamento de custos e de maiores despesas por efeito de uma contingência inesperada.

DIOGO DUARTE DE CAMPOS e JOANA BRANDÃO

O reequilíbrio económico-financeiro dos contratos de empreitada decorrentes da maior permanência em obra p. 95

O texto aborda os métodos de reequilíbrio dos contratos de empreitada mais comumente utilizados na definição dos atrasos e na respetiva valorização, os quais são frequentemente

relegados para uma análise exclusivamente técnica, malgrado a relevante componente jurídica.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas *sole remedy*, *basket amount* e *no consequential loss* p. 119

Procuramos olhar para as cláusulas de *sole remedy*, as cláusulas *basket amount*, as cláusulas de *no consequential loss*, para indagar se são ou não válidas.

MANUEL CARNEIRO DA FRADA

A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19 p. 153

O texto propõe, de modo sintético, um conjunto de teses e asserções para a compreensão da alteração das circunstâncias como fundamento da resolução ou da modificação dos contratos à luz dos desafios colocados ao Direito pelo Covid-19, em ordem a um aprofundamento dogmático das chamadas “grandes alterações das circunstâncias”, atento o relevante impacto que possuem nas estruturas e condições básicas da vida social.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

Covid-19 e contratação pública p. 165

No início da pandemia de SARS-CoV2 e da doença Covid-19, foi aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, um regime excepcional e transitório de contratação pública. O regime é aqui analisado, nos seus traços gerais e sobretudo em alguns aspectos que têm vindo a suscitar, já, alguma controvérsia.

MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ALBERTO SAAVEDRA

A Diretiva ECN + e a nova era do direito da concorrência p. 219

O presente texto aprecia criticamente o Anteprojecto de diploma, elaborado pela Autoridade da Concorrência, de transposição da Diretiva (UE) 2019/1 (a chamada Directiva ECN+), que vai impactar enormemente sobre o public enforcement do direito da concorrência.

PATRÍCIA AKESTER

Procura-se: Coragem política para reformar o Código de Direito de Autor e Direitos Conexos p. 257

O artigo em questão examina vários preceitos do Código de direito de Autor e direitos Conexos (CdAdC 1985), concluindo que se trata, hoje, de uma manta de retalhos sem nexos e inclui violações da lei internacional e da lei comunitária que devem ser eliminadas, pelo que o legislador deve proceder à urgente reforma do Código com coerência e com absoluto respeito pelos preceitos internacionais e comunitários a que o estado português se encontra obrigado.

PAULO DE TARSO DOMINGUES

A Covid-19 e a (re)descoberta do regime relativo ao uso de meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais p. 275

Neste artigo é analisado o regime português sobre a utilização dos meios telemáticos no funcionamento dos órgãos societários, a qual assumiu uma recrudescida relevância com a Covid-19.

PEDRO MOTA PINHO

A responsabilidade civil nas greves ilícitas p. 307

No presente estudo incidimos, ainda que de forma breve, no tema da responsabilidade civil nos trabalhadores absentistas, bem como os sindicatos, nas greves ilícitas.

PEDRO OLIVEIRA

Transmissão de empresas no direito laboral da União Europeia: novos desafios na delimitação conceptual de unidade económica p. 333

O artigo aborda o tema da definição de unidade económica para efeitos do regime laboral da transmissão à luz do direito da UE e de outras ordens jurídicas, sobretudo a nacional.

### **Jurisprudência dos Conselhos**

- Parecer do Conselho Geral Proc. n.º 10/PP/2020 – G. O Mandato Tributário e eventual responsabilidade solidária e subsidiária do mandatário p. 353

### **Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas**

- Parecer sobre o Projecto de Lei 253/XV/ 1ª (PS). Aprova regras de transparência aplicáveis a entidades privadas que realizam representação legítima de interesses junto de entidades públicas e procede à criação de um registo de transparência da representação de interesses p. 359

### **Vida Interna**

- Lei n.º 23/2020 de 6 de julho. Revê o estatuto remuneratório do Revisor Oficial de Contas que integra o Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados, procedendo à primeira alteração ao respetivo Estatuto p. 373
- Questionário aos Advogados. Situação dos advogados portugueses em tempo de pandemia por Covid-19 p. 377



## EDITORIAL

Cabe-me a tarefa de subscrever o editorial do presente volume da Revista da Ordem dos Advogados, o primeiro editado após o amável convite que me foi endereçado pelo Senhor Bastonário, Professor Doutor Luís Menezes Leitão, para exercer as funções de subdiretor desta revista. Trata-se de uma tarefa desafiante e honrosa, numa publicação com 80 anos de história — que em breve serão mais enfaticamente assinalados — e em que sucedo a tantos e tão reputados Advogados.

Para a esperança de me desincumbir razoavelmente desta missão, relevam especialmente a composição e as contribuições do Conselho Consultivo e do Conselho de Redação desta revista, parecendo-me, embora não insuspeitosamente, que o presente volume dá boas mostras da vivacidade, interesse e prestígio da Revista da Ordem dos Advogados.

Com efeito, nele se combinam textos de referência provenientes de diferentes autorias e academias, bem como textos sem evidente ligação a escolas de Direito, cobrindo áreas tão diversas como o Direito administrativo, o Direito comercial, o Direito civil, o Direito laboral e o Direito penal. E com nota de grande atualidade, o presente volume integra já textos sobre questões jurídicas (lamentavelmente) suscitadas pela pandemia causada pelo COVID-19, que veio tão violentamente perturbar o nosso modo de vida e, porventura, interpelar as nossas consciências e abalar a mundividência generalizada, perante a angústia, a incerteza e a morte.

A par desses textos doutrinários, publicam-se, naturalmente, textos institucionais relacionados com a Ordem dos Advogados, como é tradição da Revista e não poderia deixar de ser. Mas, no seu conjunto, creio e espero que este volume seja bem a expressão de que a Revista da Ordem dos Advogados não é apenas *da Ordem dos Advogados*.

Ela é e deve ser não só de todos os Advogados, mas também de toda a comunidade jurídica em geral e é nesse patamar cimeiro das publicações

jurídicas nacionais que esperamos continuar a ver a Revista da Ordem dos Advogados, com os seus critérios de exigência científica, mas aberta, pluralista, inclusiva, universal.

*Lisboa, junho de 2020*

RUI CARDONA FERREIRA

## DISCURSO DE ABERTURA DO ANO JUDICIAL

Excelentíssimo Senhor Presidente da República

Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia da República

Excelentíssima Senhora Ministra da Justiça, em representação do Senhor Primeiro-Ministro

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República

Excelentíssimo Senhor Bastonário Guilherme Figueiredo

Ex.<sup>mos</sup> Senhores Presidentes dos Tribunais Superiores e dos restantes Tribunais

Ex.<sup>mos</sup> Senhores Magistrados e Advogados e demais Convidados aqui presentes,

Excelências

Começo por agradecer o amável convite de Sua Excelência, o Senhor Presidente da República, para discursar hoje nesta cerimónia na qualidade de Bastonário eleito da Ordem dos Advogados, o que constitui uma importante oportunidade para transmitir aquela que vai ser a posição da Ordem dos Advogados no ano judicial que hoje se inicia.

Entendemos que este ano judicial começa com algumas nuvens negras no sector da justiça. Efectivamente achamos incompreensível que tenhamos sido confrontados com o recente anúncio da criação de um grupo de trabalho destinado a estabelecer medidas que representam uma alteração radical do paradigma existente no nosso processo penal, sem que essas medidas constassem sequer do programa do Governo discutido no Parlamento, e que nalguns casos contendem mesmo com preceitos constitucionais. Lançou-se no país a ideia de que a maior incidência da criminalidade em certas áreas se

resolve com a criação de tribunais especiais, o que a Constituição proíbe precisamente pela experiência dos tribunais plenários de triste memória. Neste dia, em que infelizmente nos despedimos do Ilustre Advogado e Bastonário que foi Júlio Castro Caldas, recordo uma sua intervenção em 1995 na Cerimónia Comemorativa dos 150 anos do Tribunal da Boa Hora, que teve precisamente lugar na Sala do Tribunal Plenário, lembrando os muitos advogados que naquela sala tinham lutado contra a injustiça.

Outra das medidas anunciadas é a criação de um sistema de delação premiada, que o Senhor Primeiro-Ministro justificou com o facto de ainda não haver acusações no processo BES, ao contrário da celeridade com que o caso Madoff foi decidido na América. Mais uma vez se confirma que as alterações à legislação processual penal em Portugal são feitas à boleia dos casos mediáticos. Tivemos uma reforma do processo penal resultante do processo Casa Pia e agora pelos vistos vamos ter uma reforma do processo penal resultante do caso BES, inspirada nos *plea bargaining* americanos. É preocupante este deslumbramento recente pelo sistema penal americano, sabendo-se que se trata de um país tão longe da tradição penal portuguesa que 30 dos seus 50 Estados e o próprio Governo Federal aplicam a pena de morte, que o *Supreme Court* considerou sucessivamente não constituir uma punição cruel e desumana. Tendo sido o nosso país um dos pioneiros a abolir a pena de morte, tendo merecido por isso o elogio de Victor Hugo, é preocupante a facilidade com que hoje se dispõe a acolher acriticamente modelos oriundos de uma cultura jurídica radicalmente diferente.

Importar do sistema americano a delação premiada representaria um grande retrocesso no nosso sistema penal português, constituindo um enorme atentado aos direitos de defesa, levando a que a investigação criminal seja substituída por uma mera recolha de confissões de arrependidos. Confissões essas que, sublinhe-se, são obtidas a troco de uma negociação em que o prémio é atribuído àquele que primeiro denuncia os restantes, transformando-se assim o processo penal numa teoria dos jogos em que o mais condenado acaba por ser, não o mais culpado, mas aquele que melhor soube resolver o dilema do prisioneiro. Tal atenta totalmente contra a presunção de inocência, constitucionalmente consagrada no art. 32.º, n.º 2, da Constituição, além de afrontar o art. 32.º, n.º 8, da Constituição que considera nulas todas as provas obtidas através de coacção. Ora, o que é a delação premiada senão uma forma de coacção moral sobre os arguidos?

Também vemos com grande preocupação notícias não desmentidas de que estariam a ser dadas instruções aos Senhores Magistrados do Ministério Público para não pedirem a absolvição dos arguidos nos casos de terrorismo, corrupção, homicídio ou com “repercussão social ou mediática”,

mesmo perante situações de ausência de prova em julgamento. Ora, a regra do nosso processo penal é a de que toda a prova deve ser produzida em julgamento, pelo que a única atitude compatível com a de uma Magistratura, como entre nós é o Ministério Público, é defender a absolvição dos arguidos quando manifestamente não foi feita prova contra eles em sede de julgamento. Ao contrário dos Advogados, os Senhores Magistrados do Ministério Público não patrocinam causas, pelo que defendem da mesma forma a Justiça e o Estado de Direito quando pedem a condenação ou a absolvição do arguido, não havendo por isso qualquer razão para defenderem no processo posição contrária àquela que resultou da prova efectuada em julgamento. Não se queira também aqui imitar o sistema penal americano.

Defendemos igualmente o pleno regresso dos tribunais às comunidades que delas foram privados em 2014, sendo manifestamente insuficientes os ajustamentos ao mapa judiciário que foram entretanto realizados. O Estado não pode desaparecer do território nacional e os tribunais são um elemento importante da presença do Estado enquanto fornecedor do serviço público de justiça. Neste aspecto, a opção constante do programa do Governo de privilegiar os julgados de paz e os meios alternativos de resolução de litígios não é manifestamente a melhor. Os julgados de paz não são tribunais judiciais, pelo que não devem assumir as competências dos tribunais judiciais, especialmente em matérias tao sensíveis como o é a regulação das responsabilidades parentais. O regresso dos tribunais às comunidades de onde foram retirados é que deveria ser a prioridade.

Mas cabe-me aqui falar hoje, enquanto Bastonário eleito, dos Advogados, cuja situação tem vindo a piorar gravemente nos últimos anos. Os Advogados que com tanto sacrificio patrocinam os cidadãos no sistema do acesso ao direito não vêem as suas remunerações actualizadas desde há 15 anos, não estando a ser cumprida pelo Governo a Lei 40/2018, de 8 de Agosto, que determina a sua actualização anual, por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, tendo em conta a evolução da inflação e a necessidade de garantir uma remuneração digna e justa aos advogados intervenientes, sendo essa portaria publicada até 31 de Dezembro de cada ano para vigorar no ano seguinte. Ora, desde a entrada em vigor dessa lei passou não apenas o dia 31 de Dezembro de 2018, como também o dia 31 de Dezembro de 2019, sem que o Governo tenha dado cumprimento a esta lei do Parlamento. Já pelo contrário, o Governo foi muito célere a aprovar a Portaria 409/2019, de 27 de Dezembro, que aumenta em 9% as contribuições mínimas dos advogados para a previdência num ano em que não houve qualquer inflação, levando a que os advogados sejam obrigados a pagar mensalmente 251,38€ para exercer a sua

profissão, mesmo quanto não têm qualquer rendimento. E, como se isso não bastasse, têm-se multiplicado os casos em que a Segurança Social exige aos advogados que paguem simultaneamente contribuições para esta, apesar de terem um sistema autónomo de previdência. É mais do que tempo de todas estas injustiças serem resolvidas.

Mas ainda se criou um estranhíssimo sistema em que os advogados são obrigados para entrar nos tribunais a registar-se numa máquina à entrada. Tal desrespeita claramente o direito de ingresso dos advogados nos tribunais, que lhes é garantido pelo art. 79.º do Estatuto da Ordem dos Advogados. Neste momento a entrada dos Advogados nos tribunais, sem os quais estes não podem funcionar, assemelha-se a uma espécie de controlo de fronteiras fora do espaço Schengen, o que é totalmente incompatível com o estatuto dos tribunais enquanto casas da justiça e com o estatuto dos Advogados enquanto membros do Tribunal. E quando se vê a degradação e as deficientes condições em que funcionam tantos tribunais, não nos pode deixar de espantar que a prioridade tenha sido instituir este sistema de controlo e registo de entradas. Como bem salientou o Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça numa recente sessão pública, alguns governantes talvez *“devessem corar ao ver o estado de obras judiciais recentes, que se desfazem às primeiras intempéries ou à passagem de meia dúzia de anos”*, ou perante a instalação de tribunais *“em edifícios indiferenciados, destinados à habitação e escritórios, sem dignidade para a função”*. Perante o péssimo estado do nosso parque judiciário, só pode causar perplexidade que a prioridade tenha sido a instituição deste sistema de controlo e registo de entradas, em lugar de realizar as inúmeras obras de que os tribunais portugueses estão carenciados.

Termino com uma citação de Montesquieu, que disse: *“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que já existem são executadas, pois boas leis há por toda parte”*. Temos infelizmente em Portugal um grande défice de execução das leis, pelo que executá-las é a nobre missão de todos aqueles que trabalham na justiça, sejam magistrados, advogados, solicitadores, agentes de execução e oficiais de justiça. Sei que todos se irão dedicar neste ano a esse trabalho com muito esforço e diligência. Desejo por isso a todos um excelente ano judicial.

Prevalece a versão dita

6 de Janeiro de 2020

LUÍS MENEZES LEITÃO  
(Bastonário eleito da Ordem dos Advogados)

# O ARRESTO PREVENTIVO COM VISTA À PERDA ALARGADA DE BENS A FAVOR DO ESTADO: DESCONTINUIDADES E APLICAÇÃO PRÁTICA

Por Ana Raquel Conceição<sup>(1/2)</sup>

## SUMÁRIO:

**Introdução.** 1. A lei 5/2002, de 11 de janeiro: breve análise do seu regime. 2. A natureza jurídica do arresto preventivo. 3. A presunção de proveniência ilícita. 4. Os pressupostos do art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro. 5. O Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA). **Conclusão.**  
**Bibliografia.**

## Resumo

Com o presente artigo analisaremos a lei 5/2002, de 11 janeiro, com especial enfoque no arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado. Analisaremos a natureza da referida figura, tendo em consideração a presunção de incongruência patrimonial que incumbe ao arguido ilidir. Tal presunção, por importar um ónus da prova ao arguido, demonstra-se ser contrária aos princípios estruturantes do processo penal português, em especial a presunção da inocência. Apresentaremos a posição do Tribunal Constitucional, bem como as principais vozes doutrinárias no sentido da sua (des) conformidade com a nossa Lei Fundamental.

## Palavras-Chave

Arresto Preventivo — Perda de bens — Criminalidade organizada — Presunção de inocência — Política criminal.

---

(1) Professora Auxiliar Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho; Advogada; Formadora da Ordem dos Advogados do Conselho Regional do Porto.

(2) O presente texto corresponde, em parte, à nossa tese de doutoramento que defendemos a 6 de setembro de 2018 na Universidade Lusíada — Norte (Porto), intitulada *O Branqueamento de Capitais e o Estatuto do Arrependido colaborador: uma nova exigência no (ainda) admirável mundo novo*.

## Introdução

Do ponto de vista criminológico, hoje, não temos dúvidas, o principal foco de atenção das instâncias formais de controlo dirige-se no combate à criminalidade organizada. Contudo, na determinação do seu conceito não há harmonia na sua definição em todas as vertentes da ciência global do direito penal: criminologia, dogmática e política criminal. Na verdade, deveria existir uma definição deste conceito, em prol das características da lei penal que, por força do princípio da legalidade, impõe que esta seja clara, expressa e precisa. Mas de facto não existe, o que pode permitir que se catalogue certo tipo de crime como criminalidade organizada não o sendo atendendo à sua *ratio*.

Por tendência, a referida expressão é utilizada para denominar um fenómeno criminal recente e especialmente preocupante pelo seu carácter transnacional e dificuldades investigatórias. A transnacionalidade que a caracteriza impõe que os Estados se unam no seu combate.

Apesar de concordarmos com a argumentação de que não é possível definir o conceito, pois em qualquer das ciências que compõem a ciência global do direito penal o seu uso é polissémico, quanto a nós não restam dúvidas que este conceito tem um móbil processual penal. O seu propósito é ver aplicadas certas figuras processuais penais a um conjunto de crimes que hoje em dia têm uma linha condutora comum: são crimes que beneficiaram da evolução tecnológica da nova sociedade e, conseqüentemente têm pontos de conexão por todo o mundo, caracterizando-se também por serem, por regra, crimes de colarinho branco, uma vez que a utilização deste conceito surge predominantemente em instrumentos de natureza internacional no combate e prevenção a este tipo de criminalidade.

A sociedade sem limites e sem fronteiras levou a que grande parte da criminalidade também viesse a beneficiar destas características que determinam de forma indubitável uma grande e grave dificuldade na sua prevenção, investigação e repressão. A internacionalização e a criminalidade organizada são fenómenos indissociáveis. Importa então realçar que esta nova forma de criminalidade surgiu exponencialmente após o fenómeno da globalização, ou seja, a nova sociedade aberta, onde tudo é acessível e próximo em qualquer parte do mundo, trouxe muitas vantagens a todos nós todavia, tal como já referimos, trouxe também a possibilidade da criminalidade evoluir de se organizar de forma exemplar e de se expandir a todo o mundo global.

Podemos então afirmar que o cenário sociológico subjacente é comum. A criminalidade organizada, do ponto de vista empírico, está rela-

cionada com a própria organização societária, o seu fundamento é sociológico e estrutural. Ou seja, é por força das estruturas culturais, sociais, políticas, jurídicas e económicas que a potencialização da criminalidade organizada se constata.

É a partir desta nova sociedade sem fronteiras, com comunicação em tempo real em qualquer parte do mundo, onde a evolução tecnológica é uma constante e onde as estruturas fundamentais de uma sociedade são permeáveis, que a criminalidade organizada surge com maior exponencial por força da própria evolução da sociedade. Uma sociedade que cada vez mais se concentra nos mercados financeiros, onde a obtenção do lucro é um pensamento constante, que trespassa todos os seus sectores, e que, associada à evolução científica e tecnológica vai despoletar os crimes associados à criminalidade organizada.

Dos vários instrumentos utilizados para o seu combate e prevenção, surge com um lugar de destaque a da lei 5/2002, de 11 de janeiro, cuja própria definição expressamente refere, medidas de combate à criminalidade organizada e concretiza essas mesmas medidas.

É a referida lei que iremos analisar, com especial atenção ao arresto preventivo com vista á perda alargada de bens a favor do Estado. Instituto que tem como *ratio*, garantir a efetiva concretização da conhecida máxima que o *crime não compensa*, onde os crimes do catálogo, têm necessariamente esse propósito.

## **1. A lei 5/2002, de 11 de janeiro: breve análise do seu regime**

A Lei 5/2002, de 11 de janeiro é também denominada *medidas de combate à criminalidade organizada*. Consiste numa lei eclética determinando regras especiais em relação a alguns meios de prova; estatui um novo meio de obtenção da prova e determina um regime muito especial de arresto com vista a perda alargada de bens a favor do Estado.

Iremos analisar, resumidamente, cada um dos novos instrumentos, dando especial enfoque no arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado.

Apesar de ser uma lei cuja eficácia se verifica, em grande monta, aquando da existência de uma investigação criminal, alguns dos seus institutos podem operar para fins de prevenção criminal.

A lei orgânica da polícia judiciária o Dec. Lei 137/2019, de 13 de setembro<sup>(3)</sup> prevê, no art. 4.º, n.º 3, a possibilidade de realização do registo de voz e imagem no âmbito de operações de vigilância, para fins de prevenção criminal. Contudo, o registo de voz e imagem, é predominantemente um meio de obtenção da prova e quando os meios de obtenção da prova, principalmente os mais invasivos dos direitos fundamentais dos investigados, como é o caso do registo de voz e imagem, passam também a ser medidas cautelares ou de polícia, ter-se-á de ter muita atenção na sua legitimação, pois a sua admissibilidade como meio de obtenção da prova, pressupõe pelo menos um suspeito no decorrer de um inquérito, ou seja, o crime já terá sido praticado e assim os direitos fundamentais poderão ser mais ou menos restringidos, em função da necessidade investigatória e da gravidade do crime sob investigação. Quando são usados com o fim de prevenção criminal, não existe ainda sequer investigação, servindo como forma de transmitir à comunidade segurança, libertando-a da criminalidade, contudo o crime ainda não existe. A restrição dos direitos fundamentais assenta apenas e tão só na potencialidade da prática de um crime que de facto ainda não aconteceu, podendo perigar a sua legitimidade por força do já enunciado princípio da intervenção mínima. A sua realização e positivação são efetuadas tendo em vista a sua integração no âmbito de um processo penal, por isso se exige o seu controlo processual e a remessa, obrigatória para a autoridade judiciária. Assim, e na esteira de Paulo Dá Mesquita, a legitimação deste tipo de atos surge com base em necessidades de investigação e não apenas de pacificação social e ainda assim sempre limitadas por diretrizes muito concretas: têm sempre de obedecer aos pressupostos da urgência e do perigo na demora; a apreciação judicial dessa intervenção terá de ser efetuada com base nos juízos de legalidade repressiva e preventiva, ou seja, terá de ser efetuada analisando o processo penal na sua globalidade; nessa apreciação, a autoridade judiciária deverá ter presente que certos atos são praticados pelos OPC, dentro dos seus poderes outorgados por legislação extravagante (as leis reguladoras das forças policiais) e que, neste âmbito, tem competência própria e não competência delegada ou em sua substituição; o controlo posterior terá de ser efetuado com base nos conhecimentos concretos do agente policial no momento da realização do ato, e não apenas com base na informação que chegou à autoridade judiciária (juízo de prognose póstuma); o ato policial tem tam-

---

<sup>(3)</sup> Dec. Lei que revogou Lei n.º 37/2008, de 06 de Agosto, de 6 de agosto. Dec. Lei disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3215A0004&nid=3215&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3215A0004&nid=3215&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo)>.

bém de ser apreciado no quadro do contraditório, pois é um meio de obtenção de prova que se pode traduzir como relevante ou até mesmo essencial para a acusação e por esse motivo leve a causa a julgamento. É que uma medida cautelar ou de polícia pode ter uma “(...) dupla função, isto é, através dela a polícia persegue, simultaneamente, uma função de prevenção do perigo e uma função de perseguição criminal”<sup>(4)</sup>. Desta feita, nestes atos de dupla função a autoridade judiciária, tendente à sua ratificação ou homologação deverá centrar esse exercício no âmbito processual, ou seja, deve-se limitar a aferir da possibilidade do seu aproveitamento processual penal e não aferir da sua validade em termos de prevenção ou de segurança. Tal validade cabe aos OPC, embora sujeitos aos mesmos crivos da proporcionalidade, necessidade e adequação *qua tale* se tratasse de um meio de obtenção de prova.

Quando funciona como meio de obtenção da prova, numa primeira análise cumpre-se aferir operam diferenças de regime entre o registo de voz e imagem e as reproduções mecânicas do art. 167.º do CPP. Desde logo, podendo parecer uma diferença meramente conceptual, mas que não é, primeiro é um meio de obtenção da prova e o segundo um meio de prova, logo ao contrário do registo de voz e imagem em que a sua admissibilidade é aferida antes da sua realização, nas reproduções mecânicas o que se procederá é à avaliação da sua admissibilidade depois de realizadas. Só não será de admitir a sua utilização, se a sua obtenção corresponder à prática de um crime. Conforme é referido pelo Supremo Tribunal de Justiça: “Na verdade, ao estabelecer-se que as reproduções fotográficas, ou cinematográficas, só valem como prova dos factos, ou coisas, reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal, não se equaciona tão somente uma condição de validade da prova, assente na constatação da tipicidade de uma conduta como crime, mas exige-se, também, que o acto não seja afectado pela sua ilicitude e esta não se esgota no preenchimento de um tipo legal de crime. Para que um comportamento seja punido como crime, exige-se que, além se encontrar tipificado na lei penal, configure, também, um acto ilícito, e culposo, o que implica a ponderação da existência, ou não existência, de uma causa de justificação da gravação ou da fotografia que se pretende utilizar como meio de prova”<sup>(5)</sup>. Sobre o espe-

---

(4) DÁ MESQUITA, PAULO, *Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal*. In M. M. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2005, p. 80.

(5) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>>.

cial aspeto da gravação feita por particulares e a sua relevância probatória, já nos pronunciamos antes em outros trabalhos, onde escrevemos: “A conduta de um particular que procede a filmagens e gravações da imagem do investigado, mesmo enquanto este se encontra na via pública, contra a sua vontade consiste na prática do crime previsto e punido nas alíneas *a* e *b*) do n.º 2 do art. 199.º CP. Quer do ponto de vista objetivo (pois o agente está preencher os elementos objetivos do tipo ao fotografar ou filmar outra pessoa e/ou a utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes obtidos nos termos descritos), quer do ponto de vista subjetivo (pois o particular conhece e quer a conduta descrita, até pelo carácter dissimulado que utilizou na sua obtenção). Tipicidade que indicia a ilicitude do facto que quanto a nós não é afastada. Pois, sendo a conduta a prática de um crime a sua utilização para efeitos probatórios só é lícita se corresponder a algum dos meios de obtenção de prova ou meios de prova previstos no CPP. Aqui, neste catálogo, já o legislador ordinário, respeitando os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, admite certos métodos de obtenção de prova com a restrição de direitos fundamentais. Ou seja, os meios de obtenção da prova descritos no CPP são, em bom rigor dogmático, causa de exclusão da ilicitude de natureza processual penal. Logo, para determinada conduta que corresponda à prática do crime poder ter valor probatório, terá de estar catalogada na lei do processo como meio de obtenção da prova, sob pena de ser abusiva a intromissão nos direitos fundamentais dos investigados. Não se bastando a enunciação de exigências de justiça”<sup>(6)</sup>.

O que pretendemos salientar é que, se no registo de voz e imagem tal ponderação acontece antes da sua autorização, nas reproduções mecânicas, necessariamente, a ponderação terá ainda de ter um peso maior porque a restrição já operou e não se está a ponderar que possa verificar-se a lesão, mesmo que justificável, a lesão já aconteceu. Pois não se descure que em causa estão bens jurídicos autónomos da reserva da vida privada, ou seja, o direito à palavra falada e o direito à imagem e, como bem refere Mário Ferreira Monte: “(...) a verdade é que um dos aspectos positivos que o art. 6.º trouxe foi o de realçar a natureza constitucional, autónoma e juridicopenalmente relevante de tais interesses”<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, A relevância probatória das gravações realizadas por particulares. In *Em Lusitana Direito*, 2015, p. 150.

<sup>(7)</sup> MONTE, MÁRIO, O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira — Lei N.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra editora, 2004, p. 102.

Importa ainda salientar a sua diferença em relação ao regime de extensão das escutas telefónicas. O registo de voz e imagem remete para os requisitos de forma das escutas telefónicas, com as necessárias adaptações. Não obstante o regime de extensão deste meio de obtenção da prova permitir a intercepção das comunicações entre presentes, o registo de voz e imagem, como a sua própria conceptualização induz, pressupõe a captação da voz e da imagem do visado, logo, não cabe no referido regime de extensão. Mas está sujeito às suas formalidades, salientando-se o controlo relativamente apertado a sua duração e fiscalização nos termos do disposto nos n.ºs 3 e 4 do referido 188.º do CPP<sup>(8)</sup>. Neste âmbito fazendo um paralelismo entre o regime das escutas telefónicas e o registo de voz e imagem, constamos que o juízo de proporcionalidade é mais exigente neste do que nas escutas, contudo a necessidade carece de ser demonstrada com maior rigor nas escutas do que no registo de voz e imagem, ou seja, podem-se escutar mais crimes do que aqueles que podem ser investigados através do registo de voz e imagem. Neste sentido, também Carlos Rodrigues de Almeida escreve: “Se comparamos esses requisitos com os estabelecidos em matéria de escutas telefónica e afins verificaremos que as diferenças se situam na delimitação dos crimes de catálogo que permitem a utilização de cada um destes meios de obtenção da prova e no grau de relevância da sua utilização para a consecução dos fins da investigação”<sup>(9)</sup>.

Assim, e em jeito de conclusão, o registo de voz e imagem é diferente do regime de extensão das escutas pois permite a captação da imagem e voz, concomitantemente, independentemente de existir ou não qualquer comunicação ou conversação. “É aqui que o texto da Lei n.º 5/2002, ao referir apenas «o registo de voz e imagem», independentemente das circunstâncias em que ocorra e do meio utilizado, pode permitir algo mais

---

<sup>(8)</sup> Cujá redação é a seguinte:

3 — O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira intercepção efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios.

4 — O Ministério Público leva ao conhecimento do Juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas.

Daqui se depreende com a concretização de lapsos temporais bastante apertados o rigor no procedimento das operações. Apesar de existirem outras vozes nos nosso entender, como já tivemos oportunidade de referir em outros trabalhos, tais incumprimentos geram a nulidade de prova constante do n.º 3 do art. 126.º do CPP, até por remissão expressa do art. 190.º do CPP. *Vide* o nosso trabalho CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal*. Porto, Quid Iuris, 2009.

<sup>(9)</sup> ALMEIDA, CARLOS RODRIGUES, O registo de voz e de imagem — notas ao art. 6.º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. In C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 110.

que o CPP não permite (...)”<sup>(10)</sup> preponderando a proporcionalidade e cedendo às exigências de necessidade em prol dos crimes em investigação que comportam, por regra, maiores dificuldades investigatórias.

No que concerne ao segredo profissional, em especial o financeiro, logo no art. 2.º da referida lei, se determina de forma automática a quebra do segredo a certas entidades, grosso modo as financeiras e fiscais, na investigação dos seus crimes de catálogo, bastando que existam *razões para crer que as respetivas informações têm interesse para a descoberta da verdade*. Contudo, tal quebra de segredo carece de ordem da autoridade judiciária competente que, como é evidente, tem sempre de ser fundamentada<sup>(11)</sup>, desde logo por razões de legitimação da restrição do direito ao segredo e, conseqüentemente, de forma permitir o efetivo exercício do contraditório.

O segredo profissional em sentido lato existe, por um lado, de forma a salvaguardar o direito à reserva da vida privada do cidadão que contacta com certos tipos de atividades e profissões, podendo ter a segurança que aquilo que lhes transmite (que cabe na sua esfera da vida privada) fica a coberto por este dever de guardar segredo; por outro lado, é também uma garantia de funcionalidade das referidas atividades profissionais, pois só conhecendo todas as premissas se poderá conseguir chegar a uma conclusão. A possibilidade de apresentação de produtos financeiros ou aplicações financeiras carece sempre de um pressuposto prévio que é saber o montante do capital que o cliente detém, disposto a sujeitar a produtos bancários. Contudo, na eterna conflitualidade entre os direitos e o interesse investigatório, neste tipo de criminalidade e nesta lei, de forma crassa, prevalece este último. Atendendo às entidades que estão sujeitas a esta medida de combate resulta, no nosso entender, que esta é criada, ou pelo menos será mais profícua, no combate ao branqueamento de capitais. Pois é através delas ou por elas que as condutas branqueadoras normalmente trespassam.

Temática mais controversa, por contundente com princípios informadores da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal, é o arresto preventivo dos bens com vista à sua perda alargada a favor do Estado. Eis o que analisaremos de seguida.

---

<sup>(10)</sup> MONTE, MÁRIO, O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira - Lei N.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra editora, 2004, p. 100.

<sup>(11)</sup> Tal como impõe o seu n.º 2:

Artigo 2.º

Quebra de segredo

2 — Para efeitos da presente lei, o disposto no número anterior depende unicamente de ordem da autoridade judiciária titular da direcção do processo, em despacho fundamentado.

## 2. A natureza jurídica do arresto preventivo

Importa desde já determinar que tal medida foi criada com o propósito de se conseguir “confiscar”<sup>(12)</sup> o património dos arguidos cujos crimes praticados visavam isso mesmo, a obtenção de lucro e de mais património resultante de práticas criminosas difíceis de investigar e controlar os seus ganhos, sendo o branqueamento de capital o principal instrumento para o efeito. Como refere João Conde Correia e Hélio Rodrigues, referindo-se à independência entre o pedido civil e o confisco de forma geral e não à perda alargada de bens a favor do Estado, mas que necessariamente a esta se aplica, a *ratio* deste e outros institutos é demonstrar ao agente e à comunidade que o crime não compensa. Como referem: “Intervém sempre por forma a restituir o condenado ao *status* patrimonial anterior à prática do crime e, desta forma, mesmo que a vítima nada faça, demonstrar que ele não compensa”<sup>(13)</sup>.

Realçamos desde já que este instituto é transversal a toda União Europeia existindo, inclusive, legislação interna no sentido de determinar a execução de decisões das autoridades judiciais europeias relativas a decisões de apreensão de bens ou elementos de prova. Referimo-nos à Lei 25/2009, de 5 de junho, onde, como é evidente, o branqueamento de capitais também se encontra previsto no seu âmbito de aplicação<sup>(14)</sup>. Podendo o Estado a quem se dirige o pedido de execução escolher qual o melhor mecanismo interno para o seu efeito<sup>(15)</sup>.

---

(12) Como refere Ana Duarte o confisco foi abolido há vários séculos atrás com vista a humanizar o direito penal impedindo sanções tão graves que colocassem o arguido e toda a sua família despojados de qualquer capacidade de sustento: “Se recuarmos à época das ordenações, o confisco geral era essencialmente uma medida política e económica, estava especialmente delineado para crimes económicos cuja motivação fosse o enriquecimento e também para crimes políticos. Era muito frequente o funcionamento deste mecanismo, até que contagiado pelos “ventos de mudança”, o confisco geral de bens foi abolido em 1822. A sua proibição foi um legado iluminista, foi uma tentativa de humanizar a justiça, e de não permitir que o criminoso e a sua família fossem “atirados para a miséria”. DUARTE, ANA PAULA, *O Combate aos Lucros do Crime — O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do art. 7.º e suas implicações*. Porto, 2013, p. 10.

(13) RODRIGUES, HÉLIO RIGOR, & CORREIA, JOÃO CONDE, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GAcbc. g1*. de Julgar Online, 2015, p. 9. <file:///C:/Users/ana.raquel/Downloads/Artigo-JULGAR-Anota%C3%A7%C3%A3o-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-TRG-Pedido-de-Indeminiza%C3%A7%C3%A3o-Civil-e-Confisco.pdf>.

(14) Resultado da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho que é também uma manifestação da união de esforços entre os Estados no combate ao branqueamento de capitais de forma tácita, funcionando de forma imediata como forma à recolha de meios de prova e subsequente perda de bens, no âmbito do princípio do reconhecimento mútuo das decisões das autoridades judiciais na União Europeia.

(15) Assim determina o n.º 4 do art. 12.º da referida lei o qual, não obstante remeter para as

O confisco, desde logo pela sua própria expressão, que o legislador quis substituir por perda, não é bem aceite pela comunidade jurídica pois, a sua história lembra-nos dos maiores abusos e atropelos que o poder punitivo do estado infligia ao seu cidadão. “Séculos e séculos de abuso e de prepotência geraram a forte reação iluminista da proibição do confisco e contribuíram para criar um clima geral que ainda lhe é muito hostil. Temos medo de que esses excessos passados se repitam e, por isso, esquecemos que o confisco num Estado de direito é muito diferente do confisco num Estado absoluto”<sup>(16)</sup>. De facto, não se pode confundir o confisco da época medieval com o confisco atual, contudo, de forma a evitar os efeitos perniciosos que comporta, independentemente da época, impera sempre determinar o seu regime jurídico com muita exatidão e sempre com respeito pela pessoa, enquanto tal, impedindo que o arguido seja usado como um mero objeto que sirva como forma de intimidação comunitária.

Assim, importa fazer uma mera referência aos institutos internos portugueses cuja consequência, grosso modo, é a perda de bens a favor do Estado.

No que concerne à perda de bens a favor do Estado e aos mecanismos a ela subjacentes importa distinguir a apreensão (artigos 178.º e seguintes do CPP); a perda de vantagem (art. 111.º do CP); o arresto preventivo (art. 228.º do CPP); e o arresto com vista à perda alargada de bens a favor do Estado (artigos 7.º e 10.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro).

Fazendo uma distinção sumária, cumpre esclarecer que a apreensão é um meio de obtenção da prova e, assim, a sua finalidade é a recolha de matéria probatório que não tem, *ab initio*, a função de permitir a perda de bens por parte do agente do crime, contudo, após a decisão final, podem os bens apreendidos serem declarados perdidos a favor do Estado (nos termos do n.º 7 do art. 178.º, do CPP, constando o regime jurídico dessa perda no art. 109.º do CP). A perda de vantagens é também uma consequência da prática do crime a nível substantivo (art. 111.º do CP). Não é vista pelo legislador como uma sanção penal, mas antes uma consequência, próximo do direito administrativo sancionatório, pela prática do crime e assim, todos os bens ou vantagens obtidas através da prática de um facto ilícito

---

regras do processo penal como estas fazem apelo a regras substantiva, também estas se aplicam por força desta ligação sistemática e de conteúdo.

(16) RODRIGUES, HÉLIO RIGOR, & CORREIA, JOÃO CONDE, O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários. (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1). *Julgar Online* 2017, p. 13 file: <<http://julgar.pt/o-confisco-das-vantagens-e-a-pretensao-patrimonial-da-autoridade-tributaria-e-aduaneira-nos-crimes-tributarios/>>.

podem ser declarados perdidos a favor do Estado. O arresto preventivo (art. 228.º CPP), a par da caução económica, é uma medida de garantia patrimonial que tem como fim permitir o arresto de certos bens com vista a assegurar o cumprimento de obrigações pecuniárias oriundas do processo penal. O arresto com vista à perda alargada de bens a favor do Estado constante dos arts. 7.º e 10.º da Lei 5/200, de 11 janeiro é uma medida criada no combate à criminalidade organizada onde o branqueamento de capitais, como temos vindo a reiterar, tem também o seu assento, o qual tem por fim a: “restituição do arguido ao *status* patrimonial anterior à prática do crime”<sup>(17)</sup>.

São, como constatamos, medidas diferentes e podem ter como objeto coisas distintas, desde produtos, objetos, vantagens, lucro, preço ou recompensa. Contudo qualquer uma dessas “coisas” pode ser apreendida, declarada perdida, arrestada, a título de medida cautelar, ou com vista à perda alargada<sup>(18)</sup>.

Instrumentos e consequências que não importam controvérsia e são aceites pela doutrina e jurisprudência, desde que, claro está se cumpram os seus requisitos e condições de admissibilidade em ordem à *concordância prática dos interesses conflitantes*. Diferente atenção e posição assume o arresto preventivo constante da referida lei de combate à criminalidade organizada, por força de uma presunção que ao arguido incumbe ilidir. Concentremo-nos sobre tal aspeto no ponto seguinte do presente trabalho.

---

(17) CORREIA, JOÃO CONDE, (Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? In Dias, F. (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. 25, pp. 505-543), Coimbra, IDPEE, 2015, p. 523. Obtido de <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=147&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis)>.

(18) Sobre a distinção entre as referidas figuras *vide* o texto de João Conde Correia citado supra. Numa outra obra, o mesmo autor distingue, com profundidade os referidos conceitos determinando os efeitos diferentes do confisco em razão da diferença dos bens que são o seu objeto, em que num se protegem os interesses de terceiro e noutro não há essa preocupação legislativa, até porque se dirigem ou tem como fim beneficiar o agente. Assim segundo Conde Correia os objetos que tiverem servido ou que estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico são os instrumentos do crime; os que forem por estes produzidos são os produtos do crime; as vantagens são as recompensas dadas ou prometidas ao autor ou a terceiro, as coisas, os direitos ou vantagens adquiridos através do facto ilícito típico por aquele ou por outrem podendo consistir num aumento do activo ou diminuição do passivo, no uso ou consumo de coisas ou de direitos alheios ou na mera poupança ou supressão de despesas. Abrangendo-se assim as vantagens direta ou indiretamente adquiridas, podendo caber aqui também os bens em que se transforma as vantagens ou a recompensa. Diferente é o cálculo da vantagem confiscável onde caberá às autoridades judiciárias demonstrar a sua realização mas que segundo o autor poderão assentar em estimativas do julgador que não podem ser totalmente abstratas: “(...) A operação não pode consistir numa mera suposição, alheia à realidade.” CORREIA, JOÃO CONDE, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 43.

### 3. A presunção de proveniência ilícita

Conforme referimos supra, o arresto preventivo, com vista à perda alargada de bens a favor do Estado, é a mais controversa por importar presunções, cabendo ao arguido o ónus de a ilidir. Carecendo de uma melhor clarificação do seu regime legal, na sua determinação atendendo à consequência que da mesma advém.

Resulta do art. 10.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, a possibilidade de se proceder ao arresto dos bens do arguido, com vista à sua perda alargada a favor do Estado, por se presumir que a sua titularidade é oriunda da prática de um dos crimes do catálogo. Terá de ser o arguido a demonstrar a sua proveniência lícita. Na esteira de Damião da Cunha consideramos que tal presunção abrange o património total do arguido: “O que acontece é que quem beneficia da presunção fica desonerado de provar o facto presumido. Assim, na realidade, é todo o património do arguido que é tido como proveniente de fonte ilícita e adquirido dentro dos cinco anos anteriores à constituição de arguido, pois só desta forma fará sentido que o arguido tenha de ilidir a presunção”<sup>(19)</sup>.

O legislador determina um critério geral que permite ilidir a referida presunção, ou seja, se os bens, ou património, se encontrarem na esfera jurídica do arguido há mais de cinco anos antes da sua constituição como tal, a presunção é ilidida. Várias são as vozes que referem que se verifica um verdadeiro ónus da prova por parte do arguido. Damião da Cunha defende que tal perda é uma verdadeira sanção que visa anular as vantagens presumidas de uma atividade criminosa que implica uma regra de inversão do ónus da prova<sup>(20)</sup>. Impendendo ao arguido a prova da sua proveniência lícita ou que está na sua titularidade há mais de 5 anos e como esta medida pressupõe um processo penal, parece resultar a violação da estrutura acusatória do modelo de processo penal português pois, um dos aspetos que a caracteriza é a inexistência de ónus de prova por parte do arguido. Neste mesmo sentido também escreve Jorge Godinho: “(...) afigura-se que o confisco «alargado» com base em presunções e com inversão do ónus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção da inocência: presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio;

---

<sup>(19)</sup> CUNHA, DAMIÃO, Perda de bens a favor do Estado — Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro. Em C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financieira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 134.

<sup>(20)</sup> *Idem*, p. 126.

e resolve o *non liquet* contra o arguido”(21). Contudo importa aferir se de facto é assim mesmo, e nessa medida, é premente distinguir duas figuras que resultam deste regime: o arresto preventivo e a efetiva perda alargada de bens a favor do Estado.

No que diz respeito à perda alargada de bens a favor do Estado não é unívoca a doutrina na sua classificação. Autores, como Damião da Cunha, entendem que a perda alargada é uma sanção administrativa, outros, como Jorge Godinho, entendem que que é de natureza substantiva semelhante a uma medida de segurança(22), outros, como Augusto Silva Dias, entendem que é um efeito da pena(23) e ainda outros, como Pedro Caeiro, que a sua existência é inequivocamente resultado da política criminal(24).

Em nossa perspetiva, como só é determinada após a condenação, acaba por ter uma ligação à questão penal, contudo, as regras que a determinam não se prendem com a determinação de um juízo de culpa. Melhor, para operar tem de se verificar um juízo de culpa e de prova já cabalmente determinado, contudo a sua concretização não está dele dependente. Parece-nos que, apesar de ter finalidades semelhante à pena, em especial de prevenção geral positiva, no sentido de transmitir à comunidade que o crime não compensa e que o agente que enriquece com o crime fica sem esse enriquecimento, os termos da sua determinação são mais próximo de uma consequência de natureza administrativa sancionatória do que propriamente de uma pena, pois o cômputo dessa perda é realizado com base em apuramentos patrimoniais e não com base no grau de culpa do agente. “No fundo, uma medida de correção e de confirmação da validade e de vigência do ordenamento jurídico que, apenas pode retirar o património incongruente do condenado, devendo deixar o restante incólume”(25). Até porque, para o poder ser, por força do princípio da legalidade, deveria resultar como tal no catálogo das sanções penais quer sejam, principais, acessórias ou de substituição.

---

(21) GODINHO, JORGE, (Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, arts. 1.º e 7.º a 12.º). In C. Andrade, F. Costa, A. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredos Dias* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1359.

(22) *Idem.*

(23) DIAS, AUGUSTO SILVA, Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito. In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 24-47.

(24) CAEIRO, PEDRO, Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos do confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In Dias, F. (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2011 pp. 267-231.

(25) CORREIA, JOÃO CONDE, *Da proibição ...* p. 116.

Mas tal natureza não deve facilitar a sua utilização por não estar dependente dos obstáculos que a lei penal impõe. A sua natureza administrativa deve impor ao aplicador da lei e ao legislador sérias e imperiosas regras de atuação do Estado, sob pena de se repriminar o confisco da idade média, onde o propósito era despojar o agente de bens impossibilitando a sua subsistência. Neste sentido também se encontra João Conde Correia, quando refere: “Quem, pelo contrário, afastar a natureza penal do instituto terá o caminho facilitado, mas, mesmo assim, não poderá esquecer determinadas condicionantes imprescindíveis à sua legitimidade num verdadeiro Estado de direito. O confisco não fica confiado ao arbítrio do legislador e, muito menos, do seu executor”<sup>(26)</sup>.

E, mesmo de natureza administrativa sancionatória, deverá ser executada após o trânsito em julgado do referido juízo decisório, pois é a prática do crime que legitima a sua aplicação, de contrário, e mais uma vez, regressariam as considerações sobre um direito penal e processual penal do inimigo. Salientando tal perigo encontramos Augusto Silva Dias, que, como já vimos, entende que a natureza do confisco é penal constituindo um efeito da pena. Conforme refere: “A sua natureza é, pois, eminentemente penal, constituindo em nosso entender um efeito da pena”<sup>(27)</sup>. Defende o referido autor que apesar de tal consequência comportar uma limitação à presunção da inocência, é suportável e legítima por respeito pela proporcionalidade. Contudo, apenas poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória do crime que legitima o referido confisco. “Se não é ilegítimo que o confisco seja aplicado na sentença condenatória, como efeito da pena, já é inadmissível que seja executado antes do trânsito em julgado daquela sentença”<sup>(28)</sup>. Apesar de legítima, só é exequível após a força da decisão judicial se verificar dentro e fora do processo e nunca antes, pois se assim não for, estamos a aplicar, uma medida que depende da prática de um crime, sem este se ter, de facto, judicialmente verificado.

No que concerne ao arresto, nem sequer há juízo de culpa formado, pois aqui, normalmente, encontramos-nos na fase de investigação por natureza, logo no início do processo penal, onde a presunção da inocência deve ter uma maior incidência e é aqui, neste momento tão precoce do processo penal, que o ónus da prova carece de ser cumprido pelo arguido se quiser evitar o arresto do seu património. Ou seja, com base nesta lei e regime em

---

<sup>(26)</sup> *Idem*, 115.

<sup>(27)</sup> DIAS, AUGUSTO SILVA, *Criminalidade Organizada...*, p.39.

<sup>(28)</sup> *Idem*, p. 43.

análise, logo no inquérito poderá o MP requerer ao JIC a realização do arresto de todo o património do arguido, cabendo a este impugnar tal decisão com o ónus de demonstrar o que é de proveniência lícita ou demonstrar que já passaram os já referidos cinco anos à data da sua constituição como arguido, tentando afastar a presunção. Parece-nos que, tal imposição sobre o arguido, vista por este prisma, é de facto violadora da sua garantia constitucional de presunção de inocência, do princípio da culpa, da proibição da sua autoincriminação e necessariamente do modelo acusatório.

A sua associação umbilical ao processo penal, não obstante em causa estar a criminalidade organizada, não permite que se aniquilem princípios tão basilares como os enunciados. Também seguindo esta linha de raciocínio está Germano Marques da Silva, que defende que, em vez de se criarem presunções, o melhor seria existir uma obrigação fiscal para todos os cidadãos de fazerem uma espécie de inventários dos seus bens. Conforme refere: “Tenho sérias reservas quanto a esta medida, porque muitas vezes e de prova impossível a origem lícita dos bens, nomeadamente que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido. (...) Não seria muito mais razoável, mais justo e mais eficaz que, primeiro, em lei tributaria se impusesse a obrigação a todos os cidadãos de terem um inventário dos seus bens com o que se preveniria não só aquele tipo de crimes, mas muitos outros, nomeadamente a fraude fiscal, que consta ser um mal muito generalizado e certamente não muito menos grave do que alguns dos crimes indicados no art. 1.º da Lei n.º 5/2002 (contrabando, por exemplo?)”<sup>(29)</sup>. Não estamos certos de que a solução apresentada pelo ilustre penalista possa ser exequível ou fiscalizável pela autoridade tributária, contudo não deixa de ser uma solução menos lesiva dos princípios informadores do nosso processo penal, do que a criação de presunções judiciais com ónus de impugnação pelo arguido.

Apesar de, como vimos antes, serem vários os instrumentos comunitários e internacionais que determinam a necessidade de os Estados criarem medidas internas eficazes no combate ao branqueamento de capitais, parece-nos que o legislador português com a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, fê-lo apenas com vista ao cumprimento da sua eficácia. O facto de poder funcionar o arresto, nos moldes que está consignado, é permitir, logo no momento da investigação, que o arguido fique despojados dos seus bens. Decretado o arresto, fica impedido de movimentar saldos bancários, alienar património, ou qualquer outra operação para fazer face às despesas

---

(29) SILVA, GERMANO MARQUES, Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In *Lusitana. Direito*, Vol. n.º 3, Fundação Minerva, 2005, p. 75.

que tem com o seu processo, ou de ter meios para subsistir. Cabe-lhe, ainda, ter de provar a origem do seu património, sob pena de o arresto se manter até à decisão final que até pode vir a ser absolutória. Conforme refere Ana Duarte: “Tais violações seriam perfeitamente evitáveis se o procedimento previsto na Lei n.º 5/2002, apenas se iniciasse após a sentença de condenação transitada em julgado, mesmo que estando sempre ligado ao processo principal pelo qual houve condenação”<sup>(30)</sup>. Segundo a autora, o regime seria igual, mas após a emissão de um juízo de culpa, funcionando a data da constituição como arguido como a linha temporal de fundamento probatório bastante da licitude da sua proveniência, aliás como resulta da própria lei geral civil e processual civil. Contudo, parece-nos que, se o arresto preventivo tem por fim garantir que, efetivamente exista património do arguido que possa vir a ser declarado perdido, sendo decretado só após a condenação definitiva, pode nada existir nesse momento. O arresto preventivo é uma garantia à exequibilidade da perda alargada, se forem concomitantes de nada serve o arresto. Assim, defendendo-se que o arresto só pode funcionar após a condenação transitada em julgado, é retirar-lhe o seu efeito útil.

Cumpre-se ainda salientar que o TC foi chamado a pronunciar-se sobre o regime da perda alargada prevista no art. 7.º e 9.º, da referida lei, tendo determinado não ser inconstitucional tal regime com base na existência de um processo autónomo oriundo do processo penal, onde o contraditório é exercido de forma plena. Conforme é referido: “(...) o montante apurado como devendo ser declarado perdido em favor do Estado deve constar de um ato de liquidação, integrante da acusação ou de ato posterior, onde se indicará em que se traduz a desconformidade entre o património do arguido e o que seria congruente com o seu rendimento lícito. Este ato de liquidação é notificado ao arguido e ao seu defensor, podendo o arguido apresentar a sua defesa, nos termos já referidos, assegurando-se, assim, um adequado exercício do contraditório, sendo que, conforme se referiu, para ilidir a presunção, o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo, além de que o próprio tribunal deverá ter em atenção toda a prova existente no processo, donde possa resultar ilidida a presunção. (...) Acresce ainda que, no plano processual, o regime de perda de bens previsto na Lei n.º 5/2002, embora assente numa condenação pela prática de deter-

---

<sup>(30)</sup> DUARTE, ANA PAULA, *O Combate ...*, p. 46.

minado ilícito criminal (integrante do catálogo previsto no art. 1.º da Lei n.º 5/2002), está sujeito a um procedimento próprio, enxertado no procedimento criminal pela prática de algum dos aludidos crimes, no qual o legislador não deixou de ter em atenção diversas garantias processuais”<sup>(31)</sup>.

Face ao exposto, na nossa perspetiva, o TC determina não ser inconstitucional a perda alargada com base em vários pressupostos: existência de um ato de liquidação; o exercício do contraditório e o facto de ser um procedimento autónomo do processo penal. Ora, tais requisitos apenas se verificam quanto à concretização da efetiva perda alargada com base na existência de um juízo de culpa formado aquando da decisão condenatória, ou atrevemo-nos nós, após o seu trânsito em julgado. No arresto preventivo tais garantias são muito menores principalmente por se encontrar ainda, por regra, na fase investigatória e poder afetar o património de terceiros. Conforme refere João Conde Correia: “A criação de providências cautelares capazes de acautelar a perda do valor das vantagens pressupõe, todavia, outros equilíbrios. (...) A concordância prática entre os interesses contraditórios, dita, portanto, outras regras”<sup>(32)</sup>. Bem se sabe que o arresto com vista a perda alargada terá por fundamento o justo receio da perda patrimonial, contudo, atendendo à origem do mesmo num processo penal, a criação de um ónus probatório para o sujeito processual que não pode ser obrigado a contribuir na investigação do crime que se suspeita ter praticado, consistirá numa diabólica *probatio*. Aliás, como é referido pelo citado autor, como se tratam de providências cautelares terá de se verificar cumulativamente: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que, traduzido para o processo penal, se traduz em prova indiciária suficiente da incongruência do património do arguido e o justo receio da sua dissipação<sup>(33)</sup>. E este carece de ser demonstrado pelo MP. O facto de a lei consagrar presunções não desonera o MP da prova dos referidos pressupostos e carece de ser comprovada pelo Juiz. E se tal tarefa for cumprida pelas referidas autoridades judiciais fica pelo menos mais desvanecida a obrigação do arguido na produção de prova em processo penal. Como bem realça o mesmo autor quanto: “mais agressivo for o mecanismo, maiores deverão ser — insistimos — aquelas premissas”<sup>(34)</sup>.

---

(31) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>>.

(32) CORREIA, JOÃO CONDE, *Da proibição* ... p. 524.

(33) Como veremos de seguida, em certas circunstâncias, o *periculum in mora* deixa de ser um requisito para a aplicação do arresto.

(34) *Idem*, p. 539.

Assim, no nosso entender, se as autoridades judiciárias aquando do arresto preventivo, demonstrarem de forma clara a existência de indícios de que o arguido praticou o crime sob investigação, demonstrarem também a existência de incongruência patrimonial e que existe perigo da sua dissipação, não há um violação da presunção da inocência do princípio da culpa ou da proibição da sua autoincriminação pois, a prova que o arguido carece de fazer é, em bom rigor, o exercício do contraditório. Na esteira de Pedro Caieiro, entendemos que a força probatória não deverá ser tão exigente como nos juízos de condenação, mas, sim, a prova indiciária suficiente, assente no maior grau de probabilidade da existência do facto. Realça ainda o referido autor que as autoridades judiciárias, para além de demonstrar a incongruência patrimonial, não podem dela, exclusivamente, se determinar a existência de prova indiciária da prática do crime pelo agente: “ (...) o tribunal não pode inferir a actividade criminosa exclusivamente a partir da existência de um património incongruente, (...)”<sup>(35)</sup>. Também neste sentido, João Conde Correia afirma: “Concluir que o arguido cometeu este ou mais crimes (e aplicar-lhes as respetivas consequências jurídicas) seria uma violação da presunção da inocência, incompatível com a nossa Constituição”<sup>(36)</sup>. Tratam-se de medidas diferentes com efeitos diferentes, apesar de relacionadas e interdependentes.

Importa ainda salientar que a determinação do património incongruente é algo fundamental, pois é a partir dessa manifestação que se lança mão destes instrumentos, carecendo o arguido de perceber como esse cálculo foi obtido e com que suporte probatório. Se tais elementos não resultarem do processo, trata-se de uma medida de confisco aliada ao direito penal do inimigo. Neste sentido João Conde Correia escreve: “O valor deste património confiscável deverá ser avaliado (recorrendo a perícias, documentos, índices de preços) ou, quando isso não for possível estimado. O cálculo deverá ser, em ambos os casos, o mais rigoroso possível. Não podemos correr o risco de subavaliações, que impedem ou diminuem o justo alcance da presunção, beneficiando o condenado, nem, ao invés, de sobre avaliações, capazes de fazer funcionar injustamente a presunção e, logo, de prejudicar o visado. A justa avaliação do seu património é imprescindível ao bom funcionamento dessa medida”<sup>(37)</sup>. E, acrescentamos nós, cálculos que têm de ser exibidos ao arguido para que este sujeito processual possa exercer, de forma cabal, o seu legítimo direito ao contraditório.

---

<sup>(35)</sup> CAEIRO, PEDRO, Sentido e função..., p. 315.

<sup>(36)</sup> CORREIA, JOÃO CONDE, Da proibição do confisco..., p. 111.

<sup>(37)</sup> *Idem*, p. 106.

No que concerne ao apuramento do património incongruente e da respetiva liquidação, a recente alteração legislativa — a lei 30/2017, de 30 de maio — veio esclarecer duas questões controversas na doutrina, em especial se o arresto pode ser decretado sem a competente liquidação e se pode ou não haver dispensa do *periculum in mora* no seu decretamento, temáticas interrelacionadas e que de imediato as analisaremos.

#### 4. Os pressupostos do art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro

O art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro é composto por quatro números, tendo o n.º 2 sofrido uma alteração com a referida lei do presente ano. Ou seja, a redação primitiva do referido número consistia no seguinte: “*A todo o tempo, o Ministério Público requer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa*”; e hoje tem a seguinte redação: “*A todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime, o Ministério Público pode requerer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa*”. O demais manteve-se igual incluindo o n.º 3 do qual se prescinde do *periculum in mora* desde que tenham sido recolhidos fortes indícios da prática do crime. Numa análise meramente literal parece resultar que o comando do n.º 2 desdiz o que resulta no número 3, contudo, atendendo à exposição de motivos da diretiva comunitária que está na base da lei 30/2017, não nos parece que assim seja. Apesar da exigência dos fortes indícios ser comum nos dois artigos, entendemos que não são contraditórios. Ou seja, o *periculum in mora* constante do n.º 2 associado aos fortes indícios refere-se as situações em que o arresto é decretado ainda sem a liquidação, mas com o apuro da existência de incongruência patrimonial, ou seja, durante a fase do inquérito. A diretiva comunitária estabelece a necessidade dos estados membros criarem medidas que garantam a eficácia<sup>(38)</sup> da perda alargada de bens. A construção que

---

(38) Basta atentarmos ao disposto ao ponto 21 da exposição de motivos e ao art. 7.º da referida diretiva para que se possa concluir pelo que acabamos de expor. De onde consta: “Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento

Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues faziam da expressão do legislador “... a todo o tempo...” da antiga redação, acabou por ter acolhimento legal não por força dessa expressão, mas com a referência “... se necessário ainda antes da própria liquidação...”. Para os referidos autores, a possibilidade do arresto puder ser requerida a todo o tempo pelo MP, significava que o arresto podia ser decretado sem a competente liquidação demonstradora da referida incongruência<sup>(39)</sup>. A nova lei veio a dar-lhes razão, apesar de não sustentada na execução lata desta providência cautelar.

Assim, e em conclusão, a nova redação do art. 2.º do art. 10.º da lei 5/2002, permite que o arresto preventivo possa ser decretado sem a efetiva liquidação, mas sustentada, cumulativamente, na existência de fortes indícios de um dos crimes do catálogo, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao contrário do arresto requerido após a liquidação —, necessariamente após a acusação conforme determina o n.º 1 do art. 8.º —, pois, os fortes indícios afastam a necessidade do fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais pois, com a fixação do objeto do processo os factos deles constantes encontram-se suficientemente indicia-dos, sendo, portanto, mais provável a condenação do que a absolvição. Realce-se ainda que, na primeira hipótese pode não haver liquidação mas, tem de estar apurado o montante da incongruência, sob pena de o arresto preventivo ser mais uma medida vestida de combate à criminalidade

---

criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso.” E o art. 7.º:

“1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir o congelamento de bens, tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente. Tais medidas, que devem ser impostas pela autoridade competente, incluem uma atuação urgente quando necessário para preservar os bens.

2. Os bens na posse de terceiros, conforme referido no art. 6.º, podem ser sujeitos a medidas de congelamento para efeitos de uma eventual decisão de perda subsequente”.

Contudo, e paralelamente, a diretiva promove que se garanta um efetivo direito ao contraditório dos visados pelas referidas medidas quer sejam o próprio arguido ou terceiros. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>>.

<sup>(39)</sup> RODRIGUES, HÉLIO & RODRIGUES, CARLOS, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira — Viagens pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 100.

organizada mas que em rigor é uma medida de direito penal e processual penal do *inimigo*.

Por fim importa ainda dar nota da posição de Hélio Rodrigues, quando defende que o decretamento do arresto preventivo pode ser realizado sem a prévia constituição de arguido. Segundo este autor, a autonomia entre esta medida e o processo penal implica uma derrogação das normas adjetivas que determinam a obrigatoriedade de constituição prévia de arguido, a aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial. Ou seja, atendendo à diferente natureza deste arresto preventivo com a medida cautelar tipificada no CPP, e ainda as apreensões, por se aplicar no âmbito da criminalidade organizada, defende que não é obrigatório o cumprimento do princípio do subjetivo. Conforme refere: “(...) ao contrário do que ocorre com todas as medidas de coacção e de garantia patrimonial, o arresto preventivo não exige qualquer intervenção pessoal do titular dos bens afectados, uma vez que esta se dirige exclusivamente contra determinada parcela do património, que como vimos pode pertencer ou não a alguém comprometido com a prática de um facto ilícito típico. O arresto preventivo persegue precisamente o mesmo objectivo almejado com confisco, embora actue num momento prévio e com finalidade preventiva de garantia. Com o arresto e com o confisco que lhe seguirá não se castiga qualquer pessoa por via de um comportamento antijurídico, mas garante-se, unicamente, que é corrigida a situação patrimonial ilícita criada pela prática do crime”<sup>(40)</sup>.

Concluindo, por força da referida argumentação não carece de existir arguido aquando do decretamento do arresto preventivo. Apesar de tal entendimento comportar algumas dúvidas quanto á sua legitimidade, certo é que a já referida lei de 2017, acabou por dar cobertura legal ao referido entendimento. Todavia, importa dar nota das dúvidas que tal alteração legislativa determinou. O art. 58.º b) e a) do CPP determina a constituição obrigatória de arguido. A própria alínea a), como uma forma de constituição obrigatória ou *ope legis* de arguido, deve ser interpretada num sentido mais lato do que resulta do texto legal, pois, em bom rigor, não importa se o suspeito preste ou não declarações, a sua constituição como arguido é obrigatória porque tem o primeiro contacto efetivo com o processo.

---

(40) RODRIGUES, HÉLIO, A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser- Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-10-2015, proferido no processo 324/, Julgar Online, 2015, p. 29. <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-e-constituic%CC%A7a%CC%83o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf>>.

Melhor, o legislador demonstra com esta disposição legal que pretende proteger o suspeito quando se apliquem medidas processuais que possam afetar os seus direitos fundamentais (incluindo o seu direito de propriedade sobre o seu património) e protege-o com a sua constituição como arguido. Ora se para ser decretado o arresto, têm de existir fundadas suspeitas de que aquele agente praticou um dos crimes do catálogo, ele terá de ser previamente constituído como arguido, essa é uma imposição legal com assento constitucional pois o arguido é um sujeito e não um objeto do processo. Mas como demos nota não é esse, hoje, o regime legal, por força do disposto no n.º 3 do art. 192.º do CPP, que se aplica ao arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do estado, nos termos do n.º 4 do art. 10.º da lei 5/2002, de 11 de janeiro, com a redação que lhe foi conferida pela lei 30/2017, de 31 de maio.

Só uma última adenda. Repare-se que esta *providência cautelar* não é a única do processo penal, existem ainda outras muito mais graves para os direitos fundamentais do arguido, em especial a sua liberdade física. Referimo-nos às medidas de coação, em concreto, à prisão preventiva que se aplica, por regra, na fase de investigação, a um arguido que se presume inocente e não é, por isso, inconstitucional. Na árdua tarefa de compatibilização dos interesses conflitantes do processo penal, a descoberta da verdade material e a paz e tranquilidade públicas prevalecem perante os direitos, liberdade e garantias do arguido. No arresto preventivo, funcionando nos moldes de uma verdadeira providência cautelar, prevalece a necessidade de se transmitir ao arguido e à comunidade que o crime não compensa, colocando-o na mesma situação patrimonial que se encontrava antes da prática do crime, ou garantindo tal facto com o arresto, perante a proibição da existência de ónus da prova por parte do arguido que, tal como já referimos, nem será um verdadeiro ónus probatório, mas o exercício do contraditório (se as autoridades judiciais não se deixarem suportar apenas na presunção estabelecida na lei, mas demonstrando a existência de uma incongruência patrimonial), apesar de, como refere Pedro Caeiro: “o crime, por definição, *compensa* mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística”<sup>(41)</sup>.

---

(41) CAEIRO, PEDRO, Sentido e função..., p. 274.

## 5. O Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA)

Uma pequena e última referência ao Gabinete de Recuperação de Ativos (doravante GRA) que foi instituído com a Lei 45/2011, de 24 de junho, criado na dependência da Polícia Judiciária e com funções semelhantes a este OPC, em especial a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional, assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de ativos criados por outros Estados<sup>(42)</sup>. É, portanto, um órgão de investigação criminal a quem incumbe a concretização dos instrumentos adjetivos e substantivos que pressupõem a perda de bens ou vantagens pela prática de um crime em investigação, independentemente da sua terminologia ou sede normativa. É o GRA, composto por elemento da polícia judiciária, da autoridade tributária, dos registos e notariado, e da direção das alfândegas e impostos especiais para consumo, quem concretizará no campo o arresto preventivo com vista à perda alargada dos bens a favor do Estado, e demais mecanismos com natureza cautelar à identificação e apreensão de todos os resultados criminosos. Pode o GRA aceder à base de dados dessas entidades bem como do Banco de Portugal e demais instituições de onde se conseguirá determinar a titularidade do património das pessoas. A gestão de tais bens apreendidos ou considerados perdidos a favor do Estado, de forma geral, incumbe ao Gabinete de Administração de Bens (doravante GAB), o qual determinará o destino a atribuir aos referidos bens<sup>(43)</sup>. Restará saber quem controla ou domina estes tão vastos e importantes poderes. É a liquidação realizada pelo GRA e executada pelo MP, tal como referimos, que vai determinar a amplitude do arresto e da correspondente perda alargada, consistindo em o seu objeto e limite.

---

<sup>(42)</sup> Assim, determinando o seu art. 3.º com a epígrafe Missão.

<sup>(43)</sup> Conforme dispõe o art. 10.º da lei 45/2011.

### Administração de bens

- 1 — A administração dos bens apreendidos ou recuperados, no âmbito de processos nacionais ou de actos de cooperação judiciária internacional, é assegurada por um gabinete do Instituto de Gestão Financeira e de Infra-Estruturas da Justiça, I. P. (IGFIJ, I. P.), designado Gabinete de Administração de Bens (GAB).
- 2 — Compete ao conselho directivo do IGFIJ, I. P., a prática de todos os actos de administração e gestão do GAB.
- 3 — No exercício dos seus poderes de administração compete ao GAB:
  - a) Proteger, conservar e gerir os bens recuperados ou à guarda do Estado;
  - b) Determinar a venda, a afectação ao serviço público ou a destruição dos bens mencionados na alínea anterior, desde que salvaguardado o cumprimento da regulamentação comunitária aplicável;
  - c) Exercer as demais competências que lhe sejam legalmente atribuídas.

## Conclusão

A nova sociedade sem fronteiras, onde o conhecimento e a informação estão à distância de um *click*, associados a uma evolução tecnológica e informacional rápida e incontrolável, oferece as melhores condições para o cometimento de crimes catalogados como criminalidade organizada. E, conseqüentemente, acrescidas dificuldades no que respeita à sua prevenção e repressão.

De modo a colmatar as referidas dificuldades são criados vários instrumentos, onde a lei de combate à criminalidade organizada tem uma posição de destaque.

Lei eclética que consagra um novo meio de obtenção de prova, regras especiais no que concerne ao levantamento de segredo profissional e um regime muito *sui generis* de perda de bens a favor do estado.

De modo a garantir a velha máxima de que o *crime não compensa* e como os seus crimes de catálogo visam exatamente uma larga compensação material com as sua prática, a lei 5/2002, de 11 de janeiro consagra um regime cuja natureza é discutido na doutrina e jurisprudência nacionais.

Desde lhe atribuírem natureza de uma pena, a natureza semelhante a uma medida de segurança, até à natureza de medida próxima de direito sancionatório administrativo. Tal dificuldade de enquadramento legal, advém do facto do regime da perda alargada a favor do estado, determinar uma presunção legal de proveniência ilícita, no que concerne à determinação do montante da incongruência patrimonial, que incumbe ao arguido ilidir.

O Tribunal Constitucional já veio pronunciar-se sobre a referida violação dos princípios constitucionais, em especial a presunção de inocência, estabelecendo que tal regime probatório não é desconforme à Constituição. Desde que se preencham certos pressupostos: existência de um ato de liquidação; o exercício do contraditório e o facto de ser um procedimento autónomo do processo penal.

Entendemos, contudo que tais pressupostos essenciais e determinantes na conformidade constitucional, apenas se verificam quanto à concretização da efetiva perda alargada com base na existência de um juízo de culpa formado aquando da decisão condenatória. No arresto preventivo tais garantias são muito menores principalmente por se encontrar ainda, por regra, na fase investigatória e poder afetar o património de terceiro.

No nosso entendimento o arresto preventivo, com vista à perda alargada de bens a favor do Estado é uma medida premente face à nova criminalidade, que de forma exponencial visa a obtenção do lucro, contudo carece de ser determinada a sua concretização com muita cautela.

Não pode a sua aplicabilidade ser sustentada apenas com base em presunções que o arguido careça de ilidir. Tem de existir suporte probatório suficiente da proveniência ilícita dessas vantagens e proveitos, bem como a sua determinação, cabendo ao arguido, no âmbito do exercício do contraditório, impugnar tais fontes probatórias ou convicções. As autoridades judiciais não podem limitar a decretação do arresto, em especial, e da perda alargada, em geral, à presunção que resulta da lei. Se tal se verificar, este instituto, que tem um fundamento comunitário legitimador, acaba por ser apenas e tão só persecutório ou de expiação e, por tal, ilegítimo e ilegal.

## Bibliografia

- ALMEIDA, CARLOS RODRIGUES, O registo de voz e de imagem — notas ao art. 6.º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. In C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 107-117). Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CAEIRO, PEDRO, Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos do confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In Dias, F. (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2011 pp. 267-231.
- CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal*. Porto, Quid Iuris, 2009.
- \_\_\_\_\_, A relevância probatória das gravações realizadas por particulares. In *Em Lusitana Direito* (pp. 137-152), 2015, Lisboa.
- CORREIA, JOÃO CONDE, (Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? In Dias, F. (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. 25, pp. 505-543), Coimbra, IDPEE, 2015.
- \_\_\_\_\_, *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012.
- CUNHA, DAMIÃO, Perda de bens a favor do Estado — Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro. Em C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 118-140.
- DÁ MESQUITA, PAULO, Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal. In M. M. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal* (pp. 60-80). Lisboa: Almedina.
- DIAS, AUGUSTO SILVA, Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito. In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 24-47.
- DUARTE, ANA PAULA, *O Combate aos Lucros do Crime — O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do art. 7.º e suas implicações*, Porto, 2013, pp 8-21.
- GODINHO, JORGE, (Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, arts. 1.º e 7.º a 12.º). In C. Andrade, F. Costa, A. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredos Dias* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1315-1364. <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-e-consituic%CC%A7a%CC%83o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf>>.
- MONTE, MÁRIO, O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira — Lei N.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 79-106), Coimbra editora, 2004, Coimbra.
- RODRIGUES, HÉLIO & RODRIGUES, CARLOS, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira — Viagens pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

- RODRIGUES, HÉLIO RIGOR, & CORREIA, JOÃO CONDE, O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários. (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1). *Julgar Online* 2017, p. 13.
- , *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GAcbc. gl.* de *Julgar Online*, 2015 <file:///C:/Users/ana.raquel/Downloads/Artigo-JULGAR-Anota%C3%A7%C3%A3o-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-TRG-Pedido-de-Indeminiza%C3%A7%C3%A3o-Civil-e-Confisco.pdf>.
- RODRIGUES, HÉLIO, A constituição de arguido enquanto formalidade (in)exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser- Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-10-2015, proferido no processo 324/, *Julgar Online*, 2015, pp. 29- 43.
- SILVA, GERMANO MARQUES, Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In *Lusíada. Direito*, Vol. n.º 3, Fundação Minerva, 2005, pp. 69-81.



# JUÍZO(S) DE PROPORCIONALIDADE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL(\*)

Por Ana Raquel Gonçalves Moniz(\*\*)

SUMÁRIO:

**1. Introdução. 2. Os juízos de proporcionalidade desenvolvidos pela Justiça Constitucional. 2.1.** Juízo(s) de proporcionalidade e funções do princípio: reflexão cruzada. **2.2.** Tipologia(s) dos juízos. *2.2.1.* Questão prévia: testes, dimensões normativas ou juízos?. *2.2.2.* Em especial, o(s) juízo(s) de proporcionalidade na ótica do Tribunal Constitucional português. **3. Limites ao princípio da proporcionalidade: justiça e separação de poderes. 4. Princípio da proporcionalidade e Justiça Constitucional global: os novos horizontes da Justiça Constitucional. 5. Reflexões finais**

## 1. Introdução

Independentemente da densificação conferida ao princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso<sup>(1)</sup>, este último corres-

---

(\*) O presente texto teve, na sua origem, a conferência proferida pela Autora no *XIII Encontro de Professores de Direito Público*, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 24 de janeiro de 2020.

(\*\*) Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) A doutrina nacional não é, todavia, unânime quanto à equivalência entre ambas as expressões. Preferindo a designação de princípio da proibição do excesso, na senda da proposta de LERCHE (*Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers and die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1961), v. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 103. Considerando, porém, mais adequada a referência ao princípio da proporcionalidade, v. VITALINO CANAS, «Proporcionalidade (Princípio da)», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, s.n., Lisboa, 1994, p. 595;

ponde a uma exigência axiológica da ideia de um Estado de direito<sup>(2)</sup>, vinculando, enquanto tal, toda a ação jurídico-pública (sem distinção da função estadual em causa)<sup>(3)</sup>. As suas refrações não se circunscrevem, além disso, ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo nacionais, mas espriam-se pelo Direito Público comparado, atingindo o Direito Internacional<sup>(4)</sup> ou o Direito da União Europeia, assim como ramos jurídico-dogmáticos mais recentes, como o Direito do Investimento<sup>(5)</sup>.

O conteúdo do princípio da proporcionalidade continua a desvelar dissensos e a reinventar-se, em resultado das diversas incursões teórico-dogmáticas e dos influxos emergentes da prática jurisprudencial (*rectius*, das práticas jurisprudenciais) que, no contexto de um diálogo judicial global, se vão interpenetrando reciprocamente. Além disso, o respetivo entendimento depende do seu cruzamento com um conjunto de outras dimensões normativas, como sucede, por excelência, com o princípio da separação de poderes ou com o alcance das garantias oferecidas pelos direitos fundamentais<sup>(6)</sup>.

---

cf., porém, a posição adotada em VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 45 e ss.

(2) Assim, entre nós, GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 266 e ss.) integra-o no elenco dos subprincípios concretizadores do princípio do Estado de direito; MARIA LÚCIA AMARAL (*A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 187) apresenta, como *sedes materiae* do princípio, o artigo 2.º da CRP; PAULO OTERO (*Direito Constitucional Português*, Vol. I — Identidade Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 76 e 92) identifica-o como uma das dimensões dos postulados estruturantes do Estado de direito material ou como um dos corolários axiológicos de um Estado de direito; BACELAR GOUVEIA (*Manual de Direito Constitucional*, 6.ª ed., Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, p. 823) integra a proporcionalidade no âmbito do princípio do Estado de direito, mas observa que esta não constitui “mais uma” dimensão material do mesmo, assumindo um valor próprio; REIS NOVAIS (*Princípios...*, *cit.*, p. 96) considera-o como decorrendo naturalmente do Estado de direito. Cf., porém, a visão abrangente de JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 302), considerando-o conatural à ideia de direito, ou a proposta alternativa (de pendor mais sincrético) de VITALINO CANAS, *O Princípio...*, *cit.*, p. 374 e ss.

(3) Refletindo sobre este aspeto de uma perspetiva analítica, cf. CARLA AMADO GOMES/DINAMENE DE FREITAS, «Portugal — En Contredisant Machiavel: Le Principe de Proportionnalité et la Légitimation de l’Action Publique», in: *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, n.º 25, 2009, p. 320 e ss.

(4) Cf., v. g., VRANES, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen», in: *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 47, 2009, p. 1 e ss.

(5) Cf., v. g., VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Elgar, Cheltenham, 2018 (não obliterando o relevo que a “migração de ideias constitucionais” envolve para o desenvolvimento do direito do investimento, sobretudo quando se trata, como sucede com a proporcionalidade, de conceitos que representam princípios jurídicos).

(6) V. também BARAK, «Proportionality», in: ROSENFELD/SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 739.

Em geral, afirma-se que o princípio da proporcionalidade relaciona meios e fins, visando responder ao problema de saber se, depois de aferida a legitimidade dos últimos, a sua consecução se pode alcançar através das medidas selecionadas, que hão de ser idóneas e exigíveis, causando mais benefícios que prejuízos. Quer dizer, o teste da adequação ou da aptidão<sup>(7)</sup>, postulando um juízo *ex ante* de prognose causal<sup>(8)</sup> (essencialmente — mas não só — de natureza empírica)<sup>(9)</sup>, a repetir, *a posteriori* pelo julgador, exige que a medida se revele um mecanismo idóneo para a satisfação da finalidade dada. A referência à vertente da necessidade (ou indispensabilidade)<sup>(10)</sup> permite acentuar que, no confronto com outros meios igualmente adequados, a medida deve constituir o instrumento menos lesivo ou menos intrusivo. A proporcionalidade em sentido estrito constitui o momento azado para a ponderação custos-benefícios (a *Abwägung* do direito alemão<sup>(11)</sup>, o *bilan coût-avantages* decantado pela jurisprudência francesa<sup>(12)</sup> ou a *cost-benefit analysis* pressuposta pela jurisprudência norte-americana)<sup>(13)</sup> e aponta no sentido do equilíbrio, da racionalidade<sup>(14)</sup> e da razoa-

(7) Cf. REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 97, considerando mais apropriada a referência a aptidão que a adequação, por mais fielmente traduzir a ideia de *Geegneheit*.

(8) HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, p. 51.

(9) KUMM, «Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», in: PAWLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Hart Publishing, Portland, 2007, p. 138.

(10) Aludindo ao princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, cf. REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., pp. 110 e ss. V. também PHILIPPE, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administratives Françaises*, Economica, Paris, 1990, p. 188.

(11) Cf., v. g., HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, cit., pp. 77 e ss., 83 e ss. (cotejando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio da ponderação de bens ou interesses), p. 101 e ss.

(12) Sobre a *théorie du bilan*, cf., v. g., PHILIPPE, *Le Contrôle...*, cit., p. 179 e ss. Recorde-se que a primeira formulação desta doutrina — que surge como um «controlo da ausência de desproporção» — remonta ao *Arrêt du Conseil d'Etat* «Ville Nouvelle Est», de 28.05.1971 (in: *L'Actualité Juridique — Droit Administratif*, 1971, p. 420 e s.), onde, a propósito de um empreendimento urbanístico cuja realização pressupunha a expropriação e a demolição de cerca de uma centena de casas de habitação, o Tribunal declarou que “uma operação não pode ser legalmente declarada de utilidade pública senão quando os atentados à propriedade privada, o custo financeiro e, eventualmente, os inconvenientes de ordem social que ela comporta não sejam excessivos relativamente ao interesse que apresenta” (cf. p. 421; em consonância com as conclusões do *Commissaire du Gouvernement* Guy Braibant, que defendeu que a utilidade pública deverá ser apreciada tendo em conta o resultado — positivo ou negativo — do balanço das vantagens e inconvenientes da operação).

(13) Cf., v. g., STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *Constitutional Law*, 8.<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer, New York, 2018, p. 260 e ss.

(14) Sem prejuízo das diferenças que intercedem entre racionalidade e proporcionalidade (*i.e.*, entre um meio escolhido em função de critérios objetivos, não arbitrários, e um meio proporcional), como já acentua DULCE LOPES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário: Uma Perspectiva de Controlo*, polic., Coimbra, 2003, p. 14 e ss.

bilidade<sup>(15)</sup> (*reasonableness, ragionevolezza, Zumutbarkeit*) da medida proposta, atentas as consequências que produz<sup>(16)</sup>. A ponderação custos-benefícios pretende, numa perspetiva positiva, sopesar as vantagens (para a consecução do fim) e as desvantagens implicadas pela medida, com a consequência de que quanto maiores forem os sacrifícios causados por esta, maior importância devem assumir os benefícios para a satisfação da finalidade<sup>(17)</sup>; e, numa ótica negativa, o princípio apela à regra segundo a qual, em situações de incerteza, deve o decisor escolher a alternativa cuja pior consequência seja superior às piores consequências das restantes<sup>(18)</sup>; ou, por fim, considerando uma perspetiva alternativa, o princípio pressupõe uma ponderação entre a importância do benefício social atingido pela consecução do fim subjacente à medida (satisfação do interesse público ou garantia de outro direito fundamental) e a importância social que existiria se se não restringisse o direito fundamental, num juízo que se propõe avaliar o estado desses benefícios antes e depois da restrição, comparando os respetivos efeitos marginais<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Associando já proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade, cf. PITSCHAS, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2.ª ed., Vol. II, Beck, München, 2012, p. 1748.

<sup>(16)</sup> Como decorre do texto, a ponderação custos-benefícios pressuposta pelo princípio da proporcionalidade reveste uma natureza normativa e não económica. São, aliás, sobejamente conhecidas as insuficiências que uma estrita análise económica custos-benefícios implica no contexto mais global da limitação da atividade do poder público, desde logo, por não permitir abranger considerações insuscetíveis de mensuração monetizável — aspeto que se torna mais evidente no campo dos direitos fundamentais. E esta observação mantém-se, ainda quando se procuram construir formas de medir valores como a vida humana: cf., v. g., SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 132 e ss., exemplificando com a circunstância de, em algumas análises custos-benefícios, se quantificarem monetariamente as vidas humanas com propósitos estatísticos.

<sup>(17)</sup> A formulação adotada do teste da proporcionalidade em sentido estrito numa vertente positiva aproxima-se propositadamente da *law of balancing*, decantada por ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 102: “the greater the degree of non-satisfaction or limitation of one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”.

<sup>(18)</sup> Cf., v. g., RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Editorial Presença, Lisboa, 1993, p. 132 e ss., a propósito da «regra *maximin*» (no sentido de *maximum minimorum*), que determina “[a ordenação d]as alternativas em função das piores de entre as respectivas consequências possíveis: devemos adotar a alternativa cuja pior consequência seja superior a cada uma das piores consequências das outras” (*op. cit.*, p. 132).

<sup>(19)</sup> BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 745, e *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 350 e ss.. Salientando, entre nós, a importância do confronto entre os efeitos marginais (“incrementos marginais do benefício e do prejuízo de duas medidas alternativas”), v. REIS NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, p. 134 e ss. (numa perspetiva que remonta a 2003 — cf., em especial, p. 135, n. 4, e bibliografia aí citada). V. ainda VITALINO CANAS, *O Princípio...*, *cit.*, p. 796 e ss.

As nuvens adensam-se em virtude de os “testes” da proporcionalidade enunciados não só exigirem a realização de raciocínios normativos e ponderações muitíssimo complexos (que, com facilidade, resvalam do âmbito jurídico para o domínio da oportunidade política), como também se revelarem mutáveis no âmbito da resolução dos diversos problemas que a prática juspublicística vem enfrentando. Sobretudo se considerarmos que a construção (mais especificamente jurídico-constitucional) da proporcionalidade envolvendo vários juízos apresenta uma matriz essencialmente pretoriana<sup>(20)</sup>, não surpreenderá que o juiz constitucional (*lato sensu*) se veja hoje confrontado com a necessidade de retematizar tal princípio, num cenário cada vez mais vasto de Justiça Constitucional global (ou *global judicial review*).

## 2. Os juízos de proporcionalidade desenvolvidos pela Justiça Constitucional

O facto de circunscrevermos esta apreciação aos juízos de proporcionalidade desenvolvidos pela Justiça Constitucional não significa uma restrição ao âmbito de ação do princípio, no que tange ao controlo da sua observância pelos diversos poderes estaduais. Mesmo que se reconduza a Justiça Constitucional enquanto realização jurídica da Constituição<sup>(21)</sup> ao

---

<sup>(20)</sup> É clássica (mas também justa) a sua recondução, na configuração comumente seguida, à jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que haveria culminado na célebre *Apothekenurteil*, de 1958 («BVerfG, 11. 6. 1958 — 1 BvR 596/56: Niederlassungsfreiheit für Apotheker», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 28, 1958, p. 1035 e ss.). Relevância análoga (sobretudo sob a ótica da ponderação) reveste o Acórdão Lüth (também de 1958), o qual, partindo da conceção da *Grundgesetz* como expressão da *Wertordnung*, considerará que o sistema jurídico-privatístico se deverá interpretar à luz da Constituição (e dos direitos constitucionalmente consagrados) — a impor aos juízes dos tribunais civis/comuns uma metódica de ponderação entre direitos e interesses (in: *BVerGE*, Vol. 7, 1958, p. 198 e ss.; sobre este problema, precisamente sob a ótica da ponderação, SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 18 e ss.). Sobre a jurisprudência alemã nesta matéria, cf., por todos, SCHLINK, *Abwägung...*, *cit.*, p. 49 e ss. Todavia, como se sabe, as referências à proporcionalidade mergulham mais longe na História (doutrinal e jurisprudencial): cf., v. g., LERCHE, *Übermass...*, *cit.*, p. 24 e ss.; BARAK, *Proportionality...*, *cit.*, p. 209 e ss.; STONE SWEET/MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitution», in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, p. 98 e ss.

<sup>(21)</sup> Em sentido amplo, a Justiça Constitucional pode caracterizar-se como a realização da Constituição pelos tribunais, enquanto mobilizam os princípios e as normas constitucionais para a resolução de questões jurídico-constitucionais. Eis-nos, pois, diante de um conceito dotado de um vetor *objetivo*, por sua vez, (dogmático-explicativamente) dividido em duas dimensões — a *realização* da Constituição para a resolução de *questões jurídico-constitucionais* —, e de um vetor *subjetivo*, o

seu núcleo essencial — correspondente à fiscalização da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos infraconstitucionais, efetuada por órgão(s) de natureza jurisdicional —, encontra-se aqui envolvida a apreciação de atuações não apenas de natureza legislativa, mas também administrativa (e, eventualmente — dependendo dos concretos mecanismos de Justiça Constitucional vigentes em cada ordenamento — de índole jurisdicional).

### 2.1. Juízo(s) de proporcionalidade e funções do princípio: reflexão cruzada

A compreensão do(s) juízo(s) inerentes ao princípio da proporcionalidade postula uma indagação prévia sobre as funções por aquelas desempenhadas. Neste contexto, torna-se possível atribuir um duplo papel ao princípio em análise: por um lado, a sua perspetivação como *cânone de interpretação*, contribuindo para a concretização quer dos preceitos constitucionais (em especial, os atinentes aos direitos), quer das normas infraconstitucionais; por outro lado, a respetiva configuração como *limite* à atuação jurídico-pública, caracterizando-o como um *parâmetro de validade* e um *padrão de controlo* desta última (a convocar, sobretudo, quando está em causa a restrição de direitos fundamentais)<sup>(22)</sup>.

Assim, e enquanto cânone interpretativo, a ideia de proporcionalidade determina que o sentido conferido à norma constitucional seja adequado e razoável em face dos fundamentos que lhe estão subjacentes, e que a sua mobilização para a resolução dos casos contribua para a realização desses mesmos fundamentos. Tal significa, pois, que o princípio da

---

qual pressupõe que esta tarefa se encontre cometida a *tribunais*. Sobre a Justiça Constitucional como realização jurídica da Constituição, v. os nossos trabalhos «O Problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional: *Ratio e Voluntas, Synépeia e Epieikeia?*», in: *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 268 e ss., e em *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 138 e ss.

<sup>(22)</sup> Salientando a “vertente metodológica” (*methodological aspect*) do princípio da proporcionalidade, BARAK (*Proportionality...*, p. 3 e s., 7 e s., 72 e ss.) distingue a diferente operatividade do princípio da proporcionalidade como cânone da interpretação (dirigido à determinação do âmbito dos direitos — *interpretative balancing*) e enquanto limite da restrição aos direitos (destinado a avaliar as possibilidades e as razões dessa restrição — *constitutional balancing*). Aludindo também à proporcionalidade como princípio interpretativo (no cenário do direito internacional e do direito europeu), cf. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2001, p. 186 e ss.

proporcionalidade acaba por traçar os limites (externos) do âmbito da proteção das normas constitucionais<sup>(23)</sup>. Neste sentido, o princípio aproxima-se (complementando-a) da interpretação em conformidade com os princípios e abeira-se do alcance que, em geral, conferimos à sinéptica e ao problema do relevo do resultado da decisão<sup>(24)</sup>. A proporcionalidade visa, nessa aceção, assegurar a consonância prático-normativa entre o sentido da norma (constitucional) e a sua axiologia predicativa — aspeto que assume maior importância em normas dotadas da abertura normativa e da espessura jurídico-constitucional característica das normas atinentes aos direitos fundamentais.

Mas o princípio da proporcionalidade também se encontra na base do cânone da interpretação conforme à Constituição, possuindo, assim, impacto no desenvolvimento da tarefa interpretativa das normas infraconstitucionais. Como se sabe, tal cânone assenta não só no princípio da unidade da ordem jurídica<sup>(25)</sup>, como em princípios especificamente hermenêuticos, como sucede com o princípio da unidade da interpretação do sistema jurídico — a pressupor a procura e a escolha do sentido que não se revele incompatível com a Constituição. A estes associam-se igualmente princípios que relevam, em especial, da teoria da inconstitucionalidade, como é o caso do princípio do aproveitamento dos atos jurídico-públicos ou da conservação das normas, e, sobretudo, do princípio da proporcionalidade — a impor que a sanção da inconstitucionalidade (e a declaração de nulidade da norma a ela inerente) funcionem como expedientes de *ultima*

---

(23) KUMM, «Political Liberalism...», *cit.*, p. 132. Esta dimensão revela-se especialmente importante, sob pena de o âmbito conferido a determinados direitos se tornar incontrolável: mobilizando um exemplo também avançado pelo Autor (*op. cit.*, pp. 141 e 150), embora a outro propósito, e retirado da jurisprudência constitucional alemã, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ter um alcance tal que compreenda o direito a montar a cavalo nas florestas públicas, o direito a alimentar pombos nas praças públicas, o direito a fumar “*marijuana*” ou o direito a introduzir determinada raça de cães no país; concebendo a proporcionalidade como cânone interpretativo, o conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade há de envolver todas — *mas apenas* — as faculdades exigidas pelos fundamentos que o predicam (a “garantia das condições de uma individualidade autónoma e livre”, incluindo a proteção geral da personalidade e de um direito geral de personalidade, bem como o reconhecimento de uma liberdade geral de ação — assim, PAULO MOTA PINTO, «O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 164; note-se que o Autor, refletindo sobre os limites a este direito, não deixa de assinalar a relevância do princípio da proporcionalidade — *op. cit.*, p. 223 e ss.

(24) Cf., sobre esta matéria, as considerações que tecemos em «O Problema...», *cit.*, p. 280 e ss., e em *Os Direitos...*, *cit.*, p. 169 e ss.

(25) HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 72.

*ratio*, incidindo apenas sobre atos cuja constitucionalidade falhada se revele impossível de salvar<sup>(26)</sup>.

Embora não se possa apartar totalmente da dimensão anterior<sup>(27)</sup>, o campo privilegiado da atuação da proporcionalidade respeita, porém, à apreciação da validade dos atos dos poderes públicos, em especial, das medidas que restringem os direitos com o propósito de salvaguardar outros bens jurídicos fundamentais. E é no horizonte desta dimensão que emergem as questões relacionadas com a identificação do(s) juízo(s) de proporcionalidade — desde logo, em virtude da circunstância de o funcionamento do princípio se não revelar independente da função (negativa ou positiva, defensiva ou protetiva) das normas que consagram os direitos em causa<sup>(28)</sup>.

## 2.2. Tipologia(s) dos juízos

As dificuldades inerentes à mobilização do princípio da proporcionalidade pelo juiz constitucional conduziram à respetiva densificação através de um conjunto de subprincípios (já enunciados *supra* — cf. 1.). Como decorre das considerações introdutórias, uma tal densificação visou especificar as exigências de sentido da relação meio-fim demandada pelo cumprimento da axiologia subjacente ao princípio ora em análise. Embora, neste horizonte, a proporcionalidade se encontre tradicionalmente<sup>(29)</sup> associada ao designado “triplo teste” (o qual pressupõe a avaliação lógica-

---

<sup>(26)</sup> Em sentido próximo, BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 885 e s. *V.* também GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *cit.*, p. 1226; RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 406.

<sup>(27)</sup> A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia demonstra esta interligação entre ambas as dimensões do princípio da proporcionalidade, na medida em que enquadra as restrições (sujeitas ao princípio da proporcionalidade num preceito (o art. 52.º) dedicado ao “âmbito e interpretação dos direitos”.

<sup>(28)</sup> BARAK («Proportionality», *cit.*, p. 742; cf. também *Proportionality...*, *cit.*, p. 27 e ss.) salienta precisamente esta dimensão, apontando no sentido de que, enquanto nos direitos de natureza negativa, o princípio da proporcionalidade se dirige a avaliar se a restrição efetuada por lei ao âmbito de proteção do direito é proporcional, nos direitos positivos, está em causa aquilatar se a sua não satisfação integral é proporcional. Sobre as funções defensiva e protetiva da consagração de direitos, *v.*, por todos, GRIMM, «The Protective Function of the State», in: NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 137 e ss.

<sup>(29)</sup> Mas não necessariamente: pense-se, desde logo, na obra seminal de LERCHE, *Übermass...*, *cit.*, *passim*, esp.<sup>ic</sup> p. 19, p. 162 e ss., onde a proibição do excesso se encontra densificada pelo princípio da exigibilidade (*Erfordlichkeit* ou *Notwendigkeit*) e pelo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*).

mente sucessiva da idoneidade, necessidade e da ponderação custos-benefícios), permanece, desde logo, controvertida a qualificação normativa atribuída a cada uma destas dimensões. Ademais, a experiência jurisprudencial nesta matéria (e, em particular, também a do Tribunal Constitucional português) vem demonstrando não só as diferenças intencionais inerentes à pluridimensionalidade do princípio da proporcionalidade, como uma certa tendência evolutiva, que tende a conexioná-lo, em certos momentos (mesmo que nem sempre da forma prático-normativamente mais lograda), com outros princípios, como sucede, por excelência, com a razoabilidade, mas também com a proteção da confiança e a igualdade — a pressupor um confronto entre juízos de índole e conteúdo diversos.

### 2.2.1. Questão prévia: testes, dimensões normativas ou juízos?

A cisão do princípio da proporcionalidade em vários testes (em regra, três) não reúne o consenso, nem mesmo da doutrina nacional<sup>(30)</sup> — embora corresponda à posição mais tradicional<sup>(31)</sup> e seguida pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional.

A densidade do princípio da proporcionalidade demanda inelutavelmente uma concretização do seu conteúdo. É neste sentido que se pode aludir às respetivas dimensões normativas, *i. e.*, precipitações das diversas exigências axiológicas subjacentes à proibição do excesso, tomada como subprincípio do princípio do Estado de direito, as quais podem surgir analiticamente divididas ou decompostas com o objetivo de orientar o intérprete. Tais dimensões normativas reclamam que o juiz constitucional, na sua tarefa de realização jurídica da Constituição, realize um conjunto de *juízos* destinados a aferir do cumprimento daquelas exigências. Recorde-se que, na proposta de Castanheira Neves<sup>(32)</sup>, o juízo traduz a “manifesta-

---

<sup>(30)</sup> Cf., por excelência, REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, *cit.*, p. 97 e ss. (e, num epítome, pp. 98 e s.), que considera simplista e errada a recondução do princípio da proibição do excesso aos três testes tradicionais, preferindo compreender o seu conteúdo em duas dimensões (razoabilidade e proporcionalidade).

<sup>(31)</sup> *V.*, por último, e com revisão da doutrina nacional, VITALINO CANAS (*O Princípio...*, *cit.*, p. 46 e ss.), que opta pela ideia dos segmentos para aludir à decomposição estrutural do princípio da proibição do excesso, sem prejuízo de aderir à perspetiva maioritária.

<sup>(32)</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, *Studia Iuridica* 1, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 153. Cf. também FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Metodologia do Direito*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p. 102.

ção específica da intenção jurídica enquanto tal”. Transpondo agora para o problema que nos ocupa, *o juízo* representa o resultado de um processo reflexivo que se encontra cometido ao intérprete (*in casu*, ao juiz constitucional) para que possa *decidir* se uma determinada medida estadual se revela excessivamente intrusiva, considerando os direitos, bens ou valores que visa proteger, tendo em conta quer (a eventual existência de) outras medidas suscetíveis de alcançar a finalidade, quer o(s) impacto(s) que aquela primeira possui na esfera jurídica dos cidadãos<sup>(33)</sup> e, consequentemente, os modos (positivo e negativo) como atinge os fundamentos do Estado de direito.

Não nos parece, porém, de recusar liminarmente que tal processo reflexivo se possa efetuar por etapas ou “testes”, destinadas à formulação de um juízo globalmente considerado de proporcionalidade ou desproporcionalidade da medida em causa. O *punctum crucis* reside apenas em compreender que tais fases, dimensões, “segmentos” ou “testes” são apenas dogmático-explicativamente cindíveis, embora prático-normativamente unitários. Ademais, em qualquer das suas dimensões (e avançando já algumas reflexões ulteriores), importa ter em conta que os juízos pressupostos pelo princípio da proporcionalidade (realizados, em particular, pelo juiz constitucional) assumem natureza *jurídica* (e não política), assentam numa racionalidade prático-normativa de fundamentação (e não numa racionalidade estratégica), louvam-se na *ratio* (e não na *voluntas*), impõem-se pela força argumentativa e não pela força do poder, pela *auctoritas* e não pela *potestas*.

### 2.2.2. Em especial, o(s) juízo(s) de proporcionalidade na ótica do Tribunal Constitucional português

A identificação do(s) juízo(s) inerentes ao princípio da proporcionalidade e o seu equilíbrio no interior do princípio podem variar em função dos sistemas jurídicos, na medida em que, como principiámos por assinalar, exprimem a específica compreensão que, em cada um deles, vigora quanto ao princípio da separação de poderes e ao sentido que cada uma das funções estaduais assume na realização da Constituição<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Pensamos não nos apartarmos muito de uma das propostas de REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, *cit.*, p. 129.

<sup>(34)</sup> Cf. já BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 741. A questão emerge perante a diversa natureza das “aberturas normativas” contidas na Constituição (cf. a sistematização de PAULO OTERO, *Direito*

Eis-nos diante de uma compreensão que a análise da jurisprudência constitucional portuguesa deixa entrever com alguma nitidez. No que tange ao princípio da proporcionalidade, também no nosso sistema jurídico se poderá afirmar que, em parte, o desenvolvimento das respetivas dimensões foi desvelado ou revelado pelo Tribunal Constitucional, num percurso<sup>(35)</sup>, que, analiticamente, poderíamos dividir em quatro fases evolutivas: afirmação, consolidação, jurisprudência da crise e (regresso à) normalização constitucional.

**α)** O momento de afirmação corresponde à invocação diuturna do princípio da proporcionalidade durante os primeiros vinte anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. Louvando-se na densificação efetuada pelo *Bundesverfassungsgericht* e acolhida pela doutrina nacional, a jurisprudência constitucional portuguesa acolhe o desdobramento analítico (mais ou menos circunstanciado, dependendo dos arestos) do princípio em três subprincípios (adequação, exigibilidade, justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito)<sup>(36)</sup>, cuja apreciação pressupõe uma ordem lógica (precisamente a acabada de reproduzir), que segue uma “regra de precedência do mais abstrato perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia”<sup>(37)</sup> — com especial impacto na apreciação da constitucionalidade de normas de natureza

---

*Constitucional...*, *cit.*, p. 173 e ss., destringendo, quanto à intencionalidade e, por conseguinte, também quanto aos destinatários, entre a abertura estrutural, a abertura normativa, a abertura política, a abertura interpretativa e a abertura implementadora). Com efeito, há dimensões cujo preenchimento cabe à realização político-legislativa, outras pertencerão à realização administrativa e outras ainda implicarão a realização jurisdicional, à luz de racionalidades também distintas, de índole estratégica e instrumental (nos primeiros dois casos), de natureza prático-normativa de fundamentação, no terceiro.

<sup>(35)</sup> Para uma análise aprofundada da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proporcionalidade, v. VITALINO CANAS, *O Princípio...*, *cit.*, p. 223 e ss.

<sup>(36)</sup> Cf., v. g., entre muitos, Acórdãos n.ºs 25/84, ponto VI.4; 103/87, ponto 17; 455/87, pontos 4 a 7; 392/89, pontos 4.D) e E); 634/93, de ponto 5; 1182/96, ponto 2.5.; 159/2007, de 6 de março, pontos 13 e 14; 442/2007 (ponto 18, 18.1. a 18.5.); 494/2009, ponto 6.4. *V.* também a análise à jurisprudência do Tribunal Constitucional sob esta perspetiva empreendida por PEDRO MACHETE/TERESA VIOLANTE, «O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus», Relatório elaborada para a *XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal*, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2013, p. 19 e ss. (disponível em <[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20131024/ctri20131024\\_relatorio\\_pt\\_vf.pdf](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20131024/ctri20131024_relatorio_pt_vf.pdf)>). Ao sentido dos juízos de proporcionalidade desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional também não se revela alheia a natureza da matéria: cf., v. g., MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 52 e s., a propósito da convocação do princípio no âmbito penal.

<sup>(37)</sup> Acórdão n.º 632/2008, ponto 11.

penal<sup>(38)</sup>, mas também em caso de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos<sup>(39)</sup>, e, em geral, na avaliação de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias<sup>(40)</sup>.

A retórica argumentativa da jurisprudência constitucional apresenta um interesse mais significativo enquanto procura caracterizar o fundamento e o sentido do princípio. A proporcionalidade surge concebida como um “princípio geral de limitação do poder público”<sup>(41)</sup>, ancorado no princípio do Estado de direito, “impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (também o Estado-legislador) adequar a sua acção aos fins pretendidos, e não estatuir soluções desnecessárias ou excessivamente onerosas ou restritivas”<sup>(42)</sup>. Trata-se de uma consequência da circunstância de, num Estado de direito, se impor que as decisões dos poderes públicos tenham “uma certa finalidade ou uma certa razão de ser, não podendo ser ilimitadas nem arbitrarias”, pelo que “o princípio da proibição de excesso postula que entre o conteúdo da decisão do poder público e o fim por ela prosseguido haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma ‘justa medida’”; o Estado de direito deve, pois, compreender-se como um “Estado proporcional”<sup>(43)</sup>.

A ideia de proporcionalidade não aparece, porém, divorciada das preocupações relacionadas com o princípio da separação de poderes.

---

(38) Embora nem sempre clarificando o relevo do princípio da proporcionalidade no horizonte de duas situações distintas: a norma de conduta e a norma de sanção. Salientando este aspeto (com referências jurisprudenciais), v. MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição... cit.*, p. 26, n. 25.

(39) Como sucedeu paradigmaticamente nos arestos atinentes à despenalização da interrupção voluntária da gravidez: cf. Acórdãos n.ºs 25/84 e 85/85.

(40) Para uma síntese e identificação das decisões mais relevantes nesta matéria durante os primeiros anos do funcionamento do Tribunal Constitucional, v. CASALTA NABAIS, «Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXV, 1989, pp. 91 e ss. (cf. também sobre o sentido do princípio da proporcionalidade como triplo teste à luz desta jurisprudência, *op. cit.*, p. 68).

(41) Apesar de o Tribunal Constitucional salientar que também não está necessariamente apartada a sua aplicação no âmbito das relações jurídicas privadas, em virtude da configuração do princípio da proporcionalidade como “princípio objetivo da ordem jurídica”: assim, Acórdão n.º 302/2001, ponto 6 (ainda que, no caso *sub iudice*, o Tribunal não tenha considerado a norma em causa inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade).

(42) Acórdão n.º 73/2009, ponto 7. A caracterização da proporcionalidade como princípio geral dos poderes públicos permanece na jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional: cf., v. g., Acórdão n.º 767/2019, ponto 11.

(43) Acórdão n.º 387/2012, de 25 de julho, ponto 9.1. Embora este específico aresto o não mencione explicitamente, a expressão “Estado proporcional” surge já em MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma... cit.*, p. 187. Adotando a mesma ideia, v. ainda, por exemplo, Acórdãos n.ºs 494/2009, *cit.*, ponto 6.4., e, subseqüentemente (louvando-se já no aresto de 2012), 509/2015, de 13 de outubro, ponto 16; 277/2016, ponto 8; 362/2016, de 8 de junho, ponto 14.

A jurisprudência constitucional acentua que o espaço de livre conformação do legislador se encontra (de)limitado, sob a perspetiva do controlo, pelo princípio da proporcionalidade, o qual há de fornecer, pois, as balizas (ou os alicerces) do espaço de prognose legislativa (ou nas palavras de Gomes Canotilho, “situar constitucionalmente o espaço de prognose legislativa”)(<sup>44</sup>), apontando para um juízo de inconstitucionalidade apenas perante hipóteses em que a medida (legislativa) em causa se apresente como manifestamente excessiva(<sup>45</sup>). Impor-se-á, pois, um equilíbrio entre proporcionalidade e liberdade de conformação do legislador, ao qual, em primeira linha, caberá a realização das tarefas de ponderação e em cuja sabedoria se deverá confiar(<sup>46</sup>).

**β)** A evolução deste posicionamento jurisprudencial culminou na fase de consolidação. Tomemos como exemplo paradigmático deste *iter* reflexivo o Acórdão n.º 187/2001, em que o princípio da proporcionalidade surge como parâmetro de validade das normas relativas à propriedade das farmácias(<sup>47</sup>). O Tribunal Constitucional salienta que as exigências da proporcionalidade variam no mesmo sentido do carácter intrusivo das restrições, pelo que aumentam perante limitações mais significativas aos direitos. Mas, em especial, esta Alta Jurisdição traça uma diferenciação clara entre a vinculação exercida pelo princípio quanto ao legislador e quanto à Administração, pressupondo a realização de juízos de controlo de intensidade distinta. Na verdade, reconhece-se ao legislador uma “prerro-

---

(<sup>44</sup>) Acórdão n.º 467/91, de 18 de dezembro, ponto III, fundamentando-se também em Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 274 (sublinhando, aliás, a ausência de incompatibilidade entre o reconhecimento da liberdade de conformação do legislador e a sua vinculação jurídico-constitucional, operada também em princípios jurídico-constitucionais, como o princípio da proibição do excesso: *op. cit.*, pp. 275 e 284).

(<sup>45</sup>) Cf. também Acórdãos n.ºs 634/93, ponto 6; 83/95, ponto 9.

(<sup>46</sup>) Cf. Acórdão n.º 108/99, ponto 4.4.3.1.

(<sup>47</sup>) Não se desconhece que, em jurisprudência anterior, se vinham adotando juízos similares (como, aliás, decorre das considerações acabadas de tecer, em texto), os quais, de algum modo, prepararam a posição assumida por este Acórdão, tirado em plenário no âmbito de um processo de fiscalização abstrata sucessiva. Assim, *v. g.*, e quanto à ideia fundamental relacionada com a afirmação pelo juiz constitucional da violação do princípio da proporcionalidade por erro manifesto, cf. Acórdão n.º 108/99, de 10 de fevereiro, ponto 4.4.3.1., onde se propugna, a propósito da eventual inconstitucionalidade de uma norma penal incriminadora, que esta apenas merecerá censura *sub specie constitutionis*, em nome do princípio da proporcionalidade, se for manifesto estar-se perante uma situação de excesso; por sua vez, a ideia da afirmação da inconstitucionalidade quando as medidas, concebidas numa lógica comparativa, fossem *manifestamente* excessivas ou se verificasse uma *desproporção intolerável* surgia aflorada em decisões anteriores (cf. Acórdãos n.ºs 248/94, de 22 de março, ponto 2; 1182/96, de 20 de novembro, ponto 2.5.).

gativa de avaliação” mais ampla que à Administração (vinculada que está à satisfação de fins heteronomamente estabelecidos); diversamente, o legislador tem competência para a definição de objetivos e para a avaliação da “relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas”. A esta conceção encontra-se associada uma consequência determinante: impedir que o órgão de controlo (*in casu*, o juiz constitucional) possa substituir esta avaliação por outra, pelo que, em caso de dúvida, as controvérsias não devem ser solucionadas contra a posição adotada pelo poder legislativo. Por este motivo, a afirmação da inconstitucionalidade de uma medida legislativa por violação do princípio da proporcionalidade apenas se revelará admissível quando se identifique um erro manifesto de apreciação<sup>(48)</sup>. No fundo, parece apontar-se para a defesa de uma autocontenção jurisdicional quanto ao controlo jurisdicional do cumprimento das exigências de sentido do princípio da proporcionalidade por parte do legislador, admitindo-se um controlo mais rigoroso quando se trata de medidas adotadas pela Administração (ou mesmo perante atos de jurisdição); eis-nos diante de uma posição que o Tribunal Constitucional associa à legitimidade democrática do poder legislativo e ao respetivo maior poder de escolha ou de conformação<sup>(49)</sup>.

γ) Na jurisprudência da crise<sup>(50)</sup>, a invocação da proibição do excesso implicou uma certa alteração principiológica e andou associada, em regra, à convocação de outros princípios jurídico-constitucionais, acabando por determinar a realização de um controlo conjugado de todos eles e a ausência, em alguns arestos, de uma análise específica dos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>(51)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> Cf. Acórdão n.º 187/2001, de 2 de maio, pontos 10 e 15. Esta diferenciação de vinculações encontrava-se já presente na abordagem de GOMES CANOTILHO (*Direito...*, *cit.*, p. 272), recuperada expressamente pela jurisprudência constitucional (cf., além do aresto citado, também Acórdãos n.ºs 484/2000, de 22 de novembro, ponto 5 e 632/2008, ponto 11).

<sup>(49)</sup> Cf. também PEDRO MACHETE/TERESA VIOLANTE, «O Princípio...», *cit.*, p. 16.

<sup>(50)</sup> A alusão à jurisprudência da crise não reveste apenas um pendor conjuntural (destinado a identificar o lapso político-temporal em que se verificou a proliferação dos arestos) ou objetivo (referindo-se ao controlo da constitucionalidade das designadas “medidas da crise”), mas possui ainda um alcance substancial, na medida em que as contingências da crise económico-financeira influenciaram o sentido decisório e a fundamentação das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional. Cf., a este propósito, REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 67 e ss.

<sup>(51)</sup> Se, na maioria dos Acórdãos referentes às medidas de crise, o Tribunal Constitucional se absteve de, isoladamente (*i. e.*, sem apelo simultâneo a outros princípios jurídico-constitucionais, *maxime*, proteção da confiança e igualdade), efetuar os “testes” do princípio da proporcionalidade, tal já não se verificou no Acórdão n.º 413/2014, onde, a propósito da redução do montante das pensões de

Esta aproximação verificou-se, desde logo, entre proteção da confiança e proporcionalidade, na medida em que o último requisito do funcionamento do princípio da proteção da confiança apela justamente a uma ponderação entre custos (para os interesses privados) e benefícios (para os interesses públicos). Na verdade, a afirmação da ofensa do princípio da proteção da confiança pressupõe a realização de dois tipos de juízos: *a*) a avaliação da existência de uma situação de confiança digna de tutela, e *b*) a aferição da razoabilidade da solução, aquilatada através de um balanceamento ou ponderação entre os interesses públicos (justificativos da medida) e privados (desfavorecidos pela adoção da medida)<sup>(52)</sup>. Verificar-se-á o requisito da confiança digna de tutela quando o Estado adote comportamentos suscetíveis gerar ou alimentar fundadas expectativas de continuidade, que serviram de base a condutas (ativas ou positivas) dos cidadãos; estará cumprida a fórmula do balanceamento se os interesses públicos sobrelevarem os interesses privados e, por conseguinte, se as razões de interesse público justificarem a não continuidade do comportamento que induziu a situação de legítima expectativa. Ora, foi justamente neste ponto que a jurisprudência aproxinou proteção da confiança e proporcionalidade.

Mas o princípio ora em análise (em especial, na dimensão de proporcionalidade em sentido estrito) surgiu igualmente associado ao princípio da razoabilidade, a pressupor a realização de um juízo avaliativo sobre as medidas impostas, tendo em consideração a esfera pessoal dos sujeitos atingidos — aspeto que conduzirá à inconstitucionalidade das soluções que impliquem uma “afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade”<sup>(53)</sup>. O Tribunal acentuou a menor intensidade que a vinculação (ou o controlo da vinculação) a este princípio reveste quando está em causa o exercício da

---

sobrevivência, se analisaram *ex professo* as dimensões de adequação, necessidade e justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (cf. ponto 94). Recuperando esta argumentação, cf. Acórdão n.º 572/2014, pontos 16 e 17, a propósito da contribuição extraordinária de solidariedade, tendo o Tribunal aprofundado, em especial, a dimensão de proporcionalidade em sentido estrito (pontos 18 e seguintes). Cf. ainda Acórdão n.º 754/2014, ponto 17.

<sup>(52)</sup> Cf., v. g., Acórdãos n.ºs 396/2011, ponto 8, 474/2013, ponto 15, 794/2013, ponto 19, 413/2014, ponto 57, 572/2014, ponto 13, 575/2014, ponto 22. Neste momento, o Tribunal Constitucional volta a recuperar a jurisprudência anterior: v. Acórdãos n.ºs 287/90, de 30 de outubro, ponto 28; 128/2009, ponto 8.2.; 188/2009, ponto 3. Sobre a evolução do tratamento do princípio da proteção da confiança pela jurisprudência constitucional, v. PAULO MOTA PINTO, «A Proteção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in: GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO/LUÍS PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 138 e ss.

<sup>(53)</sup> Cf. Acórdão n.º 413/2014, pontos 73 e 74 (a citação é do ponto 74).

função legislativa (em especial, no confronto com a função administrativa) — com a consequência de que, nestes casos, as medidas só padecerão de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade quando e se revelarem manifestamente inadequadas, desequilibradas ou desnecessárias<sup>(54)</sup>.

Esta atenção à esfera jurídica dos cidadãos afetados pela medida permitiu que o Tribunal aproximasse (agora de modo mais sistemático) também proporcionalidade e igualdade<sup>(55)</sup>: diferenciando igualdade e igualitarismo, o Tribunal Constitucional<sup>(56)</sup> (ainda que não pela primeira vez)<sup>(57)</sup> apelou para a doutrina da «igualdade proporcional» [a «nova fórmula» (*neue Formel*) do princípio da igualdade decantada pelo *Bundesverfassungsgericht*]<sup>(58)</sup>, a qual exige, partindo da comparação das especificida-

---

<sup>(54)</sup> Cf. Acórdão n.º 745/2014, pontos 17 e 18, louvando-se também no Acórdão n.º 484/2000, ponto 5, e em Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 272.

<sup>(55)</sup> Refletindo, em momentos anteriores, sobre o relevo da proporcionalidade na igualdade, v. Gomes CANOTILHO, «Anotação ao Acórdão n.º 359/91 do Tribunal Constitucional», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3811, ano 124, fevereiro 1992, p. 327; Alves CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 441 e ss.

<sup>(56)</sup> Cf. Acórdãos n.ºs 353/2012, ponto 5, e 187/2013, pontos 33 e seguintes.

<sup>(57)</sup> Com efeito, a associação entre igualdade e proporcionalidade surge, inicialmente, como forma de densificação da proibição do arbítrio (que impediria medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas — cf. Acórdão n.º 44/84, ponto 5 invocando a posição de Figueiredo Dias em declaração de voto aposta ao parecer da Comissão Constitucional), e, posteriormente, com referência expressa à igualdade proporcional. Assim, já o Acórdão n.º 39/88 (ponto 5.3.), referia que “a igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado”. Esclarecendo-se logo a seguir o alcance destas afirmações: “o princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação”. Por sua vez, o Acórdão n.º 330/93 (ponto 6) invocava diretamente a jurispridência do *Bundesverfassungsgericht* sobre esta matéria, epitomando que “para se poder reconhecer um fundamento material ao desigual tratamento normativo de situações essencialmente iguais, deve aquele prosseguir um fim legítimo, ser adequado e necessário para realizar tal fim e manter uma relação de equitativa adequação com o valor que subjaz ao fim visado”.

<sup>(58)</sup> Completando a fórmula (correspondente à proibição do arbítrio) da metódica de controlo do princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional alemão construiu a “nova fórmula do princípio da igualdade”, nos termos da qual se verificará uma ofensa deste princípio “quando um grupo de destinatários de uma norma é tratado de forma diferente de outros destinatários, apesar de entre ambos os grupos não existir uma diferença de tal tipo e de tal peso, que possa justificar o tratamento desigual” (“*wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten*”). Cf. a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 07.10.1980: «BVerfG: Präklusion von Parteivorbringen in der Berufsstanz», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, p. 271 e s. (ponto II — 1). Refletindo sobre a evolução da metódica

des objetivas dos grupos afetados, “que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais se dê um tratamento desigual, mas proporcionado”. A invocação da “nova fórmula” do princípio da igualdade acaba por introduzir, na metódica de controlo deste último, as exigências de sentido do princípio da proporcionalidade, parecendo apontar para a emergência de um controlo mais apearado por parte do Tribunal Constitucional<sup>(59)</sup>.

δ) À mobilização significativa que o princípio da proporcionalidade conheceu durante a jurisprudência da crise (que conduziu à aglutinação de vários princípios e ao desenvolvimento de uma retórica muito própria) seguiu-se o período da normalização da jurisprudência constitucional nesta matéria, no qual se retoma o fio da densificação alcançada por cerca de quarenta anos de jurisprudência constitucional. O Tribunal vem aprimorando a sua construção inicial, embora não a abandonando ou substituindo por uma densificação normativa alternativa. Permanece a ineliminável ligação ao princípio do Estado de direito, enfatizando-se a conexão entre proporcionalidade e recusa da existência de um Estado prepotente, arbitrário e, sobretudo, injusto<sup>(60)</sup> — a indiciar a proporcionalidade como uma das precipitações ou concretizações possíveis da justiça (ou do sentido último do direito).

Com alguma sofisticação, a jurisprudência avança ainda no sentido do âmbito de possibilidades de mobilização do princípio, quer no quadro de problemas de natureza interaxiológica (em que se confrontam bens e

---

de controlo do princípio da igualdade, na doutrina, v., por exemplo, KUBE, «Rechtliche Gleichheit und Tatsächliche Verschiedenheit», in: MELLINGHOFF/PALM (orgs.), *Gleichheit im Verfassungsstaat*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, p. 27 e ss.

<sup>(59)</sup> Especialmente contundente, em geral (e não refletindo especificamente e apenas sob a perspetiva da jurisprudência da crise) quanto a este ponto, entendendo constituir uma consequência de uma não compreensão adequada das exigências de sentido do princípio da proporcionalidade, cf. REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 91 e ss. Criticando a opção do Tribunal Constitucional, cf. Miguel Nogueira de BRITO, «Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional», in: GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO/LUÍS PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal...*, cit., p. 107 e ss., esp.<sup>16</sup> p. 123 e ss. Considerando que existiram deficiências na aplicação do princípio da igualdade proporcional pelo Tribunal Constitucional, cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO/LUÍS PEREIRA COUTINHO, «A “Igualdade Proporcional”, Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão n.º 187/2013», in: *Direito & Política*, n.º 4, julho/outubro 2013, p. 186 e ss. Cf. ainda RAVI AFONSO PEREIRA, «Igualdade e Proporcionalidade: Um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre Cortes Salariais no Sector Público», in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, maio/agosto 2013, p. 317 e ss., esp.<sup>16</sup> pp. 334, 343 e ss., 352 e ss., 363 e ss., apreciando criticamente a forma como o Tribunal Constitucional mobilizou a ideia de igualdade proporcional.

<sup>(60)</sup> Cf., v. g., Acórdãos n.ºs 16/2015, ponto 10, e 277/2016, ponto 8.

valores constitucionalmente distintos), quer no âmbito de questões de índole intra-axiológica (em que a medida de promoção de um bem jurídico-constitucional se reconduz a um meio lesivo desse mesmo bem): clarifica-se, neste horizonte, que o princípio da proporcionalidade não se identifica com uma ponderação de bens *stricto sensu* (dirigida a aquilatar qual o bem prevalece sobre o outro), mas a um controlo destinado a avaliar a proporcionalidade entre o fim valioso da medida restritiva e o meio sacrificial por ela imposto<sup>(61)</sup>.

O Tribunal regressa igualmente à análise dos três subprincípios tradicionais<sup>(62)</sup>, não olvidando um especial enfoque na relevância jurídico-constitucional dos interesses prosseguidos pela norma cuja constitucionalidade se encontra sob escrutínio<sup>(63)</sup>. Em certos momentos, verifica-se uma densificação mais subtil dos diversos juízos: assim sucede, *v. g.*, com o juízo de idoneidade, complementado por uma ideia de essencialidade (*hoc sensu*, apenas se dando por cumprida esta pressuposição de sentido quando a medida se revele *essencialmente* — e não apenas incidentalmente — apta à satisfação do fim), ou com o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, conjugado com uma dimensão de eficácia (avaliando-se os efeitos — mais ou menos modestos — que a medida importa para a consecução da finalidade visada)<sup>(64)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Cf. Acórdão n.º 396/2017, de pontos 9 e 10 (que seguimos de perto, o qual versava sobre o problema da inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do art. 131.º do CPP que, então, previa a incapacidade absoluta para testemunhar do interdito por anomalia psíquica, mesmo quando este fosse o ofendido, independentemente do grau daquela anomalia psíquica e do seu impacto na capacidade para testemunhar — norma essa que restringia o direito à prova justamente com o propósito de garantir a integridade probatória em processo penal). Recuperando a mesma linha argumentativa, cf. Acórdão n.º 669/2019, ponto 5.2.

<sup>(62)</sup> Cf., *v. g.*, Acórdãos n.ºs 277/2016, ponto 10; 123/2018, pontos 15 e 16, e, muito recentemente (louvando-se também neste último aresto), Acórdão n.º 776/2019, ponto 15. O aresto debruça-se sobre uma especificidade (face à solução seguida, em geral, nas decisões de aplicação de coimas) do direito sancionatório das entidades reguladoras independentes, que consagra o *efeito meramente devolutivo* do “recurso” das decisões finais condenatórias — especificidade essa que, em alguns casos, surge temperada pela possibilidade atribuição de efeito suspensivo ao “recurso”, condicionada, dentro de certos termos (na maioria das hipóteses, à verificação de um prejuízo considerável para o recorrente resultante da execução da decisão), à prestação de caução. Sobre esta questão, *v. também* o nosso trabalho «Contencioso da Regulação», in: TIAGO SERRÃO/JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Contencioso Administrativo Especial*, AAFDL, Lisboa, 2020, nota 49 (no prelo). *V. também*, para uma compreensão das dificuldades da realização, em concreto, da ponderação (entre prejuízos e benefícios) inerente ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, Acórdão n.º 773/2019, de 17 de dezembro, ponto 5.6., e respetivas declarações de voto. Para uma apreciação dos termos do juízo de necessidade ou exigibilidade, cf., *v. g.*, Acórdão n.º 688/2019, ponto 18.

<sup>(63)</sup> Cf. Acórdão n.º 776/2019, ponto 15, *in fine*.

<sup>(64)</sup> Cf. Acórdão n.º 396/2017, pontos 11 e 12, também recuperado pelo Acórdão n.º 669/2019, ponto 5.2.

Retoma-se também a importância da mobilização de um critério de *evidência* quanto à ofensa ao princípio da proporcionalidade, a aplicar nos casos em que o legislador goza de um mais elevado grau de conformação legislativa<sup>(65)</sup>; nestes casos, exigir-se-á uma *convicção clara* da violação do princípio, que se assumirá como um parâmetro de controlo essencialmente negativo<sup>(66)</sup>. Trata-se, porém, de uma matéria que vem denotando alguma oscilação no interior da jurisprudência constitucional, pois que, embora assumindo tal dimensão, nem sempre o Tribunal convoca, na análise de uma medida concreta, aquele juízo de evidência, mesmo quando estejam em causa direitos sociais<sup>(67)</sup>.

### 3. Limites ao princípio da proporcionalidade: justiça e separação de poderes

Uma análise dos juízos desenvolvidos pela jurisprudência constitucional permite destacar dois pontos essenciais, que se prendem com outros tantos limites ao princípio da proporcionalidade, os quais se reconduzem ao princípio da justiça (associado à dignidade humana) e ao princípio da separação de poderes.

Assim, e por um lado, existem medidas que se revelam totalmente incompatíveis com a identidade axiológica do Estado de direito e, como tal, não podem ser sujeitas aos “testes” do princípio da proporcionalidade, independentemente da legitimidade ou da bondade dos fins que com aquelas se pretenderia prosseguir. Assim sucederá, desde logo, quando tais medidas ofendam determinados direitos: considere-se, *v. g.*, a proibição da escravatura e do trabalho forçado, ou a proibição da tortura. Estas proibições mais não são que concretizações da justiça, dos últimos redutos da

---

<sup>(65)</sup> Cf. Acórdão n.º 767/2019, ponto 11.

<sup>(66)</sup> Cf. Acórdãos n.ºs 509/2015, ponto 17; 81/2016, ponto 5 (reportando-se ao último aresto citado); 277/2016, ponto 8.

<sup>(67)</sup> Cf., *v. g.*, Acórdão n.º 296/2015, pontos 26 a 35 (e as declarações de voto, em especial da Conselheira Lúcia Amaral e do Conselheiro João Caupers), sobre o problema da eventual violação do princípio da proporcionalidade pela medida que condicionava a atribuição do rendimento social de inserção a não nacionais a um período mínimo (três anos) de residência em Portugal; note-se, aliás, que a mobilização do princípio da proporcionalidade na sua função interpretativa teria permitido que o Tribunal pudesse decidir se a medida em causa correspondia a uma verdadeira restrição ao princípio da equiparação consagrado no n.º 1 do art. 15.º ou, diversamente, a uma simples “regulamentação” (para utilizar a terminologia invocada pela Conselheira Lúcia Amaral) ou conformação do princípio da equiparação.

dignidade humana, pelo que poderemos avançar um pouco e afirmar que qualquer medida que contrarie o princípio da justiça se encontra proibida. Está aqui presente a ideia segundo a qual o princípio da justiça, embora surja mediado por outros princípios, consubstancia algo mais que os princípios normativos igualmente constantes do texto constitucional (incluindo o princípio da proporcionalidade), possuindo um conteúdo autónomo e mais exigente que o postulado por eles, na medida em que apela à própria ideia de Direito<sup>(68)</sup> e se assume como «Valor Absoluto»<sup>(69)</sup>. Tratar-se-á de medidas que assumem uma gravidade tal que contendem com o étimo fundante do Direito, quer por recusarem a dignidade a qualquer pessoa humana, quer por a transformarem em instrumento de uma estratégia política ou económica<sup>(70)</sup>. Ou, se quisermos dizê-lo com o Tribunal Constitucional<sup>(71)</sup>, a norma em causa deve apresentar “uma solução normativa absolutamente inaceitável (...), que afecte uma dada dimensão do núcleo fundamental dos interesses essenciais da pessoa humana e que colida com os valores estruturantes do ordenamento jurídico”. Destarte, a violação do princípio da justiça surge numa posição de *prima ratio*, que afasta qualquer tentativa de equilíbrio com outros valores jurídicos, impedindo as ponderações próprias do princípio da proporcionalidade.

---

(68) KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 225, para quem a justiça, enquanto mais elevado valor do Direito, coincide com a própria ideia de Direito.

(69) Cf., convocando a lição de Cícero (que concebe a justiça como a *vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*), MARCELLO CAETANO, «O Respeito da Legalidade e a Justiça das Leis», in: *O Direito*, ano 81.º, fasc. 1.º, janeiro/março 1949, p. 23, que a define como “a tal energia que a lei positiva se limita a captar e a aproveitar mas que actua na consciência de todos nós, superior à nossa vontade e independente das nossas concepções”.

(70) V. CASTANHEIRA NEVES, «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 44, e *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 1967, pp. 576 e ss.. Recorde-se ainda que o «homem-pessoa» e a sua dignidade constituem a dimensão ética (a «condição ética») que confere ao direito o sentido *de direito*, garantindo-lhe concomitantemente a sua autonomia: uma ofensa desta condição ética — uma das condições da emergência do direito como direito (a par das condições mundano-social e humano-existencial) — implica a negação do sentido último da juridicidade. Sobre as condições de emergência do direito que aqui perfilhamos, v. CASTANHEIRA NEVES, «O Direito como Alternativa Humana. Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito», in: *Digesta...*, Vol. 1.º, *cit.*, p. 298 e s., «O Direito Interrogado...», *cit.*, p. 51 e s., 61, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 154 e s., «Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade», in: *Liber Amicorum José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 13 e ss., e, muito desenvolvadamente, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — ou as Condições de Emergência do Direito como Direito», in: *Digesta...*, 3.º Vol., *cit.*, p. 31 e ss.

(71) Acórdão n.º 363/2001, de 12 de julho, ponto 6.

Por outro lado, e sem prejuízo da diversidade das situações envolvidas<sup>(72)</sup>, a invocação do princípio da proporcionalidade encontra alguns limites quando confrontada com o princípio da separação de poderes. Considerando que são as medidas legislativas aquelas que mais atingem os direitos fundamentais, mas sopesando igualmente a necessidade de salvar a liberdade de conformação do legislador, o juiz apenas deverá considerar contrárias à Constituição as opções do poder legislativo que se mostrem inadequadas, desnecessárias e desproporcionais à proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>(73)</sup>, sem perder de vista as diversas possibilidades de aplicação prática aos diferentes tipos de casos à mesma subjacentes<sup>(74)</sup>. Estamos, pois, diante de um juízo que, de alguma forma, permite circunscrever (*hoc sensu*, assinalar os limites constitucionais) o poder do juiz constitucional de apreciação das medidas adotadas pelas demais funções estaduais.

A possibilidade de mobilizar o princípio da proporcionalidade para o controlo da atuação do legislador também implica que aquele funcione como uma limitação *negativa* à ação legislativa — limitação essa que, por não implicar uma fiscalização substancial da *conveniência* dos atos, não determina a dissolução da discricionariedade<sup>(75)</sup>. Na realidade, a reserva do legislador só intervém perante medidas que cumpram as imposições subjacentes àqueles princípios: pensando agora no princípio da proporcionalidade, a discricionariedade só existe perante medidas que, sendo adequadas e necessárias, se assumam como equilibradas no contexto da ponderação entre custos e benefícios. A escolha da medida a adotar no caso concreto releva de um espaço de conformação do legislador, não podendo o juiz substituir a opção deste pela sua. Ao tribunal não caberá determinar qual *a melhor medida* para atingir o fim, mas apenas avaliar se a escolhida

---

(72) V. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2.<sup>a</sup> ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 73 e ss.

(73) Cf. STARCK, *Verfassungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 95.

(74) Com esta observação pretendemos, de algum modo, dar resposta às preocupações de REIS NOVAIS (*Os Princípios...*, *cit.*, p. 187 e ss.), quando complementa a proporcionalidade com a razoabilidade, verificando, neste último princípio, o impacto que a medida possa ter na esfera dos sujeitos por ela afetados; de acordo com o Autor, ainda que uma medida, em abstrato e em geral, se revele proporcional, violará o princípio da razoabilidade se, na sua aplicação concreta, atingir um destinatário, impondo-lhe encargos desproporcionais em face das exigências de sentido da dignidade humana e do Estado de direito.

(75) Cf. ROGÉRIO SOARES, «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LVII, 1981, p. 191, embora a propósito do funcionamento do princípio da proporcionalidade no âmbito da atividade administrativa discricionária e do respetivo controlo jurisdicional.

pelo legislador não é desproporcional para a satisfação desse mesmo fim. Por outro lado, o juízo da proporcionalidade a formular pelo juiz não se poderá deixar impressionar pelas consequências (politicamente) contestáveis de determinadas medidas previstas pelo legislador, porquanto, numa democracia representativa, a censura ao mérito político do exercício da função legislativa não cabe aos tribunais, que apenas intervêm quando existe uma falha no processo democrático (de natureza substancial ou procedimental)<sup>(76)</sup>.

E pensamos que o alcance do juízo de proporcionalidade não deverá variar ainda em função do processo de fiscalização em causa, assumindo uma maior intensidade, por exemplo, no caso do controlo preventivo<sup>(77)</sup>. Na verdade, qualquer que seja o processo em causa, os juízos da Justiça Constitucional serão (terão de ser!) seguramente juízos que mobilizam uma racionalidade prudencial referida à juridicidade, a uma validade fundamentante que pressupõe a Constituição, como elemento desonerador, enquanto positivação possível dos fundamentos constitutivos de um dado sistema jurídico. Está agora em causa o reconhecimento da natureza verdadeiramente jurídica também do processo de fiscalização preventiva (não reconduzível a uma forma de controlo político), assim como a perceção de que o juízo de proporcionalidade efetuado pelo juiz constitucional corresponde (não à realização político-legislativa, de índole estratégica e instrumental, mas antes à) realização jurídica da Constituição.

Não ignoramos, evidentemente, que as dimensões normativas inerentes ao princípio da proporcionalidade acabam por conceder uma margem de escolha ao decisor jurisdicional<sup>(78)</sup>, conduzindo o tribunal a uma penetração significativa na reconstrução do juízo valorativo do legislador, sem que, com isso, se possa assistir a uma invasão da esfera própria do exercício (do núcleo essencial) da função legislativa. Por esse motivo, poder-se-á que as medidas legislativas só deverão considerar-se inconstitucionais (designadamente, por violação dos direitos fundamentais) quando existe uma “violação clara do princípio”<sup>(79)</sup> que não passa o “teste” da razoabili-

---

<sup>(76)</sup> Nesta linha, cf. também ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980, p. 103 (apesar de o Autor colocar, compreensivelmente, a tónica na observância do *due process*).

<sup>(77)</sup> Parecem admitir, implicitamente, esta ideia CARLA AMADO GOMES/DINAMENE DE FREITAS, «Portugal...», *cit.*, p. 338.

<sup>(78)</sup> Cf., v. g., VITALINO CANAS, «Proporcionalidade...», *cit.*, p. 616 e ss., e, com uma reflexão mais aprofundada, O PRINCÍPIO..., *cit.*, p. 823 e ss.

<sup>(79)</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 286 (itálico nosso). Trata-se de uma posição que se não identifica

dade<sup>(80)</sup> (aqui entendida no seu “sentido fraco”, enquanto “válvula de segurança”)<sup>(81)</sup>. Não se trata de uma solução muito distante da que advoga a deferência judicial quando exista um «dissenso razoável» (*reasonable disagreement*)<sup>(82)</sup> acerca do *an e*, sobretudo, do *quomodo* da restrição como meio para a proteção de outros bens jurídico-constitucionalmente protegidos. É com esta posição não pretendemos substituir um princípio *in dubio pro libertate*<sup>(83)</sup> por um princípio *in dubio pro legislatore*, ou utilizar

---

totalmente com aquela criticada por REIS NOVAIS (*Em Defesa...*, *cit.*, p. 134 e ss.), que exige uma evidência manifesta da ofensa do princípio da proporcionalidade. Na verdade, propõe-se um meio-termo, que, exigindo um *hard look* ao juiz constitucional, não se baste com um beliscar da proporcionalidade pelo legislador.

<sup>(80)</sup> Articulando já proporcionalidade e razoabilidade neste contexto, cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, *cit.*, p. 75, e «O *Tetralemma* do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, 2012, p. 677.

<sup>(81)</sup> Sobre o “sentido fraco” (na medida em que atinge um número mais restrito de casos) da razoabilidade, entendida como válvula de segurança, cf. SADURSKI, «Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics», in: BONGIOVANNI/SARTOR/VALENTINI (eds.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 131 e ss. (inspirando-se no *Wednesbury canon* do direito britânico e na *manifesta irragionevolezza* do direito administrativo italiano). Enfatizando a clara diferença entre proporcionalidade e razoabilidade em sentido fraco, v. BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 742 e ss. (repare-se, aliás, que SADURSKI, «Reasonableness...», *cit.*, p. 132 e ss., entende que o “sentido forte” da razoabilidade pressupõe um juízo de proporcionalidade entre meios e fins).

<sup>(82)</sup> Utilizamos o conceito na aceção cunhada por FALLON, *Implementing the Constitution*, *cit.*, p. 81 e ss., 95 e ss., na senda do relevo conferido por alguma doutrina (cf., v. g., WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999) ao dissenso no âmbito da realização da Constituição (a dimensão apresentada no texto é, todavia, apenas uma das três que o Autor atribui ao *reasonable disagreement*). A invocação deste conceito não significa, contudo, que aceitemos todas as consequências das teorias políticas do *disagreement* de Waldron, designadamente o facto (também apontado por HABERMAS, «On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”», in: *Ratio Juris*, n.º 2, Vol. 16, junho 2003, p. 189) de que, no limite, nenhum caso tem, numa perspetiva objetiva, uma só solução correta, ou a circunstância de que, em última análise, as questões relacionadas com os direitos devem ser tratadas pelo legislador e não pelos juízes (cf. FABRE, «The Dignity of Rights», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, Vol. 20, 2000, pp. 271, 274 e ss., 278).

<sup>(83)</sup> Princípio que, aliás, recebeu inúmeros aplausos, mas também muitas críticas: cf., v. g., OSSENBÜHL, «Grundsätze der Grundrechtsinterpretation», in: MERTEN/PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 608 e ss.; RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 252 e ss. Reações similares receberam o congénere norte-americano: a *preferred freedoms doctrine* ou *preferred position doctrine*. Esta última surgiu justamente para contrabalançar a tradicional presunção a favor (da constitucionalidade) dos atos jurídico-públicos e constituiu um limite à deferência jurisdicional relativamente ao poder legislativo. A formulação primeira desta doutrina remonta ao célebre Acórdão da *Supreme Court* «United States v. Carolene Products Co.», de 25.04.1938 (in: *United States Reports*, Vol. 304, 1938, p. 144 e ss.), relatado pelo Justice Stone: por um lado, afirma que, em princípio, se deve presumir a existência de factos que suportam ou justificam os juízos do legislador, apenas se considerando inconstitucional uma medida legislativa (*in casu*, de natureza económica) se se comprovar que existem circunstâncias suscetíveis de ilidir a presunção de que àquela medida subjaz

a proporcionalidade como modo de fragilizar os direitos<sup>(84)</sup>, mas sublinhar tão-só que a sua violação pelo poder legislativo poderá ser jurisdicionalmente afirmada após um exame rigoroso (*hard look*) da medida, em consonância com a necessidade de reconduzir da função jurídica do juiz constitucional ao seu raio de ação.

#### 4. Princípio da proporcionalidade e Justiça Constitucional global: os novos horizontes da Justiça Constitucional

A circunstância de as dimensões normativas do princípio da proporcionalidade e de os juízos a efetuar pelos tribunais dependerem, em certa medida, do concreto equilíbrio jurídico-constitucional estabelecido em cada ordenamento (sem prejuízo dos limites acabados de referir) não impede, porém, o que já se designou como a “globalização” ou “universalização”<sup>(85)</sup> do princípio da proporcionalidade. A paulatina internacionalização e europeização dos ordenamentos jurídicos, acompanhada de uma progressiva globalização dos problemas cuja resolução pressupõe a mediação do juiz constitucional, exigem que também a realização da Constituição espelhe essa realidade<sup>(86)</sup>.

---

uma base racional, que releva do conhecimento e da experiência do poder legislativo; todavia, acrescenta que esta presunção poderá não se aplicar quando estejam em causa medidas que afetem determinadas matérias (onde inclui a legislação que contenda, em geral, com as primeiras dez Emendas e a XIV Emenda e, em especial, com as liberdades de participação política e os direitos de certas minorias), as quais se encontram sujeitas a um escrutínio jurisdicional mais rigoroso (cf., esp.<sup>16</sup>, p. 152, e nota 4). Também esta posição não se revela isenta de escolhos, visto que, ao cabo e ao resto, acaba por originar uma hierarquização entre os direitos fundamentais (porque apenas alguns são *preferred* e não todos), e uma hierarquização que pode nem corresponder à consciência axiológica da comunidade em determinado momento histórico. cf., v. g., ACKERMAN, «Beyond *Carolene Products*», in: *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985, p. 713 e ss.; CUSHMAN, «*Carolene Products* and Constitutional Structure», in: *The Supreme Court Review*, janeiro 2013, p. 321 e ss.

<sup>(84)</sup> Cf. as pertinentes observações de KUMM, «Political Liberalism...», *cit.*, p. 142.

<sup>(85)</sup> Cf., v. g., SAURER, «Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes», in: *Der Staat*, n.º 1, Vol. 51, 2012, p. 3 e ss.; KLATT/MEISTER, «Verhältnismässigkeit als Universelles Verfassungsprinzip» in: *Der Staat*, n.º 2, Vol. 51, 2012, p. 159 e ss. STONE SWEET/MATHEWS («Proportionality...»), *cit.*, p. 74) vão mais longe, sustentando que, a partir do final dos anos '90 do século XX, o princípio terá integrado todos os sistemas efetivos de justiça constitucional do mundo (com exceção dos Estados Unidos).

<sup>(86)</sup> Trata-se de uma temática à qual não tem sido alheia a jurisprudência constitucional portuguesa — cf. MOURA RAMOS, «Le Recours aux Précédents Etrangers par le Juge Constitutionnel», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XC, Tomo I, 2014, p. 31 e ss.

Uma tal *vis expansiva* ou capacidade de difusão do princípio no âmbito da Justiça Constitucional representa, aliás, uma das suas características marcantes, pois não se ignora a sua conexão (praticamente seminal) com a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e o conseqüente diálogo que os juízes constitucionais nacionais com ela estabeleceram (e continuam a estabelecer), assim como os influxos recíprocos entre as várias jurisdições constitucionais. Atualmente já nem se trata apenas do reconhecimento da “europeização”<sup>(87)</sup> do princípio decorrente da confluência de culturas constitucionais (mais ou menos próximas), mas de uma capacidade de expansão para outros sistemas jurídico-constitucionais, que pode trazer algumas perspectivas renovadas.

Considere-se, *v. g.*, o sentido da invocação do princípio da proporcionalidade pela *Supreme Court* do Canadá e o relevo assumido no contexto do estabelecimento de um diálogo interinstitucional entre o juiz constitucional e o legislador, dada a flexibilidade que pressupõe (ou, se preferirmos, a abertura para diferentes formas de realização da Constituição)<sup>(88)</sup>. Na verdade, a identificação pelo juiz de problemas de constitucionalidade na relação meio-fim representa uma oportunidade para o legislador responder com uma medida que se revele mais apta ou que satisfaça o fim de maneira mais eficaz; por sua vez, se o juiz detetar insuficiências na ponderação custos-benefícios, tal abre a possibilidade de o poder legislativo reestabelecer o equilíbrio entre meio e fim, reduzindo os impactos negativos da medida ou tornando-a idónea à prossecução de outras finalidades de interesse público ou bens constitucionalmente protegidos e, deste modo, reequilibrando a ponderação através do reforço das vantagens<sup>(89)</sup>. Sem prejuízo das dificuldades que suscita (como, aliás, sucede com todas as manifestações de *weak-form judicial review*), quer sob a ótica da relação entre fontes (Constituição e normas infraconstitucionais), quer sob a perspectiva do relacionamento entre o legislador e o juiz constitucional (apontando para o questionamento do sentido último da Justiça Constitucional)<sup>(90)</sup>, o diálogo interinstitucional (desenvolvido também em

---

(87) GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *cit.*, p. 267.

(88) Desenhado segundo um esquema análogo (embora não exatamente igual) ao disseminado a partir da jurisprudência constitucional alemã: cf., *v. g.*, STONE SWEET/MATHEWS, «Proportionality...», *cit.*, p. 117; PANACCIO, «The Justification of Rights Violation: Section 1 of the *Charter*», in: OLIVER/MACKLEM/DES ROSIERS, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 660 e ss.

(89) STONE, «Canadian Constitutional Law of Freedom of Expression», in: ALBERT/CAMERON (eds.), *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 259, que seguimos de perto.

(90) Atente-se, por exemplo, nas críticas que algumas expressões deste diálogo vêm susci-

torno do princípio da proporcionalidade) pode corresponder, observados determinados limites<sup>(91)</sup>, a uma manifestação de uma «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição» (que abrange, indubitavelmente, *todos* os órgãos que desempenham funções estaduais)<sup>(92)</sup> — “um *pluralismo* de intérpretes, *aberto e racionalmente* crítico” que assoma com uma essencialidade premente no cenário atual da interconstitucionalidade<sup>(93)</sup>.

Repare-se, porém, que, em alguns Estados, o reconhecimento pelas jurisdições constitucionais do princípio da proporcionalidade constitui já uma consequência da sua consagração em instrumentos ou decisões judiciais oriundos de organismos de natureza internacional ou supranacional. Assim acontece, *v. g.*, no caso do Tribunal Constitucional da Bulgária e do Tribunal Constitucional da República da Macedónia, em que a invocação da proporcionalidade se louva quer na adesão à CEDH, quer, sobretudo, na sua interpretação pela jurisprudência do TEDH<sup>(94)</sup>. Por esse motivo, parece-nos que se torna possível avançar mais um passo e conceber os desenvolvimentos sofridos por este princípio como um contributo para a emergência de uma Justiça Constitucional global. Esta ideia encontra-se associada ao conceito de *global judicial review*, corporizada em instâncias judiciais internacionais ou supranacionais que desempenham uma verdadeira “função constitucional”<sup>(95)</sup>, na medida em que consubstanciam tribu-

---

tando: cf. CAMERON, «Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation: A Comment on *R. v. Mills*», in: *Alberta Law Review*, Vol. 84, 2001, p. 1051 e ss.

<sup>(91)</sup> Desde logo, impeditivos de qualquer tese que subscreva um relativismo de opiniões ou perspectivas, verdadeiramente instrumentalizador da Constituição para o alcance de determinados fins ou interesses.

<sup>(92)</sup> Trata-se do conhecido título da obra de HÄBERLE, «Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», in: *Verfassung als Öffentlicher Prozeß*, 2.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 155 e ss. (esp.<sup>te</sup> pp. 160, 162, salientando o Autor que o juiz constitucional não está sozinho na tarefa de interpretação da Constituição — p. 172), mas sem defendermos todas as consequências dogmáticas que decorrem da posição do Autor. Sobre o «pluralismo de intérpretes», com alguma contenção, cf. também GOMES CANOTILHO, «Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125.º, 1992, p. 35 e ss.

<sup>(93)</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade — Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 279.

<sup>(94)</sup> Cf. PAPIASHVILI, «General Report: Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying Constitutional Principles», in: *XVIIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts*, Bulletin on Constitutional Case-Law — n.º especial, 2018, p. v.

<sup>(95)</sup> Até porque se debruçam sobre “matérias tipicamente constitucionais”, como salienta MOURA RAMOS, “O Constitucionalismo Português na Europeização”, in: *Olhar o Constitucionalismo Português nos 40 Anos da Constituição de 1976*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2017, p. 171. Cf. ainda, equacionando o papel de Tribunal Constitucional desempenhado pelo TJUE, CRUZ VILAÇA, «Reflections on Judicial Review of the Constitutionality of EU Legislation», in: *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2014, p. 44 e ss.

nais que integram organizações internacionais ou supranacionais (beneficiárias da alienação de parte da soberania estadual) e que, enquanto tais, mobilizam contributos normativos que não só provêm de várias origens nacionais, como sobretudo se encontram para além das normas dos Estados nacionais<sup>(96)</sup>, podendo, em certos casos, assumir competência para apreciar a legitimidade das decisões destes últimos, num exercício muito especial de afirmação de prioridades normativas e de diálogo interjudicial<sup>(97)</sup>. A função constitucional é agora desempenhada por juízes não nacionais, chamados à definição (vertical) do relacionamento entre as várias ordens jurídicas e à integração (horizontal) dos vários sistemas de regulação setorial. E estamos diante de um fenómeno ao qual se não revela alheia a vocação tendencialmente universal de algumas instituições.

Eis o que acontece, paradigmaticamente, com a jurisprudência do TEDH que lhe confere o estatuto de «Super Tribunal Constitucional»<sup>(98)</sup> em matéria de direitos fundamentais, em consonância com a conceção que tem da CEDH enquanto “instrumento constitucional da ordem pública europeia”<sup>(99)</sup> — e um tal estatuto possui inelimináveis pontos de conexão com a mobilização do princípio da proporcionalidade.

Por um lado, o princípio da proporcionalidade constitui, em parte, a base sobre a qual assenta o sentido da evolução tendencial do sistema de proteção dos direitos humanos conferido pela CEDH, nos termos em que aponta para a concessão de alguma *deferência* às jurisdições nacionais<sup>(100)</sup>. Neste horizonte, o problema gira em torno da doutrina da mar-

---

<sup>(96)</sup> Cf. KOCH JR., «Judicial Review and Global Federalism», in: *Administrative Law Review*, Vol. 54, 2002, p. 502.

<sup>(97)</sup> Cf. URUEÑA HERNANDEZ, «Global Administrative Law and the Global South», in: CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Elgar, Cheltenham/Southampton, 2016, p. 404. Repare-se, aliás, que a sobrevivência de um conjunto de ordenamentos internacionais depende da existência de estruturas jurisdicionais que fiscalizem a conformidade das decisões nacionais com determinadas normas: eis o que sucede, por excelência, no âmbito económico, designadamente com as decisões de certos órgãos da Organização Mundial do Comércio ou instituídas no âmbito do NAFTA. Cf., v. g., HALBERSTAM, «Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World», in: DE BÚRCA/WEILER (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 153 e ss.

<sup>(98)</sup> OSSENBÜHL, «Grundsätze...», *cit.*, p. 615.

<sup>(99)</sup> Cf., v. g., Acórdão «Loizidou/Turquia (Excepções Preliminares)», de 23.03.1995, Rec. 15318/89, § 75; Acórdão «Al-Skeini e outros/Reino Unido», de 07.07.2011, Rec. 55721/07, § 141 (*instrument constitutionnel de l'ordre publique européenne*).

<sup>(100)</sup> Ou, nas palavras do recente Protocolo n.º 15, de reconhecer que as Partes Contratantes gozam de uma *margin de apreciação* no que se refere à tarefa de assegurar os direitos consagrados na Convenção, ainda que “*sob a supervisão* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. Este Protocolo ainda não entrou em vigor, porquanto a sua vigência depende da manifestação de todas as Partes Contratantes em ficarem por ele vinculadas (cf. art. 7.º). Sobre o estado atual das vinculações, cf. <http:/

gem de apreciação<sup>(101)</sup>, enquanto constitui um meio para definir as relações entre este e as autoridades estaduais nacionais<sup>(102)</sup>. Esta referência não se dirige a identificar a margem de apreciação com a proporcionalidade, visto que a primeira releva no estabelecimento da fronteira entre o âmbito da discricionariedade conferida a um órgão nacional (legislativo, administrativo ou judicial) e o âmbito da discricionariedade do juiz internacional (*in casu*, do TEDH), permitindo a consideração da importância que o direito afetado assume no ordenamento jurídico do Estado em causa<sup>(103)</sup>. As relações entre margem de apreciação e proporcionalidade surgem na sua aplicação prática, porquanto a concessão de maior ou menor deferência aos Estados tem na sua base uma ponderação que leva em linha de conta aspetos relacionados com a legitimidade democrática, a prática habitual e presente dos Estados, e a *expertise*<sup>(104)</sup>. Ora, neste contexto, não se considerarão incompatíveis com a CEDH, em particular, medidas provenientes de Estados democráticos que, fundamentadas por razões de interesse público, não sejam *manifestamente desprovidas de razoabilidade (ou proporcionalidade)*<sup>(105)</sup>, ou que se encontrem em conformidade com os critérios desenhados pelo próprio TEDH<sup>(106)</sup>, admitindo ainda (e em homenagem à ideia de subsidiariedade, mas também, de ponderação e de imparcialidade em sentido objetivo) que as autoridades nacionais dos Estados, por terem um conhecimento direto da situação local, da sociedade e das suas necessidades, estejam em melhores condi-

---

[/www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p\\_auth=Iq0yNptJ](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=Iq0yNptJ)> (último acesso em 09.02.20202).

<sup>(101)</sup> Entre a inúmera bibliografia nesta temática, v., sobre as origens da doutrina da margem de apreciação como princípio interpretativo das normas da CEDH, v. a síntese de GREER, «The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?», in: *UCL Human Rights Review*, Vol. 3, 2010, p. 2 e ss.; e, agora com um olhar crítico, designadamente quanto à forma (mais ou menos indeterminada) com que o TEDH aplica o critério da margem de apreciação, cf. DELMAS-MARTY, *Le Relatif et l'Universel — Les Forces Imaginantes du Droit*, Vol. I, Seuil, Paris, 2004, p. 66 e ss.

<sup>(102)</sup> Cf., v. g., Acórdão «A. e outros/Reino Unido», de 19.02.2009, Rec. 3455/05, § 184.

<sup>(103)</sup> ASSIM, BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 748.

<sup>(104)</sup> Trata-se da posição defendida por LEGG (*The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 69 e ss.) e que aqui seguimos de perto.

<sup>(105)</sup> Cf. Acórdão «Janh e outros/Alemanha», de 30.06.2005, Recs. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 116 e 125; utilizando o critério da razoabilidade, mas agora para recusar deferência às autoridades nacionais, cf. Acórdão «Chassagnou e outros/França», de 29.04.1999, Recs. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, §§ 112, 113, 118 e 121.

<sup>(106)</sup> Cf. Acórdãos «MGN Limited/Reino Unido», de 18.01.2011, Rec. 39401/04, § 155; «Palomo Sánchez e outros/Espanha», de 12.09.2011, Recs. 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06, § 57; «von Hannover/Alemanha (n.º 2)», de 07.02.2012, Recs. 40660/08 e 60641/08, § 107.

ções de decidir que o juiz internacional (tornando desnecessário, salvo se existirem razões ponderosas, que o TEDH se substitua ao juízo das jurisdições nacionais)<sup>(107)</sup>. Neste sentido, margem de apreciação e proporcionalidade representarão duas faces da mesma moeda, pelo que quanto mais intenso se mostrar o controlo da proporcionalidade, menor será a margem concedida às autoridades nacionais<sup>(108)</sup>.

Por outro lado, a proporcionalidade surge também ligada à ideia de democracia: sobretudo em matérias relacionadas com a liberdade de expressão (cf. art. 10, n.º 2, da CEDH), o TEDH associa a dimensão da proporcionalidade em sentido estrito à ponderação entre os prejuízos causados aos direitos afetados e os benefícios para os interesses públicos ou para o bem comum, no sentido daquilo que se revela necessário a uma sociedade democrática<sup>(109)</sup>.

## 5. Reflexões finais

As dificuldades inerentes ao princípio da proporcionalidade relacionam-se com a tipologia e a intensidade dos juízos que este pressupõe, sobretudo enquanto desempenha uma função de controlo (e se assume como parâmetro da validade dos atos jurídico-públicos).

O entendimento e o alcance a conferir ao princípio (e às respetivas dimensões) pelo juiz constitucional não prescindem do cotejo com o princípio da separação de poderes, em especial, da conjugação entre o âmbito (e os limites) da Justiça Constitucional e o poder de conformação do legislador.

As observações apontadas permitem compreender por que motivo consideramos quer o ativismo, quer a autocontenção jurisdicionais nesta matéria como patologias do sistema. Ambas as tendências correspondem a uma inobservância (por excesso ou por defeito, respetivamente) do sistema de *checks and balances*, assegurado pela convivência entre a autonomia do legislador e o controlo jurisdicional da validade da sua atuação. Na verdade, a partir do momento em que se acolhe a admissibilidade de uma

---

(107) Cf., v. g., Acórdãos «Hatton e outros/Reino Unido», de 08.07.2003, Rec. 63022/97, § 88, e «Janh e outros/Alemanha», *cit.*, § 91.

(108) Assim, ARAI-TAKAHASHI, *The Margin...*, *cit.*, p. 14 (refletindo, nos pontos seguintes, sobre a projeção do princípio da proporcionalidade na doutrina da margem de apreciação).

(109) Salientando este aspeto, cf. ZYSSET, «Freedom of Expression, the Right to Vote, and Proportionality at the European Court of Human Rights: An Internal Critique», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, Vol. 17, 2019, p. 234.

fiscalização dos atos legislativos por um juiz constitucional apenas se poderá exigir que, nesta tarefa de controlo, o órgão cumpra a sua função e fiscalize as atuações legislativas (em especial, para o tema que nos ocupa, as que restringem direitos fundamentais) *até aos limites da sua função (jurídica ou jurídico-normativa), embora sem nunca os ultrapassar*; ou, na perspectiva oposta, e se o quisermos dizer com Alexy<sup>(110)</sup>, “a fiscalização da constitucionalidade [está] confinada ao controlo dos limites da competência do legislador”. Trata-se tão-só de extrair todas as consequências da conceção (que propugnamos) segundo a qual o direito constitui referente de sentido da realização da Constituição pelo juiz constitucional, referente esse que não pode ficar à mercê das orientações mais ou menos interventivas do intérprete: a realização (jurisdicional e jurídica) da Constituição há de pautar-se sempre pelo direito, não devendo satisfazer estratégias ou objetivos de natureza extrajurídica (nomeadamente, conjunturalmente política).

Salientámos que a índole marcadamente dinâmica<sup>(111)</sup> do princípio lhe tem permitido receber novos influxos através da partilha de experiências jurisprudenciais e em resultado da assunção, pelos tribunais internacionais (ou supranacionais), de funções paralelas às dos juízes constitucionais dos Estados.

Todavia, se um dos pressupostos do princípio da proporcionalidade — a inclusão no seio do princípio do Estado de direito —, os mais recentes desenvolvimentos constitucionais demonstram que os desafios estão longe de haver terminado. A criação e posterior expansão do princípio da proporcionalidade representou uma das expressões do movimento do direito constitucional comparado e dos designados “empréstimos constitucionais”, o qual acabou por obter uma disseminação muito alargada em virtude dos pressupostos valorativos que transporta. Os problemas assomam porque, atualmente, os modelos que estão a atrair novos (e menos novos...) Estados são aqueles que possuem características mais autoritárias (embora sob vestes de uma semântica democrático-constitucional), pondo em causa as dimensões essenciais do constitucionalismo<sup>(112)</sup>. Esta aproximação acon-

---

<sup>(110)</sup> ALEXY, «Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, 2012, p. 519, justamente a propósito do princípio da proporcionalidade.

<sup>(111)</sup> Aludindo já a uma certa dimensão dinâmica (não do princípio, mas) dos graus de controlo do princípio da proporcionalidade, v. CARLA AMADO GOMES/DINAMENE DE FREITAS, «Portugal...», *cit.*, p. 331, embora num sentido diverso (meramente circunstancial e não necessariamente evolutivo).

<sup>(112)</sup> Refletindo sobre esta matéria, v. DIXON/LANDAU, «1989-2019: From Democratic to Abusive Constitutional Borrowing», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 2, Vol. 17, 2019, p. 489 e ss.

tece, pois, apesar da mobilização do *design* constitucional europeu democrático e do respetivo mapa conceptual — determinando que, na prática, as novas autocracias utilizem este *instrumentarium* (e também o princípio da proporcionalidade) para legitimar e justificar a natureza apropriada das suas ações, invertendo precisamente as dimensões axiológicas inerentes àqueles princípios<sup>(113)</sup>. Eis o horizonte em que poderá assumir maior importância a Justiça Constitucional global, enquanto confere a instâncias como o TEDH (ou hoje também o TJUE)<sup>(114)</sup> a função de juízes constitucionais com impacto supranacional<sup>(115)</sup>. O princípio da proporcionalidade é, assim, renovadamente chamado a desempenhar um papel central na consolidação e defesa dos fundamentos do Estado de direito.

---

(113) Cf. DIXON/LANDAU, «1989-2019...», *cit.*, § 2, referindo estarmos, neste contexto, perante “empréstimos constitucionais abusivos”, focando, em especial, exemplos do direito húngaro ou polaco.

(114) Cf., a propósito do TJUE como ator da *global judicial review*, as considerações que tece-mos em *Os Direitos...*, *cit.*, p. 237 e ss.

(115) Como sucedeu, paradigmaticamente, na análise da compatibilidade com o direito da União Europeia do regime polaco sobre a aposentação dos juízes (alegadamente aprovado com o propósito de afastar um conjunto de juízes do Tribunal Supremo). Cf. Acórdãos do TJUE «Comissão Europeia/República da Polónia», de 24.06.2019, P. C-619/18, esp.<sup>te</sup> § 76 e ss. (considerando inclusivamente que a medida em causa não é justificada por um motivo legítimo — cf. § 96); «Comissão Europeia/República da Polónia», de 09.11.2019, P. C-192/18, esp.<sup>te</sup> § 113 e ss., quanto à mobilização do princípio da proporcionalidade e as possibilidades de restrição do direito à inamovibilidade dos juízes.



# CLÁUSULAS DE PREÇO FIXO, DE AJUSTAMENTO DE PREÇO E DE ALTERAÇÃO MATERIAL ADVERSA (“MAC”) E CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR — Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos

*Por Catarina Monteiro Pires(\*)*

## *SUMÁRIO:*

**1.** Introdução. **2.** Cláusulas de preço fixo, cláusulas de ajustamento do preço, cláusulas de alteração material adversa (“MAC”) e risco de desequilíbrio contratual em contratos prolongados. **3.** Cláusulas de força maior e risco de maiores despesas.

*Na progressão, nenhum sistema judiciário poderia suportar a avalanche de processos que surgiriam. Não é desejável a judicialização da vida corrente: só casos patológicos devem ser trazidos a juízo. A segurança jurídica obsta a que sobre todas as relações da vida pare a ameaça de apreciação judicial, por invocação de alteração de circunstâncias<sup>(1)</sup>.*

## **1. Introdução**

**1.** A pandemia trouxe consigo várias perturbações na execução de contratos. Na lei, e em particular no Código Civil, vários são os institutos

---

(\*) Doutora em Direito e Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

(1) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”*, ROA, ano 65, 2005, p. 625 ss.

que podem resolver muitas dessas perturbações e os desequilíbrios por elas gerados. Há ainda um conjunto amplo de diplomas emergenciais, de cariz excecional, por vezes a acrescentar meios de reação aos que resultam da lei geral, em particular no que respeita à distribuição de riscos contratuais.

No mês de março de 2020, estavam pendentes variados negócios de aquisição de empresas com contratos já assinados, em marcha diversas empreitadas comerciais, em curso muitos contratos de fornecimento comerciais, entre outros negócios. Vários desses contratos terão contemplado cláusulas relevantes para determinar a quem pertencem os riscos resultantes das contingências trazidas pela pandemia. Ora, no presente artigo, pretendemos analisar não os institutos legais, sobre os quais já nos debruçámos, antes<sup>(2)</sup> e depois da pandemia<sup>(3)</sup>, mas precisamente certas cláusulas contratuais comerciais típicas com influência, direta ou indireta, na distribuição de riscos contratuais, em particular em dois riscos específicos: desequilíbrio contratual e de dispêndios perante uma impossibilidade temporária.

**2.** Restringiremos a nossa análise a contratos comerciais, tendo em mente a realidade de acordos negociados sem indícios de assimetrias informativas de base, sendo as partes contraentes sofisticados, conhecedores dos negócios, com oportunidade de esclarecer o que lhes parece relevante antes de celebrar o contrato. Não quer isto naturalmente dizer que, do ponto de vista negocial, tivessem tido oportunidade de convencionar uma cláusula de *hardship* ou de ajustamento do preço: tudo depende do contexto da negociação. Mas pode querer dizer que, de acordo com regras da experiência, a possibilidade de um contrato prolongado no tempo estar sujeito a flutuações económicas e financeiras esteve no horizonte de representações, expressas ou implícitas das partes<sup>(4)</sup>. A redistribuição de riscos terá de ser então limitada a casos de alteração radical das fundações factuais do contrato.

---

<sup>(2)</sup> CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra, 2017, em particular p. 213 ss, e, mais recentemente, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 21 ss. Pode ainda ver-se *Efeitos da alteração das circunstâncias*, *O Direito*, 2013, I-II, p. 181 ss.

<sup>(3)</sup> Vide CATARINA MONTEIRO PIRES, *Novo Coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa 2020, coord. Catarina Monteiro Pires, anotação aos arts. 790.º e ss e *Modificar, Renegociar o Contrato, Reduzir as prestações*, em *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual — Estratégias Jurídicas*, ebook CIDP, 2020, p. 36 ss.

<sup>(4)</sup> Sobre este ponto, e justificando a contenção de tribunais arbitrais internacionais na aceitação da existência de *hardship* com o argumento segundo o qual os contraentes poderiam ter previsto uma cláusula que acautelasse o risco, MAHMOUD REZA FIROOZMAND/JAVAD ZAMANI, *Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding*, em *Arbitration International*, 2017, 33, (p. 395 ss), p. 410.

3. Sob pano de fundo da nossa pesquisa, estão ainda duas outras circunstâncias. Por um lado, nos contratos comerciais é comum que as partes pretendam desenhar cláusulas “feitas à medida” em vez de deixar a atribuição de riscos causados por superveniências contratuais à mercê de normas legais, em regra de caráter relativamente indeterminado. Por outro lado, alguns estudos depõem no sentido de um aumento de referências expressas a pandemias em contratos comerciais, mesmo que no sentido de excluir a situação de um caso de força maior<sup>(5)</sup>. A ideia de que a pandemia que afeta a atual economia era algo totalmente impensável para os agentes económicos (enquanto fenómeno pandémico, naturalmente, não *enquanto tal*) pode ser difícil de sustentar perante estes dados.

4. A delimitação do nosso tema torna claro que não esgotaremos aqui todos os problemas de determinação de risco num contrato. Por um lado, porque existem ainda outras cláusulas com influência em *riscos contratuais*, por atribuírem um determinado contorno e âmbito à própria prestação. Reservaremos, desde logo, para um estudo subsequente a análise da cláusula de *hardship*<sup>(6)</sup>. O mesmo faremos em relação às cláusulas de renegociação<sup>(7)</sup> e às cláusulas de *change in law*, que habitualmente estabelecem que o contrato deve ser renegociado entre as partes, se se tornar mais difícil o seu cumprimento em virtude de alteração legal superveniente. Por outro lado, porque a omissão contratual também suscita questões complexas do ponto de vista da distribuição de risco<sup>(8)</sup>.

---

(5) MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, em *Law in the time of Covid-19*, coord. Katharina Pistor, Columbia University, 2020, p. 145.

(6) Sobre estas pode ver-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES, “A «hardship clause» e o problema da alteração das circunstâncias: breve apontamento”, *Juris et de Jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto*, 1998, p. 17 ss ou, dos mesmos Autores, *Rebus sic stantibus — hardship clauses in the Portuguese law*, ERPL, 1998, p. 319 ss.

(7) Entre nós, JÚLIO GOMES, *Cláusulas de hardship*, p. 167 ss, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, *Rebus sic stantibus*, p. 319 ss.

(8) Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Erro sobre a base do negócio*, CDP n.º 43, Julho/Setembro 2013, p. 3 ss) existiriam alguns parâmetros que permitiriam auxiliar o juízo de atribuição do risco. Além dos casos em que o problema pudesse ficar esclarecido através da interpretação do contrato, nos casos omissos, a definição da margem de risco poderia operar através de vários critérios, de forma isolada ou conjugada, que impõem uma incidência tendencial do risco: imputação à parte que controla o fator alterado, imputação à parte a quem compete a prestação característica, imputação à parte que atua com motivação especulativa, atribuição à parte mais forte, pelo nível de conhecimentos ou pelo poder económico-financeiro e, finalmente, repartição equitativa, através de modificação.

## 2. Cláusulas de preço fixo, cláusulas de ajustamento do preço, cláusulas de alteração material adversa e risco de desequilíbrio contratual em contratos prolongados

1. É comum o entendimento de que, nos contratos de preço fixo, os riscos relativos ao preço e a agravamento de custos são suportados apenas pelo comprador, construtor ou fornecedor<sup>(9)</sup>, mas o ponto está longe de gerar consenso, discutindo-se se as exigências da boa-fé permitem, neste caso, um total afastamento de uma modificação do preço<sup>(10)</sup>.

Esta é uma questão antiga no civilismo europeu. Assim, já no caso julgado pelo BGH a 8 de fevereiro de 1978, estava em causa uma situação em que um importador celebrou um contrato de fornecimento de longo prazo de petróleo por preço fixo no final do ano de 1972, para o ano de 1973, sobrevivendo, porém, uma subida extraordinária do preço (seis vezes mais caro). O importador viu-se privado da possibilidade de fornecer, porque o seu próprio fornecedor recusou o fornecimento. O comprador pediu ao tribunal a condenação do importador a uma indemnização. O BGH recusou aplicar a doutrina do desaparecimento da base do negócio, uma vez que o contraente poderia ter previsto a subida do preço, mas aludiu, também (embora não viesse a ser esse o fundamento da decisão) ao facto de o devedor ter aceitado um preço fixo<sup>(11)</sup>.

2. Não é da existência abstrata de uma cláusula que se extrai uma conclusão de relevância ou de irrelevância de um mecanismo ou a possibilidade de modificar um contrato, por alteração das circunstâncias (cf. art. 437.º do Código Civil)<sup>(12)</sup>. A relevância de uma cláusula de preço fixo depende do tipo de contrato e do tipo de prestações e só pode ser apurada mediante interpretação do negócio jurídico. Saber se o preço fixo visou “estabilizar o contrato” contra qualquer variação endógena ou exó-

---

<sup>(9)</sup> Cf., por exemplo, HERFRIED WÖSS, ADRIANA RIVERA, [et al.], *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts*, Oxford University Press, 2014, p. 68, THOMAS FINKENAUER, anotação ao §313 BGB, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§241-432, org. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Harmut Oetker, Bettina Limperg, red. Wolfgang Krüger, Beck, Munique, 2016, (7.ª ed.) (cit., MÜKO/FINKENAUER, §313), n.m. 67.

<sup>(10)</sup> Vide por exemplo, MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübinga, p. 116 ss, TOBIAS LETTL, *Die Anpassung von Verträgen des Privatrechts*, JuS 2001, p. 248 ss e JuS 2001, p. 347 ss.

<sup>(11)</sup> WM, 1978, p. 322 ss, em particular p. 323. Pode ainda ver-se a anotação de VOLKER EMMERICH, anotação JuS 1978, p. 487 ss.

<sup>(12)</sup> Sobre os requisitos do art. 437.º, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 179 ss e bibliografia aí citada.

gena, com reflexos no preço, é uma conclusão que só se pode extrair mediante interpretação das estipulações contratuais.

3. É certo que uma cláusula de preço fixo numa empreitada chave na mão tende a equivaler a uma transferência do risco para o empreiteiro, desde que não haja elementos em contrário no contrato.

A empreitada comercial é um contrato prolongado, de atividade prolongada, sendo ainda, na maioria dos casos, um contrato com relações de cooperação intensas. Os contratos de empreitada são normalmente contratos com regulação exaustiva e que contemplam cláusulas de força maior e podem contemplar outras cláusulas com relevância neste contexto. Se se tratar de uma empreitada que siga um padrão contratual previamente fixado, como um contrato chave na mão do modelo FIDIC, existirão, além das cláusulas de força maior, outras cláusulas típicas de distribuição de riscos.

Ora, a fixação do preço num contrato de empreitada significa, na maioria dos casos, a eliminação do risco de maiores custos a cargo do dono da obra e, conseqüentemente, a aceitação de possíveis variações de custos a cargo do empreiteiro. Contudo, o S.T.J. já considerou que “uma empreitada ajustada por “preço global” só tendencialmente assume uma feição rígida e fixa quanto a este elemento do contrato de empreitada”<sup>(13)</sup>.

Uma análise interessante deste problema, com aplicação nas empreitadas, encontramos em HELMUT KÖHLER. Segundo o Autor, saber a quem deve ser atribuído o risco seria uma questão de interpretação do contrato e da interpretação das normas dispositivas<sup>(14)</sup>. Uma cláusula de preço fixo não significaria que o empreiteiro devesse aceitar todo e qualquer risco de subida anormal do preço das matérias-primas. A interpretação complementadora do contrato poderia conduzir a um outro resultado, revelando que em causa estavam apenas riscos previsíveis, que um empreiteiro, agindo racionalmente, poderia calcular aquando da celebração do contrato, ou mesmo mais tarde, antes da verificação da subida do preço (tendo em vista a cobertura do mesmo, se possível)<sup>(15)</sup>.

4. Num contrato de compra e venda de participações sociais, em particular na venda da empresa através da venda de participações sociais,

---

<sup>(13)</sup> Ac. 8 de maio de 2012, relator Gabriel Catarino.

<sup>(14)</sup> HELMUT KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Munique, 1971, p. 304.

<sup>(15)</sup> *Idem*, p. 303.

distinguem-se vários modos de determinação do preço<sup>(16)</sup>. Um deles é o de preço fixo, também designado de “*locked box mechanism*”, muitas vezes contraposto ao modelo de preço ajustável em função das contas de fecho, também designado de “*completion accounts mechanism*”<sup>(17)</sup>. No caso de preço fixo, tal como o nome sugere, o preço acordado e estabelecido no contrato (na data da celebração do contrato) não sofre alteração posterior, designadamente por ocasião do chamado “fecho do negócio” que corresponde à efetiva transmissão das participações sociais. O cálculo do preço é realizado tendo por base elementos financeiros com data anterior à efetiva transmissão das participações sociais, sejam eles as últimas contas anuais aprovadas ou um balanço intercalar. Uma vez que o contrato de compra e venda de participações sociais é um contrato de execução diferida, havendo, nesta medida, um prolongamento temporal e um hiato entre a celebração do contrato e o fecho do negócio (o chamado “*interim period*”), poderão ocorrer vicissitudes entre a data dos dados financeiros e a data do fecho do negócio que não são refletidas no preço. Contudo, não quer dizer que essas contingências não sejam refletidas ou acauteladas no próprio contrato de compra e venda de participações sociais, seja através de cláusulas de declarações e garantias, seja através do estabelecimento de regras relativas à condução dos negócios sociais no *interim period*<sup>(18)</sup>.

Em regra, uma disputa de M&A não se resume a uma só questão jurídica, sendo frequente a articulação, conjugada ou subsidiária, de vários meios de reação. Procurando analisar os problemas mais agudos, a pergunta que se coloca muitas vezes é a de saber se o acordo de uma cláusula de preço fixo exclui a aplicação do art. 437.º do Código Civil, podendo ainda perguntar-se se ausência de uma cláusula de ajustamento ou de uma cláusula MAC equivale à aceitação de um preço fixo.

O art. 437.º, n.º 1, do Código Civil estabelece o seguinte: “se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e **não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato**” (o negrito é

---

(16) Sobre outros aspetos da venda da empresa pode ver-se CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de empresas e de participações acionistas — problemas e litígios*, Almedina, Coimbra, 2018.

(17) GERHARD WÄCHTER, *M&A Litigation. M&A Recht im Streit*, RWS, Colónia, 2017 (3.ª ed.), p. 757 ss. Para outros modelos, nomeadamente, determinação por terceiro, MATHIAS HABERSACK, *Preisfeststellung durch Schiedsgutachten beim Unternehmenskauf*, Der Betrieb, 2009, p. 44 ss.

(18) Sobre este *interim period* e os *covenants* desta fase, pode ver-se o que diremos abaixo sobre o caso *Akorn Inc v Frenesius Kani AG*.

nosso). Embora o domínio da alteração das circunstâncias não seja incontrovertido, parece-nos que estão em causa *em primeira linha* perturbações na equivalência originária das prestações (que não se confunde com sinalagma)<sup>(19)</sup>, na esteira do que tem vindo a ser admitido no direito alemão<sup>(20)</sup> e que não ficam excluídas do art. 437.º situações de “grande alteração das circunstâncias”<sup>(21)</sup>. A doutrina portuguesa tem refletido abundantemente sobre os requisitos necessários a uma modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias e realçado que uma tal alteração pressupõe um prejuízo relevante<sup>(22)</sup>, fazendo-se acompanhar por uma jurisprudência de um modo global cautelosa na aplicação destes mecanismos.

O art. 437.º não é um artigo para “ser aplicado” pelos tribunais. É uma norma que os tribunais interpretam e densificam com inarredáveis margens de densificação em função do caso concreto. É para isso que serve, enquanto *válvula de escape* do sistema. A utilização de uma cláusula de distribuição de risco pode até servir para afastar a aplicação do art. 437.º, mas nunca anula totalmente um juízo de concretude, nem dispensa uma interpretação do contrato como um todo e a estipulação contratual sobre o risco será também um enunciado aberto a interpretação. Contudo, o art. 437.º não serve para alterar a distribuição de risco projetada pelas partes, mas sim para a preservar. Se o risco tiver sido contratualmente acautelado, a intervenção do art. 437.º não deverá servir para corrigir supervenientemente o que *ab initio* não deve ser corrigido. Acautelar um risco num contrato não é apenas fazer-lhe referência expressa: pode haver referências implícitas, acordos tácitos e até lacunas a suprir pelo tribunal.

Na indagação sobre a aplicabilidade do art. 437.º, o argumento segundo o qual as partes não tiveram em mente *aquela vicissitude* ao contratar deve ser relativizado, dado que o Código Civil manifesta abertura a um conceito objetivo de base do negócio, mas não pode deixar de se notar também que em negócios comerciais prolongados e sofisticados, com vários mecanismos de distribuição de risco, a omissão pode, efetivamente, equivaler, perante as circunstâncias do caso concreto, à aceitação da regra segundo a qual o risco se materializa na esfera onde se projeta. Mas dizer

---

(19) CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 197 ss.

(20) Assim, WALTER DORALT, *Langzeitverträge*, p. 376 *et passim*.

(21) Sustentando que, no caso da pandemia, os prejuízos e riscos não devem ser transferidos de uma parte para a outra, mas partilhados, MARC-PHILIPPE WELLER/MARCUSLIEBERKNECHT/VICTOR HABRICH, *Virulentes Leistungsstörungen — Auswirkungen der Coronakrise auf die Vertragsdurchführung*, *NJW* 2020, (p. 1017), p. 1021.

(22) Aludindo mesmo a um “dano” com “certa envergadura”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 687.

isto não é afirmar que a mera circunstância de as partes não terem atribuído um determinado risco a uma delas equivale a acordar que o risco deva cair na esfera da outra.

O aspeto fundamental está na ligação entre a circunstância ocorrida e os riscos próprios do contrato. A confirmação de que a cláusula de preço fixo exclui o art. 437.º só pode ser encontrada depois de determinado o sentido da cláusula de preço fixo e a esfera de riscos subjacente à mesma. A conclusão de que, tendo as partes acordado um preço fixo, o contrato é modificável ou resolúvel por alteração das circunstâncias não parece ser a mais favorecida pelas máximas da experiência. Contudo, não é possível excluir em absoluto que, mediante alegação e prova<sup>(23)</sup>, seja possível fixar que não resulta do contrato uma atribuição dos riscos exteriores à atividade de condução dos negócios sociais, ou de todos eles, ao comprador<sup>(24)</sup>. Além destes aspetos factuais, haverá, depois, que examinar o contrato como um todo, nomeadamente no que respeita a cláusulas de declarações em garantias, cláusulas de condução dos negócios sociais e *covenants* relativos ao *interim period*.

Nenhum destes aspetos contraria a ideia de uma “omnipresença da boa fé” no preceito do art. 437.º<sup>(25)</sup>, a justificar “o tipo e a intensidade que as alterações hão-de assumir” e a “justificar a modificação ou a resolução do contrato”<sup>(26)</sup>.

5. Nos contratos de compra e venda de ações, cujo valor se altera com o fluir da atividade comercial e das próprias condições de mercado, as partes podem optar por um método de determinação de preço de acordo com as contas de fecho. Neste caso, o preço de referência acordado aquando da celebração do contrato é modificado, em função de certas

---

<sup>(23)</sup> Quanto à prova em causa, podem também ter relevância as chamadas cláusulas de *entire agreement*. As cláusulas de acordo integral podem ter redações variadas, mas, na sua tipicidade social, uma redação frequente é a que dispõe que “este contrato corresponde ao acordo integral das Partes quanto às matérias nele tratadas”. Sobre este aspeto, cf. o nosso estudo CATARINA MONTEIRO PIRES, *Cláusulas de acordo integral e de solução única ou de “remédio” único, A tutela dos credores*, UCP, no prelo. A doutrina continental tem admitido ainda a validade das cláusulas de *entire agreement* e a sua projeção na delimitação dos elementos interpretativos relevantes. Assim, MARK ANDRÉ CZARNECKI, *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2016, p. 208 ss, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas. Problemas e Litígios*, pp. 69-70.

<sup>(24)</sup> Retomamos o que dissemos em *Reduzir as prestações*, em *Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual — Estratégias Jurídicas*, ebook CIDP, 2020, p. 36 ss.

<sup>(25)</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, p. 1108.

<sup>(26)</sup> *Idem*, p. 1108.

variáveis financeiras (como a dívida financeira líquida ou o fundo de manei) e à luz de contas preparadas num momento posterior, em regra coincidente com o fecho do negócio ou transmissão efetiva das participações (“contas de fecho”). Também aqui se podem colocar questões no que respeita à alteração de circunstâncias. O acordo entre as partes quanto ao ajustamento do preço é definido em função de certos parâmetros ou variáveis. Podem, porém, verificar-se vicissitudes, desde logo contingências relativas a expectativas futuras de investimento não concretizadas nas contas, que venham a lograr-se, perguntando-se qual deverá ser o seu enquadramento, se se traduzem numa lacuna contratual ou, no limite, se as mesmas podem ser compreendidas como uma “base do negócio” cuja perturbação justifica a aplicação do art. 437.º do Código Civil.

6. As cláusulas de ajustamento de preço acima referidas não se confundem com as chamadas cláusulas de *earn out*, que visam permitir um ajustamento do preço em função de determinadas variáveis, após o momento do fecho do negócio, isto é, da efetiva transmissão da empresa ou das participações sociais para o comprador<sup>(27)</sup>. Essas variáveis podem ser diversas, pode tratar-se da evolução financeira da sociedade visada ou de objetivos a cumprir por esta. A verificação do facto previamente acordado implica um ajustamento do preço e o pagamento de uma parcela adicional. Podem ser propostas pelos vendedores como forma de partilha de um benefício incerto ou propostas pelo comprador, ao oferecerem um preço mais baixo do que o proposto pelo vendedor.

Na ausência de uma cláusula de *earn out* será extremamente difícil sustentar que o preço de um contrato de compra e venda já executado (ativos ou participações sociais transferidas e preço pago) deve poder ser modificado ao abrigo do art. 437.º. A partilha de um determinado *upside* com o vendedor depende da estipulação do *earn out* ou de mecanismo convencional funcionalmente semelhante, sob pena de preterição do princípio da estabilidade dos contratos já executados<sup>(28)</sup>.

7. Ainda com relevo para o problema que nos ocupa, são conhecidas as cláusulas “MAC” nos contratos de compra e venda de participações

---

<sup>(27)</sup> FERNANDO SÁ, *A determinação contingente do preço de aquisição de uma empresa, Aquisição de empresas*, Coimbra editora, Coimbra, 2011, p. 401 ss.

<sup>(28)</sup> Entre nós, a visão dominante parece ser no sentido da *inadmissibilidade* de resolução ou modificação de contratos já executados por alteração das circunstâncias, muito embora se admitam reservas ou desvios a este princípio geral, por exemplo, no caso de existir um interesse futuro de uma das partes contratualmente acautelado.

sociais<sup>(29)</sup>. Na sua fisionomia típica, estabelecem um direito de desvinculação extrajudicial sem custos, verificado um determinado contexto, caracterizado por determinadas ocorrências desfavoráveis entre o momento da celebração do contrato de compra e venda de ações e o da efetiva transmissão das mesmas<sup>(30)</sup>. Dizemos “desvinculação contratual” porque, em regra, não se trata de uma “resolução típica” ou, pelo menos, com os efeitos típicos previstos na lei portuguesa<sup>(31)</sup>. É menos frequente que as cláusulas MAC estabeleçam um direito de modificação do contrato.

Note-se, ainda, que as cláusulas de “*material adverse change*” não definem, em regra, o que é *material*, o que ocorre muitas vezes por opção das partes, dado que correspondem, na experiência comum, a cláusulas bastante negociadas entre as partes.

Um cenário de disputa típico<sup>(32)</sup> será aquele em que o comprador se desinteressa do negócio, perante uma quebra do EBITDA entre a assinatura do contrato e a transmissão das ações. Se as partes não tiverem de acordo quanto à desistência do negócio, é possível que o comprador alegue que a quebra daquele indicador financeiro se deve a uma circunstância prevista na cláusula MAC e que a quebra em causa é suficiente para permitir a desvinculação e que o vendedor procure alegar que não se trata de uma circunstância incluída na cláusula (ou excluída por um *carve out*) e/ou que a deterioração dos dados financeiros não é suficientemente intensa para permitir a desvinculação.

As cláusulas “MAC” têm conteúdos muito diferenciados, sendo impossível uma catalogação completa. Em termos gerais, a doutrina tem

---

<sup>(29)</sup> Parece-nos que estas cláusulas têm autonomia social. Contudo, em estudos práticos, conhecem-se posições no sentido de as reconduzir a cláusulas de força maior — assim, no contexto de contratos de financiamento, pode ver-se RAFAL ZAKRZEWSKI, *When is a material adverse change clause a force majeure clause?*, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, outubro de 2012, p. 547 ss.

<sup>(30)</sup> MARTIN HENSSLER, *Material Adverse Change-Klauseln in deutschen Unternehmenskaufverträgen (reine Modeerscheinung?)*, FS für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, org. Theodor Baums und Johannes Wertenbruch, Mohr Siebeck, 2006, p. 739 ss, KLAUS PETER BERGER/ESTHER FILGERT, *Material-Adverse-Change Klauseln in Wertpapiererwerbs- und Übernahmeangeboten*, WM 6/2005, p. 253 ss. No direito português, de FERNANDO OLIVEIRA SÁ, *Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, in *Direito Comercial e das Sociedades. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 427 ss.

<sup>(31)</sup> Na definição de ROBERT T. MILLER, *The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements*, 50 Wm. & Mary L. Rev. 2007, 2012 (2009), citada na sentença da Court of Chancery de Delaware, no caso *Akorn Inc v Frenesiun Kani AG* que adiante analisaremos “*MAC’ clauses, which provide that, if a party has suffered a MAC within the meaning of the agreement, the counterparty can costlessly cancel the deal*”.

<sup>(32)</sup> Não é o único, não fica excluída a utilização de cláusula em casos de frustração do fim.

proposto distinguir, consoante o meio de reação associado, entre cláusulas específicas e genéricas e, consoante o âmbito de aplicação desse mesmo meio, entre cláusulas relativas à sociedade visada, ao negócio desta, ao mercado em que esta opera ou a condições financeiras.

É igualmente importante atentar ao âmbito de aplicação da cláusula, por vezes construída com base em sucessivas exceções, como é o caso das cláusulas que estabelecem *carve-outs* (por exemplo, excluindo alterações regulatórias ou económicas do País onde a sociedade tem a sua sede) e, logo depois, limitações aos mesmos (por exemplo, aceitando que não fiquem excluídas tais alterações se tiverem um impacto desproporcional na sociedade visada quando comparada com outros agentes do mesmo mercado ou setor). Estas cláusulas frequentemente atribuem os riscos gerais do mercado ou indústria ao comprador e os riscos específicos da sociedade visada ao vendedor, mas a redação pode seguir um modelo de regra-exceção ou mesmo de regra-exceção-exceção (*rule/ carve out/ carve right back ou carve in*), o que aumenta a exigência interpretativa, tornando a cláusula numa espécie de “queijo suíço”. Esta dificuldade será tanto maior quanto determinada circunstância — a pandemia — não se encontre “nem no queijo, nem no buraco”, parafraseando um estudo recente a propósito do M&A da Tiffany & Copela LVMH<sup>(33)</sup>.

No caso recentemente em discussão da *Sycamore Partners vs L Brands Inc* quanto à aquisição da Victoria Secret (e Bath and Body Works)<sup>(34)</sup>, além da repercussão dos atos praticados no *interim period*, um

---

<sup>(33)</sup> MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, pp. 142-143.

<sup>(34)</sup> Veja-se por exemplo <<https://www.ft.com/content/3f458e9c-e864-4fe1-8740-37136bae7b62>>, acessido em 12.06.2020. De acordo com um contrato firmado em fevereiro de 2020 entre Sycamore e a L Brands, a Buyer LP, uma sociedade detida pela Sycamore, compraria uma participação maioritária na L Brand. Em virtude da pandemia causada pelo novo coronavírus, em março a L Brands adotou medidas de gestão que incluíam o fecho de determinadas lojas nos Estados Unidos e Canadá. Em abril de 2020, a Sycamore reagiu, anunciando a sua desvinculação do contrato e pedindo ao tribunal de Delaware que declarasse a validade da desvinculação (Court of Chancery, Delaware), alegando violação de “*covenants*” no *interim period*, designadamente a cláusula que previa o dever da vendedora de agir com os seus melhores esforços para preservar intactas as organizações dos negócios e as relações de negócio com terceiros. Na versão divulgada, o *interim covenant* dispunha (...), “*Parent shall and shall cause its subsidiaries to conduct the Business in the ordinary course consistent with past practice and to use their reasonable best efforts to preserve intact the Business and the relationships the Business with third parties and to keep available services of the Business’s present officers and employees...*”. O fecho do negócio estava condicionado ao cumprimento dos deveres da L Brands (“*The obligation of Buyer to consummate the Closing subject to the satisfaction (or, to the extent permissible, waiver by Buyer) of the following further conditions: Parent shall have performed in all material respects all of its... obligations hereunder required to be performed by it on or prior to the Closing Date*”).

dos problemas dizia respeito ao âmbito da cláusula MAC e do “carve out” acordado, que transcrevemos na versão divulgada, em língua inglesa:

*“Material Adverse Effect” means any state of facts, circumstances, condition, event, change, development, occurrence, result or effect (i) that would prevent, materially delay or materially impede the performance by Parent of its obligations under this Agreement...; or (ii) that has a material adverse effect on the financial condition, business, assets, or results of operations of the Business, **excluding, in the case of clause (ii) any effect to the extent directly or indirectly resulting from (A) national, international, foreign, domestic or regional social or political conditions (including changes therein) or events in general... (B) changes in any economic, financial, monetary, debt, credit, capital or banking markets or conditions (including any disruption thereof) or trends, ... (D) changes in regulatory conditions, including changes or proposed changes to Applicable Law..., (E) changes or conditions generally affecting the industry of the Business..., (H) the existence, occurrence or continuation of any pandemics, tsunamis, typhoons, hail storms, blizzards, tornadoes, droughts, cyclones, earthquakes, floods, hurricanes, tropical storms, fires or other natural or manmade disasters or acts of God or any national, international or regional calamity... except in the case of clauses (A) through (D), (G) and (H) to the extent (and only to the extent) that the Business is materially and disproportionately adversely affected thereby as compared to similar businesses in the industry of the Business”***<sup>(35)</sup>.

8. Quando um contrato preveja uma cláusula “MAC”, podem ser várias as questões que se colocam ao jurista. A *primeira*, a de saber se a contingência que causa a decisão de desvinculação constitui uma circunstância prevista na cláusula, depois de interpretada. A *segunda*, a de saber como se concretiza o “efeito material adverso”. A *terceira*, a de saber qual a relação entre o contrato e a norma do art. 437.º do Código Civil, questão a que já fizemos alusão a propósito de outras cláusulas de distribuição de risco.

Quanto à *primeira questão*, a análise global do risco não dispensará, entre outras tarefas, a investigação do restante clausulado contratual. Neste âmbito, poderão ter particular relevância as chamadas cláusulas de solução única ou de “remédio único”, numa tradução literal de “*sole remedy*” que visam, de um modo geral, demarcar os meios de reação das partes a uma perturbação contratual<sup>(36)</sup>. Imaginemos uma cláusula que disponha o seguinte “*na medida permitida por lei, a indemnização será a reação única e exclusiva disponível ao comprador em virtude de uma violação de uma garantia do vendedor*”. Imaginemos uma cláusula deste tipo em que

---

<sup>(35)</sup> <<https://www.deallawyers.com/blog/2020/04/big-mac-attack-sycamore-partners-seeks-to-exit-l-brands-deal.html>>, acessido em 12.6.2020.

<sup>(36)</sup> Retomamos o que escrevemos em CATARINA MONTEIRO PIRES, *Cláusulas de acordo integral e de solução única ou de “remédio” único, A tutela dos credores*, UCP, no prelo.

as partes positivamente indiquem, mais latamente, que o meio de reação a perturbações contratuais é apenas o previsto no contrato, não se encontrando estipulado contratualmente um mecanismo análogo aos consagrados no art. 437.º do Código Civil. Ultrapassada a questão da validade da cláusula<sup>(37)</sup>, a pergunta que se coloca é a de saber se uma cláusula destas pode, em certos casos, dificultar a aplicação do art. 437.º do Código Civil, o que não é, naturalmente, de excluir.

Quanto à *segunda questão*, ela deve ser enquadrada num âmbito mais vasto, que é o da *materialidade* exigível para uma “intervenção” em contratos prolongados. Como escrevemos noutro estudo, “a ideia de um “equilíbrio contratual”, quando referida a um contrato prolongado, não pode ser transformada num juízo pontual, a refletir apenas um momento, um episódio limitado, da vida desse mesmo contrato”<sup>(38)</sup>. No caso das cláusulas MAC, tratar-se-á, muitas vezes, de alegar e provar uma diminuição de proveitos significativa, do ponto de vista substancial e temporal<sup>(39)</sup>. A jurisprudência norte-americana tem vindo a construir, ainda que com algumas hesitações, alguns critérios de materialidade, realçando precisamente que a onerosidade ou desequilíbrio verificado tem de ser significativa, temporal e materialmente (“*durational significant*”)<sup>(40)</sup>.

Destaca-se, entre as decisões de Delaware, por ser recentes e pelo facto de ter decidido em sentido favorável à existência de *material adverse change*, o caso *Akorn Inc v Fresenius Kabi AG*, decidido em 2018<sup>(41)</sup>. Neste caso, depois da celebração do acordo entre as partes em abril de 2017 (*Merger Agreement*), a Fresenius declarou a desvinculação do contrato. Além da degradação dos dados financeiros da sociedade visada no *interim period*, um dos pontos em discussão prendia-se com a falta de verificação de uma *closing condition*, que correspondia à veracidade e completude de todas as declarações e garantias na data de fecho, salvo no caso de a violação não representar *material adverse change*<sup>(42)</sup>. No essen-

---

(37) No sentido da validade de vários mecanismos de remédio único, *vide* o nosso estudo citado na nota anterior.

(38) CATARINA MONTEIRO PIRES/DIOGO TAPADA DOS SANTOS, o “*Contratos prolongados*”: *entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização*, no prelo.

(39) Entre nós, pode ver-se FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, p. 439 ss.

(40) MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, p. 150, sintetizando as linhas de força das decisões de Delaware.

(41) *Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG*, 2018 WL 4719347 (Del. Ch. Oct. 1, 2018), *aff'd*, 2018 WL 6427137 (Del. Dec. 7, 2018).

(42) “*Material Adverse Effect*” means any effect, change, event or occurrence that, individually or in the aggregate (i) would prevent or materially delay, interfere with, impair or hinder the con-

cial, o tribunal (*court of chancery*)(<sup>43</sup>) considerou que as declarações e garantias quanto a aspetos regulatórios teriam sido violadas e que a Akorn não teria satisfeito a condição de fecho, além de não ter cumprido o *interim covenant* (“*commercially reasonable efforts to carry on its business in all material respects in the ordinary course of business*”). No que respeita à *material adverse change*, o tribunal entendeu que as questões regulatórias só poderiam ser resolvidas em três a quatro anos e com custos de cerca de 20% do valor da Akorn antes da aquisição (*standalone value*) e que a

---

*summation of the [Merger] or the compliance by the Company with its obligations under this Agreement or (ii) has a material adverse effect on the business, results of operations or financial condition of the Company and its Subsidiaries, taken as a whole; provided, however, that none of the following, and no effect, change, event or occurrence arising out of, or resulting from, the following, shall constitute or be taken into account in determining whether a Material Adverse Effect has occurred, is continuing or would reasonably be expected to occur: any effect, change, event or occurrence (A) generally affecting (1) the industry in which the Company and its Subsidiaries operate or (2) the economy, credit or financial or capital markets, in the United States or elsewhere in the world, including changes in interest or exchange rates, monetary policy or inflation, or (B) to the extent arising out of, resulting from or attributable to (1) changes or prospective changes in Law or in GAAP or in accounting standards, or any changes or prospective changes in the interpretation or enforcement of any of the foregoing, or any changes or prospective changes in general legal, regulatory, political or social conditions, (2) the negotiation, execution, announcement or performance of this Agreement or the consummation of the [Merger] (other than for purposes of any representation or warranty contained in Sections 3.03(c) and 3.04), including the impact thereof on relationships, contractual or otherwise, with customers, suppliers, distributors, partners, employees or regulators, or any litigation arising from allegations of breach of fiduciary duty or violation of Law relating to this Agreement or the [Merger], (3) acts of war (whether or not declared), military activity, sabotage, civil disobedience or terrorism, or any escalation or worsening of any such acts of war (whether or not declared), military activity, sabotage, civil disobedience or terrorism, (4) pandemics, earthquakes, floods, hurricanes, tornados or other natural disasters, weather-related events, force majeure events or other comparable events, (5) any action taken by the Company or its Subsidiaries that is required by this Agreement or at [Fresenius Kabi's] written request, (6) any change or prospective change in the Company's credit ratings, (7) any decline in the market price, or change in trading volume, of the shares of the Company or (8) any failure to meet any internal or public projections, forecasts, guidance, estimates, milestones, budgets or internal or published financial or operating predictions of revenue, earnings, cash flow or cash position (it being understood that the exceptions in clauses (6), (7) and (8) shall not prevent or otherwise affect a determination that the underlying cause of any such change, decline or failure referred to therein (if not otherwise falling within any of the exceptions provided by clause (A) and clauses (B)(1) through (8) hereof) is a Material Adverse Effect); provided further, however, that any effect, change, event or occurrence referred to in clause (A) or clauses (B)(3) or (4) may be taken into account in determining whether there has been, or would reasonably be expected to be, a Material Adverse Effect to the extent such effect, change, event or occurrence has a disproportionate adverse affect [sic] on the Company and its Subsidiaries, taken as a whole, as compared to other participants in the industry in which the Company and its Subsidiaries operate (in which case the incremental disproportionate impact or impacts may be taken into account in determining whether there has been, or would reasonably be expected to be, a Material Adverse Effect).*

(<sup>43</sup>) Decisão de 1.10.2018, disponível em <<https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=279250>>, consultada em 12.6.2020.

quebra do EBIDTA em 2017 em cerca de 55% tornavam a vicissitude registada “materialmente relevante”. O *Supreme Court de Delaware* confirmou a decisão<sup>(44)</sup>. Apesar de esta decisão ser muitas vezes interpretada como um movimento de *ressurgimento* ou de *valorização* de desvinculações contratuais fundadas em alterações materiais adversas, é também verdade que os factos que estão na base do caso não apresentam semelhanças com a situação dos desastres financeiros causados pela pandemia<sup>(45)</sup>.

Quanto à *terceira questão*, conhecem-se posições em sentido negativo<sup>(46)</sup>. Quanto a nós, como acima dissemos a propósito de outras cláusulas, trata-se de um problema de determinação do plano de risco do contrato.

Retomando ainda o que escrevemos em outro estudo recente, é “de reconhecer o carácter tendencialmente dispositivo das normas do Código Civil acerca das perturbações da prestação”, e se o “caso da estipulação contratual” for o “caso da hipótese verificada” (o que só se poderá determinar por interpretação do negócio jurídico, arts. 236.º e ss), devem as cláusulas contratuais ser convocadas, o que, em certos casos, pode levar ao afastamento do regime civil<sup>(47)</sup>. Recordando as palavras de Lord Reid no caso *Davis Contractors Ltd v Fareham U.D.C.*: “(...) a verdadeira interpretação dos termos do contrato é feita à luz da natureza do contrato e das circunstâncias que o rodeiam. Nesta perspetiva não há necessidade de considerar o que as partes pensaram ou como elas ou um homem razoável no seu lugar teria agido perante a nova situação se a tivesse previsto. A questão é a de saber se o contrato que as partes celebraram é, depois de interpretado, suficientemente amplo para se aplicar à nova situação (...)”<sup>(48)</sup>.

Além deste aspeto, há ainda que ter em conta que, apesar de distribuição do risco ser um problema central do direito contratual<sup>(49)</sup>, nem todos

<sup>(44)</sup> Decisão de 7.12.2018, acessível em <<https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=282110>>, consultado em 12.6.2020.

<sup>(45)</sup> Notando este aspeto, MATTHEW JENNEJOHN, *et al.*, *Covid-19 as Force Majeure in Corporate Transactions*, p. 151.

<sup>(46)</sup> Assim, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, p. 438: “as partes não podem, ao abrigo da sua autonomia, excluir genericamente a aplicação do regime da alteração das circunstâncias”.

<sup>(47)</sup> *Vide Novo Coronavirus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa 2020, coord. Catarina Monteiro Pires, anotação ao art. 790.º.

<sup>(48)</sup> All E.R., 1956, 2, p. 145 ss. Pode também ver-se EWAN MCKENDRICK, *Discharge by frustration*, p. 1485 ss.

<sup>(49)</sup> Elegendo o problema da repartição do risco como o tema central perante uma perturbação das prestações, cf. HANNES RÖSLER, *Hardship in German codified private law — in Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*, ERPL, 2007, 3, p. 483 ss. Também MARTIN HENSSLER reconhece ser a repartição do risco contratual uma função central do direito contratual pri-

os riscos podem ser anulados ou transferidos, em virtude da lei ou do contrato. Aliás, sofrer uma contingência pode ser o reverso da medalha de um benefício ou de uma atribuição<sup>(50)</sup>.

Pode, porém, neste terceiro plano, surgir um outro problema que é o de saber se, no caso de o contrato ser omissivo, se deve aceitar que a contraparte possa invocar a modificação do contrato. Isto porque a nossa lei prevê expressamente que a parte contra quem é requerida a resolução possa propor a modificação do contrato (cf. art. 437.º, n.º 2).

9. As cláusulas que aqui referimos são frequentes sobretudo em contratos prolongados. Como escrevemos noutra sede<sup>(51)</sup>, *em sentido amplo*, contratos prolongados são aqueles em que o vínculo contratual se estende no tempo, desde o momento da celebração do contrato até o da sua extinção, pelo integral cumprimento. Nesta conceção ampla, compreendem-se, desde logo, os tradicionalmente designados “contratos duradouros” e os “contratos de execução diferida” (instantânea, mas diferida)<sup>(52)</sup>. *Em sentido restrito*, contratos prolongados são aqueles em que há uma “prestação-atividade” prolongada e/ou uma “prestação-resultado” prolongada<sup>(53)</sup>. Ora, admitindo que a interpretação destes contratos é, muitas vezes, uma interpretação “reconstrutiva”<sup>(54)</sup> e sabendo que vários contratos com estas características contemplam cláusulas de distribuição do risco, a conclusão a retirar só pode ser a de que a interpretação do negócio jurídico é um exercício central e imprescindível.

As cláusulas que examinámos, enquanto estipulações contratuais, carecem naturalmente, de ser interpretadas. Este aspeto não constitui nenhuma novidade: qualquer cláusula, simples ou complexa, clara ou ambígua, carece de ser interpretada. No universo específico de contratos comerciais, há, porém, alguns aspetos a realçar. Já tivemos oportunidade de refletir sobre este tema, salientando quatro notas que aqui retomamos.

---

vado. Assim, as normas sobre impossibilidade da prestação ou sobre a mora, por exemplo, visariam uma adequada repartição de riscos contratuais entre as partes — MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, p. 12 s e 23 ss.

<sup>(50)</sup> Na definição de JOÃO BAPTISTA MACHADO, o risco surge como realidade objetiva, enquanto “perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica” — *Risco contratual e mora do credor*, em *Obra Dispersa*, I, Scientia Juridica, Braga, 1991, (p. 257 ss), p. 275.

<sup>(51)</sup> “*Contratos prolongados*”: *entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização*, em co-autoria com DIOGO TAPADA DOS SANTOS, no prelo.

<sup>(52)</sup> Por exemplo, um contrato de compra e venda de ações em que existe uma separação entre a celebração do negócio e o fecho do mesmo, através dos atos transmissivos das participações sociais.

<sup>(53)</sup> *Idem*, *Contratos prolongados*.

<sup>(54)</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, p. 19.

mos<sup>(55)</sup>. Primeira, há que conciliar as regras de interpretação com a existência de um “horizonte hermenêutico específico, profissional”<sup>(56)</sup>. Segunda, se o declaratório não for diligente, não for sequer um “declaratório normal”, o negócio é interpretado como se essa normalidade existisse: embora não valendo a regra *contra proferentem*, o declaratório tem um ónus de compreensão, sob pena de desvantagem. Do mesmo lado, quanto ao declarante, há que aceitar a sua responsabilidade pelo sentido objetivo da sua conduta. Terceira nota, num modelo de contratação conjunta, isto é, através de um documento único de subscrição conjunta<sup>(57)</sup>, exige-se “uma moldagem muito especial dos princípios da interpretação”<sup>(58)</sup>. Quarta, na falta de acordo contratual em sentido diferente, há que ponderar vários elementos, que podem integrar as negociações e a execução do contrato<sup>(59)</sup>.

Acrescentemos, agora, algumas *notas adicionais*. Além das regras de interpretação de declarações negociais previstas no Código Civil (art. 236.º e ss) e das próprias regras fixadas contratualmente pelas partes, tem-se ainda admitido que “as regras legais sobre interpretação dos contratos (...) não excluem o recurso a outros meios interpretativos, designadamente máximas baseadas na experiência que sejam comumente partilhadas”<sup>(60)</sup>. Assim, por exemplo, constitui máxima comum de interpretação a de que qualquer elemento de um conjunto mais amplo de disposições deve ser interpretado como uma parte do acordo comum (regra de globalidade). Uma outra regra com aceitação comum é a de que, em caso de dúvida, se deve presumir que as partes visaram o sentido racional e pretenderam celebrar um contrato dotado de coerência interna (regra de racionalidade e coerência). Além disso, os critérios jurídicos de interpretação de um negócio são aplicados a um *quid* que é um instrumento de prossecução de interesses económicos e comerciais das partes, e que deve ser compreendido na sua singular dimensão prática e económica.

---

(55) Retomamos as ideias que consignamos em CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de empresas e de participações acionistas — problemas e litígios*.

(56) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, Almedina, 2015, p. 15.

(57) Sobre o modelo de contratação conjunta em contratos comerciais, cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015 (reimp.), p. 132 ss.

(58) JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 (2.ª ed.), p. 184.

(59) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 718, EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos*, AAFDL, 1988, pp. 191-192.

(60) RUI PINTO DUARTE, *A interpretação dos contratos*, p. 16.

### 3. Cláusulas de força maior e risco de maiores despesas

1. Como notámos num outro estudo, a pandemia, declarada pela OMS em 11 de março de 2020, e as restrições impostas pela pandemia, em particular depois de 18 de março de 2020, podem ser genericamente qualificadas como situações de força maior, isto é, imprevisíveis e inevitáveis ou, pelo menos, inevitáveis, do ponto de vista do controlo das partes. Contudo, para que um contrato seja afetado pela pandemia é necessário que exista uma *ligação causal* entre essas circunstâncias e a insuscetibilidade de cumprimento do programa contratual. Este aspeto é essencial e tem de ser alegado e provado pela parte afetada pela força maior.

A força maior não impede, em regra, o cumprimento de obrigações pecuniárias, a não ser que exista uma disposição legal ou contratual específica que o preveja.

2. As cláusulas de força maior, na sua fisionomia típica, não se confundem com as cláusulas de *hardship* e regulam consequências de situações de impossibilidade, temporária ou definitiva<sup>(61)</sup>. Naturalmente que esta fisionomia só pode ser confirmada perante a concreta estipulação contratual, depois de interpretada.

Pensando ainda na tipicidade social, podemos definir força maior como um “estado ou circunstância, resultante de elementos da natureza ou de atos de um terceiro, de caráter imprevisível, de acordo com o conhecimento e a experiência, e insuscetível de ser prevenida ou atenuada com emprego de meios economicamente suportáveis e com o cuidado exigível”<sup>(62)</sup>. Na doutrina, é unânime o reconhecimento da inevitabilidade como traço da força maior e frequente o traço da imprevisibilidade<sup>(63)</sup>.

Na jurisprudência não raras vezes a impossibilidade e a força maior surgem unificadas. O acórdão de 2 de dezembro de 1988 decidiu o seguinte “o incêndio que destruiu totalmente a secção de cerâmica da empresa constitui caso de força maior que, por determinar a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva (...)”<sup>(64)</sup>. Porém, a disciplina do Código português não menciona a força maior (nem o caso fortuito) como

---

<sup>(61)</sup> CHRISTOPH BRUNNER, *Force majeure*, pp. 392-393, TOBIAS LETTL, *Die Anpassung von Verträgen*, p. 350.

<sup>(62)</sup> JÜRGEN BAUR, *Preisänderungsklauseln*, p. 909.

<sup>(63)</sup> O conceito clássico de força maior, de matriz francesa, reúne as características da irresistibilidade e imprevisibilidade, sendo retomado no atual Código Civil francês, que alude expressamente a inevitabilidade e imprevisibilidade no art. 1218.º.

<sup>(64)</sup> Ac. de 2 de dezembro de 1988, relator Conselheiro Salviano de Sousa, processo n.º 001976.

causa de exclusão da culpa, distanciando-se, assim, da solução do direito francês (cf. 1218.º do Código Civil francês), apenas por influência alemã, compreende uma regulação extensa da impossibilidade da prestação (arts. 790.º e ss)<sup>(65)</sup>.

Qual a utilidade de uma cláusula de força maior?

Os efeitos da impossibilidade temporária são os que constam do art. 792.º e, além disso, o “efeito de *suspensão* ou de *paralisação* de posições jurídicas que ficam num estado de *quiescência*”<sup>(66)</sup>, como decorrência do princípio subjacente ao art. 790.º<sup>(67)</sup>.

A pandemia causada pelo SARS CoV-2 e a Covid-19 pode causar impedimentos suscetíveis de convocar a aplicação do art. 792.º.

Uma cláusula de força maior pode ter uma função clarificadora do âmbito de casos de impossibilidade, mas, em bom rigor, apesar de poder facilitar o exercício de qualificação, a verdade é que, no direito português, na ausência de uma cláusula de força maior, uma prestação impossível não passa a ser possível. Podem as partes, é certo, tratar como força maior casos que, em rigor, não seriam casos de impossibilidade, isto é, excluir a pretensão de cumprimento natural em situações em que esta não estaria arredada *ex lege*, mas não o inverso, isto é exigir o cumprimento de prestações impossíveis<sup>(68)</sup>.

Contudo, não podemos, de igual modo, esquecer que estas cláusulas regulam frequentemente as consequências da força maior, nelas incluindo a possibilidade de resolução do contrato, decorrido certo período de tempo. Torna-se assim, mais clara a possibilidade de desvinculação do devedor que, quanto a nós é admissível, mas que não consta expressamente do art. 792.º, n.º 2<sup>(69)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> Sobre este regime, pode ver-se, entre outros Autores aí citados, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da prestação*, p. 213 ss ou *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 21 ss ou *Novo Coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa 2020, coord. Catarina Monteiro Pires, anotação aos arts. 790.º e ss.

<sup>(66)</sup> CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos — I. Perturbações na execução*, p. 175.

<sup>(67)</sup> *Idem*, p. 176.

<sup>(68)</sup> Este afastamento é, quanto a nós, lícito. Remetemos para o nosso artigo CATARINA MONTEIRO PIRES, *Cláusulas de acordo integral e de solução única ou de “remédio” único, A tutela dos credores*, UCP, no prelo.

<sup>(69)</sup> “O prolongamento temporal do contrato intensificará a necessidade de um juízo de prognose e de valoração complexo que, tomando embora em consideração o interesse primário do credor que orienta a própria relação obrigacional, não seja totalmente indiferente aos efeitos negativos de uma prolongada situação de incerteza na esfera do devedor”, como sustentamos em CATARINA MONTEIRO PIRES/DIOGO TAPADA DOS SANTOS, o “*Contratos prolongados*”: *entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização*, no prelo.

Ilustremos esta situação com um exemplo. No caso *Finelvet AG v Vinava Shipping Co Ltd*, de 15 de dezembro de 1982<sup>(70)</sup>, a Vinava Shipping Co Ltd, empresa proprietária do navio *Chrysalis*, locou-o à Finelvet, com vista à realização de uma viagem da América do Norte até ao Golfo Pérsico, tendo sido acordada a entrega do navio à proprietária em Muscat. Em virtude do início da guerra entre o Irão e o Iraque, o navio foi impedido de navegar no rio Shatt al-Arabe, ficando, por isso, retido no porto de Basrah. O tribunal negou o recurso, confirmando o teor da sentença arbitral, segundo o qual o contrato não poderia considerar-se frustrado até que a demora da devolução do navio fosse tal que transformasse as obrigações contratuais em algo diverso do acordado.

Além deste aspeto, na cláusula de força maior as partes podem também prever deveres de notificação a cargo das partes, deveres de mitigação de danos e, particularmente importante embora menos frequente, uma partilha do risco de maiores despesas.

Com efeito, na ausência de regulação contratual, será difícil considerar que os riscos de maiores despesas em virtude da impossibilidade temporária podem ser partilhados entre credor e devedor. A impossibilidade de prestar afeta a prestação e contraprestação, mas o certo é que no período de quiescência o devedor pode ter de suportar despesas (por exemplo, de armazenamento, de cativação da mão-de-obra afeta ao contrato etc) que não teria se o impedimento não se tivesse verificado. Como já sustentámos em outros estudos, reconhecem-se variações internas, mas também variações externas do esforço exigido ao devedor<sup>(71)</sup>. O devedor pode ter de suportar custos necessários à superação de um impedimento e, também, custos necessários à manutenção da sua “capacidade de prestar”, sem prejuízo de a incerteza quanto à cessação do impedimento poder justificar a desvinculação do devedor e de outras modelações admissíveis em contratos prolongados. A aplicação do art. 437.º do Código Civil, já de si de âmbito limitado, a estes casos de agravamento de custos, sem certezas de possibilidade de cumprimento, para transferência dos mesmos para o credor, é duvidosa<sup>(72)</sup>. Também não

---

(70) All E.R. 1983, 2, p. 658 ss.

(71) CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 76, 2016, 123 e ss., disponível em <[https://portal.oa.pt/media/130278/catarina-monteiro-pires\\_revista-da-ordem-dos-advogados-2016-8.pdf](https://portal.oa.pt/media/130278/catarina-monteiro-pires_revista-da-ordem-dos-advogados-2016-8.pdf)> (consultado a 12.6.2020).

(72) Em sentido diferente, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung*, FS für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, org. Theodor Baums und Johannes Wertbruch, Mohr Siebeck, 2006, (p. 143 ss), p. 157.

há lugar a uma indemnização moratória, porque o devedor não está em mora<sup>(73)</sup>.

Contudo, o regime de distribuição do risco de contraprestação previsto na lei é supletivo. As cláusulas de força maior podem, por isso, estabelecer um critério distinto do que resultaria da aplicação do Código Civil.

---

<sup>(73)</sup> No mesmo sentido, MARC-PHILIPPE WELLER/ MARCUS LIEBERKNECHT/VICTOR HABRICH, *Virulentes Leistungsstörungen*, p. 1020.



# O REEQUILÍBRIO ECONÓMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE EMPREITADA DECORRENTES DA MAIOR PERMANÊNCIA EM OBRA

Por Diogo Duarte de Campos  
Joana Brandão<sup>(1)</sup>

## SUMÁRIO:

**1. Introdução.** **2. Elementos de complexificação.** **2.1.** Distinção de figuras afins: a revisão ordinária de preços. **2.2.** A ausência de caso-base e a repartição do risco. **3. Extensão do prazo de execução e/ou consequências monetárias.** **3.1.** Considerações gerais. **3.2.** Caminho crítico, atraso e perturbação. **3.3.** Métodos de determinação de atraso em empreitadas. **3.4.** Síntese conclusiva. **4. Compensação por prolongamento.** **4.1.** Custos indiretos. **4.2.** Custos financeiros. **4.3.** Encargos de sede e perda de lucro.

## 1. Introdução

Embora seja um fenómeno congénito a qualquer contrato público, a prática vem demonstrando que o contrato de empreitada é particularmente sujeito à ocorrência de vicissitudes<sup>(2)</sup> de diversa ordem que, de forma mais

---

(1) Advogados na PLMJ Advogados, SP, RL. As opiniões expressas neste artigo são pessoais e em caso algum vinculam a PLMJ.

(2) Anotando, também, esta constatação empírica, veja-se LICÍNIO LOPES MARTINS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos, in Estudos de Contratação Pública, 2010, p. 340, o qual identifica como potenciais fontes perturbadoras do equilíbrio contratual atuações do “*dono da obra, a intervenção de terceiras entidades, ocorrência de factos naturais alheios à vontade das partes, etc*”. O mesmo autor identifica, ainda, perturbações de

direta ou mais indireta, podem determinar uma situação<sup>(3)</sup> de desequilíbrio contratual das prestações, com a consequente necessidade de proceder à reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

Os contratos de empreitada são, com frequência, contratos cuja execução se prolonga no tempo e que podem envolver montantes significativos e a conjugação de diversos elementos (mão de obra, equipamento, materiais, projeto, local da obra, condições do solo, acessibilidades, etc.), o que, *per si*, potencia a possibilidade de ocorrência e, bem assim, os impactos de tais vicissitudes.

O racional subjacente à reposição do equilíbrio financeiro do contrato é o de que quando o empreiteiro seja impedido de executar os trabalhos (*i*) nos termos e condições inicialmente planeadas e (*ii*) tal alteração esteja para além do risco assumido pelo empreiteiro no respetivo contrato, este deverá ser reequilibrado, aqui entendido em sentido amplíssimo.

Ora, se sobre a necessidade de reequilibrar um contrato cuja execução foi perturbada nos termos descritos acima, conquanto exista previsão legal ou contratual nesse sentido<sup>(4)</sup>, não restam grandes dúvidas, já sobre o concreto modo de reequilíbrio, as dúvidas são mais que muitas<sup>(5)</sup>.

---

diferente natureza tais como “*necessidades supervenientes que obrigam a uma reponderação da execução dos trabalhos, refaseamento do plano de execução dos trabalhos, retardamento do plano de execução dos trabalhos, retardamentos de consignações, incluindo as parciais, resolução de indefinições e/ou alterações ao projecto de execução, etc.*”.

(3) Sem prejuízo da importância prática desta matéria, a mesma não tem despertado significativo interesse da doutrina. Em todo o caso, veja-se PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 56, Vol. III, Dez. 1996; LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos I*, in Estudos de Contratação Pública II, 2010; RUI MEDEIROS, *O controle de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões de trabalhos a mais*, in Estudos de Contratação Pública II, 2010; LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos*, in Estudos de Contratação Pública, 2010; TIAGO AMORIM, *A reposição do equilíbrio financeiro do contrato de empreitada de obras públicas*, in Estudos em Homenagem a Rui Pena, p. 1091 e ss; PAULO LINHARES DIAS, *Responsabilidade pelos trabalhos de supressão de erros e omissões*, in Revista de Direito Administrativo n.º 4, 2019 e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Erros e omissões das peças do procedimentos e posição do c-contraente, ou a vida difícil da boa-fé na contratação pública*, in Revista de Direito Administrativo n.º 4, 2019.

(4) Nos termos do CCP apenas há lugar à reposição do equilíbrio financeiro nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excecional, no próprio contrato (art. 282, n.º 1 do CCP).

(5) No presente artigo não se pretende analisar os pressupostos legais ou contratuais para que o reequilíbrio financeiro do contrato de empreitada tenha lugar, mas sim atentar às diversas modalidades de reequilíbrio disponíveis e, mesmo dentro destas, exclusivamente no que se refere à maior permanência em obra.

Com efeito, reequilibrar neste sentido amplo tanto poderá significar uma mera extensão do prazo de execução dos trabalhos (em que os (sobre)custos de cada uma das partes são internalizados)<sup>(6)</sup> como poderá, sem contradição, significar uma mera compensação equitativa que não tem, verdadeiramente, em vista colocar o cocontraente precisamente no ponto de equilíbrio inicial<sup>(7)</sup> (mas tão só distribuir entre os contraentes as

---

(6) Que consistirá na há muito conhecida como “*prorrogação graciosa*”, que é muito utilizada na prática.

(7) A este propósito é muito interessante cotejar o regime jurídico que decorre, por um lado, do n.º 1 do art. 314.º e do art. 354.º do CCP, com o regime constante do n.º 2 do art. 314.º, por outro. Com efeito, se no primeiro grupo de casos, expressamente se estabelece o direito do empreiteiro ao reequilíbrio financeiro do contrato caso, por um banda, o dono da obra pratique ou dê causa a facto donde resulte maior dificuldade na execução da obra, com agravamento dos encargos respetivos (art. 354.º) ou, por outra banda, se imponha a modificação do contrato por (i) alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público; (ii) razões de interesse público (art. 314.º, n.º 1); no segundo grupo (art. 314.º, n.º 2) estabelece-se que nos “*demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*”, o cocontratante apenas terá “*direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade*”. Ou seja, a lei distingue, claramente, os casos em que a alteração do contrato ou a maior onerosidade na execução do mesmo é imputável ao contraente público, dos casos em que, pese embora não seja possível tal imputação, há (objetivamente) uma alteração das circunstâncias, reconhecendo o direito do empreiteiro a ser compensado equitativamente — o que, no fundo, pressupõe a divisão (equitativa) entre as partes das consequências decorrentes dessa mesma alteração. Sobre o juízo decisório equitativo que não arbitrário, cotejando-o com a discricionariedade administrativa, veja-se JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites*, in *Escritos de Direito Público*, Vol. I, p. 186 e ss. Decorrem do que se vem de explicitar duas importantes consequências típicas da empreitada pública, pelo que dificilmente transponíveis para contratos puramente privados. Por um lado, a responsabilidade do contraente público em compensar o cocontraente por uma alteração das circunstâncias que não lhe seja imputável. Não se veja aqui qualquer favorecimento do cocontraente: é precisamente o interesse público que impõe esta solução. Com efeito, o interesse público reclama, obviamente, acima de tudo, a finalização da obra em curso que — presume-se — tem em vista satisfazer uma necessidade coletiva. Ora, é este facto que, simultaneamente, justifica que, em geral, a resolução por iniciativa do empreiteiro apenas possa ser realizada por via judicial ou arbitral e que o empreiteiro não assumia sozinho o risco pela alteração das circunstâncias em que as partes negociaram o contrato. Com efeito, seria demasiado violento que o regime aplicável, ao mesmo tempo que, na prática, impossibilita o cocontratante de resolver o contrato (porque o interesse público impõe a realização da obra), também lhe imputasse o encargo de suportar sozinho as consequências decorrentes de vicissitudes imprevisas na execução da obra. De resto, é também do interesse público, não só que a obra seja finalizada, mas que seja executada sem interrupções, mantendo-se os padrões de qualidade e sem defeitos, o que não será certamente compatível com uma situação de desequilíbrio contratual em desfavor do empreiteiro. Se o empreiteiro for colocado numa situação de manifesto desequilíbrio da sua prestação, por manifesta onerosidade, a probabilidade de incumprimento do contrato, seja por suspensão da sua execução, seja por execução defeituosa cresce exponencialmente com prejuízo para o interesse público que a obra visava satisfazer. Por outro lado, parece também decorrer deste regime — e de outros como a obrigação (naturalmente mandatária) de sujeitar a revisão ordinária de preços todos os contratos administrativos (art. 382.º, n.º 1) — um princípio geral de que não se pretende que o tempo seja um risco assumido exclusivamente pelo empreiteiro, o que, uma vez mais, se fundará em razões de interesse público que impõe que a prioridade seja a construção da obra. Ou seja, o risco do

repercussões de um determinado evento), como também poderá significar um verdadeiro reequilíbrio económico-financeiro do contrato em que o cocontraente é colocado precisamente no mesmo ponto de equilíbrio<sup>(8)</sup> que o contrato inicial lhe proporcionava<sup>(9)</sup>.

---

empreiteiro será, neste circunspecto, aquele que decorre do momento inicial e não o decurso do tempo, o que se percebe bem dentro da lógica de que os contratos públicos — desde logo pela natureza relativa dos contraentes — levam ínsita em si mesma uma ideia de equilíbrio das respetivas prestações.

(8) Como se alcança sem necessidade de qualquer explicação adicional, este é, obviamente, o regime mais favorável de todos para o empreiteiro, na medida em que todos os sobrecustos e demais riscos decorrentes de uma qualquer decisão ou circunstância imprevista do dono da obra são por este integralmente suportados. Como contrapartida desse regime, o legislador estabeleceu um mecanismo particularmente exigente para que uma reclamação de reequilíbrio possa ser considerada pela entidade pública, impondo um conjunto de ónus ao empreiteiro que pretenda ver o seu contrato reequilibrado económica e financeiramente (ónus que, obviamente, não são aplicáveis, por exemplo, à apresentação de uma reclamação de acordo com o art. 314.º, n.º 1 do CCP, mas que, em contrapartida, apenas confere direito a uma compensação equitativa). Assim, o referido direito caduca se não for exercido no prazo de “30 dias a contar do evento que o constitua ou do momento em que o empreiteiro dele tome conhecimento”. Para esse efeito, o Empreiteiro deverá reclamar os “danos correspondentes (...)”, mediante requerimento no qual “o empreiteiro deve expor os fundamentos de facto e de direito e oferecer os documentos ou outros meios de prova que considere convenientes”. Naturalmente, esta exigência levanta um conjunto de problemas (que, manifestamente, justificariam um outro artigo), mas que não deixam de se apontar ainda que topicamente e perfunctoriamente. Assim, em primeiro lugar, sobretudo em eventos continuados não é claro qual deva ser o momento essencial a ter em consideração para efeito do início de contagem dos 30 dias. Dir-se-á, naturalmente (até por uma questão de cautela), que se deverá contar desde o início do evento em causa, seja ele uma tempestade ou uma pandemia como se vive atualmente ou a instrução para executar uma diferente solução de projecto. Porém, a verdade é que, não raras vezes, é a continuação do evento que impõe um dano e não o evento por si só, pelo que seria totalmente desrazoável impor ao empreiteiro que, relativamente a todos os potenciais eventos, apresente uma reclamação, ainda que à cautela. Onde, em relação a eventos continuados, propendemos a considerar, ainda que com cautelas, que o momento relevante apenas poderá ser o final daquele. Com efeito, não é igual, por exemplo, o empreiteiro receber uma instrução que implica a olhu nu uma maior onerosidade na execução dos trabalhos ou, por exemplo, o atual estado de pandemia que nem se sabe bem quando verdadeiramente começou e que tem efeitos cumulativos e, por isso, só se pode afirmar a existência de um dano com a continuação do evento. Por outro lado, também não é claro o significado normativo da exigência no sentido de que “o empreiteiro deve expor os fundamentos de facto e de direito e oferecer os documentos ou outros meios de prova que considere convenientes”. Se, por uma banda, deste segmento normativo se pode retirar uma exigência acrescida sobre o empreiteiro de fundamentação da sua reclamação, por outra banda, verdadeiramente, não se parece retirar que sobre o mesmo impenda uma exigência de, desde logo, contabilizar todos os seus danos, sendo admissível que o mesmo se limite a reservar os seus direitos (seja de extensão de prazo seja monetário). Com efeito, a lei ao impor expressamente que o empreiteiro apresente uma reclamação sobre os danos *ainda que desconheça a extensão integral dos mesmos*, não pode ao mesmo tempo impor que nessa reclamação, desde logo, se liquidem todos os danos que podem até ainda não ser conhecidos. Também nesse sentido aponta uma interpretação teleológica da norma, como facilmente se demonstra. O problema pressuposto pela norma prende-se, em geral, em não acumular eventos indemnizatórios na esfera jurídica do dono da obra. Como muito bem se compreende sem uma norma como aquela em análise, o dono da obra poderia ser confrontado, *a final*, com um conjunto de reclamações relativamente a eventos que não sabia suscetíveis de criar danos (e que por isso não documentou

Com o presente estudo pretende-se, de um ponto de vista eminentemente prático, discutir as principais preocupações e cuidados que tanto os advogados como os julgadores (seja em tribunais estaduais seja em tribunais arbitrais) deverão ter nesta matéria. É sabido que, tradicionalmente, a definição do concreto método (e *quantum*) de reequilíbrio dos contratos de empreitada tem sido, pelo menos em grande medida, delegada em peritos<sup>(10)</sup>. Ora, ainda que muitos dos cálculos sejam, obviamente, matéria técnica que está para além dos normais conhecimentos dos juristas, tudo o resto é (também) jurídico. É precisamente a disseminação desse conhecimento de base pelos juristas que se espera com o presente trabalho.

Para esse efeito, nos pontos subsequentes, analisaremos um conjunto de figuras afins para, posteriormente, nos centrarmos na ideia de atraso (que implica uma maior permanência em obra do empreiteiro), com vista a definir, primeiro, quais os métodos disponíveis para o seu cálculo e, seguidamente, a respectiva valorização.

---

ou teve em especial consideração). Ora, para responder ao problema pressuposto pela norma não se exige mais do que a descrição do concreto evento e das potenciais consequências, sejam monetárias sejam no prazo de execução do contrato, mas já nos parece excessivo a sua liquidação final (que pode até não ser possível). Acresce, por último, que a uma imposição maior sobre o empreiteiro implicaria, no fundo, negar-lhe o direito a ser ressarcido por potenciais danos por se terem de considerar caducos, o que significa sempre aceitar um enriquecimento do dono da obra. Uma nota final para dar nota que, em todo o caso, não será irrelevante a forma como a reclamação é instruída. Com efeito, de acordo com o n.º 4 do art. 354.º do CCP, “o dono da obra aprecia e decide a reclamação no prazo de 90 dias, podendo este prazo ser prorrogado por decisão daquele, caso se revele necessário proceder à realização de diligências complementares”, o que significa que quanto menos bem instruída se apresentar a reclamação, naturalmente, maior será a hipótese de ser rejeitada pelo dono da obra (o que implicará que apenas em sede judicial a mesma venha a ser apreciada). Pese embora o requerimento apresentado pelo cocontratante espolette um subprocedimento administrativo em que o legislador (art. 354.º, n.º 5) expressamente prevê que a respetiva “decisão, ou a sua omissão (...), pode ser objeto de impugnação nos tribunais administrativos, nos termos do Código de Processo nos Tribunais administrativos”, impõe-se deixar claro que não se está perante um verdadeiro ato administrativo, mas tão só perante uma declaração de vontade. Donde, a impugnação aqui prevista não está sujeita ao prazo de 3 meses constante do art. 58.º do CPTA, devendo antes considerar-se que se trata de uma acção sobre contratos, logo não sujeita a qualquer prazo nos termos do art. 37.º, n.º 1, alínea I do CPTA. Precisamente no mesmo sentido GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, 2019, p. 834.

(9) Sem qualquer surpresa o n.º 6.º do art. 282.º do CCP estipula que a “*reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato*”. No mesmo sentido, Construction Law Society, *Delay and Disruption Protocol*, 2017, disponível em <www.scl.org.uk>, p. 8. Enfatizando esta questão, veja-se LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, cit., p. 364 e ss.

(10) LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, cit., p. 341; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, p. 145.

## 2. Elementos de complexificação

### 2.1. Distinção de figuras afins: a revisão ordinária de preços

À questão já de si particularmente complexa de definir o concreto método (e *quantum*) de reequilíbrio, devemos juntar, ainda, dois elementos essenciais e que, não surpreendentemente, a complexificam ainda mais.

Assim, em primeiro lugar, deve ter-se presente que, por imposição legal<sup>(11)</sup>, todos os contratos de empreitada em Portugal se encontram sujeitos a revisão (ordinária) de preços, o que, pese embora não se deva confundir com reequilíbrio do contrato<sup>(12)</sup>, também contribuiu para a manutenção deste equilíbrio: o efeito do mero decurso do tempo sobre o custos de elementos relevantes da empreitada (mão de obra, materiais e equipamentos) deverá, à partida, estar mitigado por força da revisão ordinária de preços.

Com efeito, no âmbito das regras especialmente aplicáveis às empreitadas de obras públicas, o CCP determina que o preço fixado no contrato para os trabalhos de execução da obra é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto na lei. Este instituto da revisão de preços contratuais é tido como uma modificação objetiva dos contratos ordinária, que deverá verificar-se sempre.

Esta figura não se confunde nem com a revisão de preço nas empreitadas de obras públicas enquanto mecanismo de reposição do equilíbrio, prevista nos arts. 314.º e 354.º do CCP de que vimos falando, nem com a revisão de preços que decorre da partilha de benefícios do contraente privado com o contraente público nas parcerias público-privadas (art. 341.º do CCP).

Ao contrário de outras figuras legais, que visam preservar ou repor o equilíbrio contratual entre o dono da obra e o empreiteiro, a revisão de preços não é motivada por circunstâncias anormais, excepcionais ou extraordinárias, mas é uma decorrência normal e necessária do efeito, na execução contratual, da evolução do mercado da construção ao longo do tempo. Com a revisão de preços, pretende-se que estes acompanhem sempre os movimentos estruturais de mercado, nos aspetos que influenciem os custos e os preços dos contratos de empreitada de obras públicas, de forma a pre-

---

<sup>(11)</sup> De acordo com o art. 382.º, n.º 1, do CCP “*Sem prejuízo do disposto nos arts. 282.º, 300.º e 341.º, o preço fixado no contrato para os trabalhos de execução da obra é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto em lei*”.

<sup>(12)</sup> Sem prejuízo, é possível ler-se o art. 282.º, n.º 3, como contemplando a revisão ordinária de preço entre o catálogo das medidas suscetíveis de proceder ao reequilíbrio do contrato.

servar o equilíbrio contratual que foi querido e assumido pelas partes. Além disso, a revisão de preços não é contingente, mas obrigatória, devendo atender-se ao que dispõe o contrato e a lei.

A revisão de preços garante a manutenção, ao longo da execução do contrato, dos pressupostos económicos que presidiram à elaboração e apresentação da proposta pelo empreiteiro. Assim, a revisão de preços confronta os custos das principais especialidades da obra ao tempo da apresentação das propostas (relevando os custos de mão-de-obra, dos materiais e dos equipamentos de apoio), com aqueles que vigoram no momento da execução dos trabalhos, adequando o preço a pagar pelo dono da obra à nova realidade económica.

A revisão de preços pretende, assim, por um lado, garantir que os empreiteiros não assumem, economicamente, mais responsabilidades do que aquelas que assumiram com a apresentação da proposta. Mas, por outro, também pretende assegurar que os empreiteiros não colhem, economicamente, mais benefícios do que aqueles que previam com a apresentação das propostas. Assim, a revisão de preços, ao contrário da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, funciona tanto “para mais”, como “para menos”, quer aumentando os preços, quer reduzindo-os<sup>(13)</sup>.

Embora, conforme referido, não se confunda com os mecanismos de reposição do equilíbrio financeiro sob análise, que assumem uma natureza excecional, ou pelo menos contingente, a verdade é que, tratando-se de um mecanismo ordinário (e de resto obrigatório) de revisão de preços, o mesmo pode obviar ou limitar a necessidade de recurso aos referidos mecanismos, uma vez que contribui, de forma tendencial, para a manutenção do equilíbrio contratual. Assim, só fará sentido falar-se em reposição do equilíbrio financeiro do contrato, se e na medida em que esse equilíbrio não seja alcançado através do regime ordinário de revisão dos preços.

## 2.2. A ausência de caso-base e a repartição do risco

Em segundo lugar, pese embora se pretenda reequilibrar os contratos, a verdade é que as partes, por norma, não se comprometeram expressa-

---

<sup>(13)</sup> Embora assim seja em geral, não deixa de haver casos problemáticos, porventura susceptíveis de uma apreciação diferentes no caso concreto, designadamente, quando o empreiteiro demonstre que já havia adquirido os materiais em momento anterior e que, portanto, a sua revisão negativa significa não um equilíbrio da equação financeira, mas um verdadeiro empobrecimento.

mente com nenhum equilíbrio inicial de que ambas tivessem tido conhecimento e que tivesse sido aceite também por ambas. Com efeito, ao contrário dos contratos de concessão que têm sempre acoplado um caso base<sup>(14)</sup> que define com precisão os termos da equação económica sobre a qual está construído o acordo<sup>(15)</sup>, tipicamente, num contrato de empreitada em sede pré-contratual, o empreiteiro apenas define os preços unitários de cada atividade ou material, mas já não, por exemplo, a produtividade expectada, margem de lucro, encargos financeiros ou encargos de sede<sup>(16)</sup>.

Sem prejuízo, um dos critérios essenciais que preside à reposição do equilíbrio financeiro do contrato é a repartição do risco entre as partes.

Com efeito, a reposição do equilíbrio financeiro não visa anular os riscos do contrato, sob pena de se adular a vontade das partes, com prejuízo manifesto para o interesse público.

A contratação, em geral, e os contratos de empreitada, em particular, implicam, via de regra, a assunção de riscos pelas partes. Aliás, atento o sinalagma subjacente aos contratos, essa assunção de riscos deverá, em princípio, obedecer a uma repartição, mais ou menos equilibrada, dos riscos contratuais que, inclusivamente, estará refletida no preço do contrato e que não deverá, do nosso ponto de vista, ser adulterada. Ora, se as partes pretenderam que o empreiteiro assumisse um nível de risco mais elevado, designadamente em troca de um preço mais alto, tal acordo de vontades deverá, por princípio, ser respeitado. Em regra, a assunção de um nível de risco mais elevado deverá corresponder a um preço mais elevado.

Aliás, a lei é clara quanto à relevância do risco em matéria de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, estipulando que a *“reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato”*.

---

<sup>(14)</sup> Sobre a importância do caso base nos contratos de concessão veja-se PEDRO LEITE ALVES, *O Caso Base*, in Estudo em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira, p. 83 e ss.

<sup>(15)</sup> LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, cit., p. 341. Considera que esta é um verdadeiro pressuposto do direito de acesso ao instituto do reequilíbrio financeiro. Em sentido contrário MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, p. 145.

<sup>(16)</sup> Do nosso ponto de vista e como melhor se explicitará mais à frente, a referência a reequilíbrio financeiro do contrato afasta-se da concepção tradicional de mera contabilização de danos emergentes e lucros cessantes. Em sentido, aparentemente diferente veja-se LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, cit., p. 340.

Em todo o caso, a denominada teoria da imprevisibilidade, desenvolvida pela doutrina francesa, assume, aqui, particular relevância, pois, só podemos falar de uma verdadeira transferência de risco contratual para o particular, se estivermos perante riscos que tiverem (ou, pelo menos, pudessem ter) sido previstos pelo particular. Dito de outro modo, para que a verificação de um risco permita a reposição do equilíbrio financeiro do contrato é necessário que a mesma afete os *“pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou”*. Mas mesmo isso não chegará, exige-se que *“o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”*.

O contrato de empreitada por, normalmente, ser de execução longa e poder envolver montantes financeiros muito elevados, por definição, pressupõe a assunção de riscos pelas partes. A definição da repartição dos riscos há-de ser feita, caso a caso, dependendo da tipologia, duração, modo de execução e cláusulas contratuais, em especial as cláusulas de salvaguarda.

Questão diferente é saber se é válida a transferência da totalidade do risco da imprevisibilidade contratual para o particular. Aqui temos dúvidas. De facto, a alocação de riscos no contrato há-de relevar quer na determinação da necessidade de reequilibrar o contrato, quer eventualmente no *quantum* desse reequilíbrio, mas não se crê que possa ser de tal forma que um evento absolutamente imprevisível e gerador de um desequilíbrio extremo das prestações possa ficar na esfera jurídica do empreiteiro, sob pena de este se colocar numa situação potenciadora do incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, o que é manifestamente prejudicial para o interesse público.

### **3. Extensão do prazo de execução e/ou consequências monetárias**

#### **3.1. Considerações gerais**

Na determinação das consequências de qualquer evento que tenha repercussões na execução dos trabalhos subjacentes a um contrato de empreitada, a primeira preocupação será aferir se tal evento apenas impõe a extensão do prazo de execução dos trabalhos (e como tal extensão deverá ser determinada) ou, se tal evento apenas impõe uma consequência monetária, sendo certo que, talvez na maioria dos casos, se imponham ambas.

Em todo o caso — e esta será, porventura, a primeira conclusão a que se chega — embora, em geral, *tempo seja dinheiro*, há eventos que apenas impõem uma extensão do prazo de execução do contrato (libertando o empreiteiro de eventuais multas), como há eventos que apenas impõem um ressarcimento económico e não qualquer prorrogação do prazo de execução do contrato (o que implica dizer que o empreiteiro continuará sujeito à aplicação de multas em caso de atraso na execução dos trabalhos). Obviamente, como se disse, muitos eventos — porventura a sua maioria — implicarão a conjugação de ambos.

A lei portuguesa claramente permite que o reequilíbrio se efetue por qualquer um dos modos acima referidos. Com efeito, decorre de forma clara do art. 282.º, n.º 3 do CCP<sup>(17)</sup> que o contrato se reequilibrará nos termos e condições que constarem do próprio contrato (o que equivale a reconhecer uma liberdade contratual); na sua falta, valerá qualquer dos modos, aliás, exemplificativamente previstos naquela norma, onde se inclui quer a possível extensão de prazo quer o ressarcimento económico (e donde não resulta qualquer impedimento de os mesmos serem combinados).

### 3.2. Caminho crítico, atraso e perturbação

Em geral, com a expressão atraso na execução dos trabalhos quer-se evidenciar que determinada atividade não está a ser executada no prazo previsto para a mesma. Porém, como o foco é a data de término da obra, nem todas as atividades relevarão<sup>(18)</sup> para a definição de um atraso normativamente relevante, mas apenas aquelas que se situem no caminho crítico da empreitada, ou seja, que possam impactar com data final por serem

---

<sup>(17)</sup> O qual estipula que “*A reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato*”.

<sup>(18)</sup> Tipicamente numa empreitada há dezenas de actividades que correm em paralelo com outras actividades e que não estão interligadas com nenhuma outra (ou seja, que a sua conclusão não condiciona a execução das demais). Exemplo de escola de actividade que, em princípio, não condiciona o final da obra serão os arranjos exteriores, sendo, portanto, em princípio, irrelevante um atraso na sua execução — desde que seja cumprido o prazo final da empreitada. Precisamente ao contrário pense-se na actividade de fundações ou na realização da fachada de um edifício que, geralmente, condiciona um conjunto de actividade a jusante, pelo que qualquer atraso na mesma bolirá com outras actividades.

essenciais (consequenciais) à realização do caminho de execução mais racional da empreitada<sup>(19)</sup>.

Porém, isto não quer dizer que apenas as atividades que se encontrem no caminho crítico da empreitada sejam relevantes na determinação do reequilíbrio da empreitada.

Com efeito, se quando falamos de atraso apenas relevarão as atividades que se encontram no caminho crítico da empreitada, sempre que o empreiteiro não pode executar os trabalhos tal como razoavelmente planeados, é expectável que a produtividade baixe e, conseqüentemente, tais atividades (sejam ou não críticas) se tenham tornado mais onerosas. Neste caso, a doutrina internacional tem usado o termo “*disruption*”<sup>(20)</sup>, cujo melhor significado em português será perturbação.

Sem prejuízo da possibilidade e até mesmo da necessidade de distinguir analiticamente “atraso” de “perturbação”, é evidente que as duas figuras se encontram intimamente interligadas e, não raras vezes, se sobrepõem, pelo que apenas o seu domínio evitará duplicações.

Nesse sentido, por um lado, uma perturbação implicará sempre um maior período de tempo para executar uma atividade e, conseqüentemente, se e na medida em que a atividade esteja no caminho crítico, de gerar um atraso juridicamente relevante.

Porém, também poderá muito bem suceder que a perturbação não atinja qualquer atividade crítica e, conseqüentemente, não gere um atraso juridicamente relevante, caso em que o empreiteiro terá direito a ser ressarcido dos sobrecustos decorrentes da perturbação, mas não terá direito a qualquer prorrogação do prazo de execução dos trabalhos, caso em que ficará sujeito a multas contratuais. Assim se compreende que, como dissemos acima, um evento possa gerar um sobrecusto, mas não uma extensão do prazo de execução dos trabalhos.

Por outro lado, um atraso também poderá levar a uma perturbação, na medida em que se o empreiteiro tem menos tempo para terminar os trabalhos e implementar medidas de aceleração (trabalho noturno, por exemplo), obviamente que o mesmo tenderá a ser menos produtivo<sup>(21)</sup>.

---

(19) Deixando-se desde já claro que este caminho não é estático, mas sim dinâmico, podendo alterar-se em função do próprio desenrolar da obra, o que implica reconhecer que uma actividade que não era crítica se possa vir a ser.

(20) Construction Law Society, *Delay and Disruption*, *cit.*, p. 9. Como aí se concluiu “*disruption is concerned with an analysis of work activities, irrespective of whether those activities are on critical path to completion of works*”. As conseqüências de uma perturbação — que são essencialmente económicas — encontram-se fora do âmbito do presente estudo.

(21) Chegando precisamente à mesma conclusão Construction Law Society, *Delay and Disruption*, *cit.*, p. 10.

A definição de um método para calcular o atraso relevante é, obviamente, uma questão técnica. Ainda mais assim será o seu desenvolvimento em concreto (o correr do respetivo *software*). Porém, esta tecnicidade não pode afastar o jurista do mesmo, o que significaria dar como bom qualquer resultado, ainda que fosse intolerável do ponto de vista da justiça e do direito.

Ora, sempre sem prejuízo da referida tecnicidade, conhecer as várias soluções possíveis, as suas vantagens e os defeitos comparativos, permitirá ao julgador (mas também a quem aconselha as partes) uma vantagem competitiva na discussão que sempre se terá de seguir<sup>(22)</sup>.

Como se detalhará seguidamente<sup>(23)</sup>, têm vindo a ser identificados, seis diferentes métodos de cálculo do impacto de um evento no prazo de execução de um trabalho (o que equivale a dizer para calcular um atraso).

Comum a todos os métodos é a necessidade de identificação do caminho crítico, porquanto, como já se deixou demonstrado, apenas o atraso que impacte o caminho crítico será juridicamente relevante. Porém, como também já se referiu muito sumariamente atrás, o caminho crítico de qualquer obra não é estático, podendo ser encontrado prospetivamente, contemporaneamente ou restrospectivamente<sup>(24)</sup>. Por outro lado, também o atraso em si mesmo poderá ser identificado prospetivamente, contemporaneamente ou restrospectivamente e de forma independente do caminho crítico, permitindo-se, assim, um conjunto de abordagens complementares, com vista à melhor definição possível do atraso<sup>(25)</sup>.

Vejamos então cada um dos métodos.

---

<sup>(22)</sup> Também relevante será saber o tratamento jurídico a considerar quer para a concorrência de atraso imputáveis ao empreiteiro e ao dono da obra quer o regime para a utilização de folgas que, não raras vezes, são contempladas nos cronogramas e que, posteriormente, geram grande discussão entre as Partes. Mais uma vez, estas são questões que poderiam ser tratadas antecipadamente em sede contratual, mas que a nossa experiência demonstra ser uma possibilidade particularmente remota tal tratamento ocorrer.

<sup>(23)</sup> Seguimos de perto nesta matéria Construction Law Society, *Delay and Disruption*, *cit.*, pp. 32 a 37.

<sup>(24)</sup> Consoante seja determinado, respetivamente, com base no planeamento inicial, na evolução histórica ou após o término da obra e de acordo com as suas incidências.

<sup>(25)</sup> A este propósito convém deixar claro que no âmbito de processos de reequilíbrio de empreitadas há que ter sempre em conta que é simplesmente impossível determinar com absoluta precisão o número de dias de atraso que um evento provoca (assim como o exato sobrecusto), o que obviamente levanta dificuldades ao julgador que terá de julgar, quase sempre, com projecções ou estimativas.

### 3.3. Métodos de determinação de atraso em empreitadas

#### A) Método *Impacted as-planned*

Neste método de determinação de um atraso, tanto o caminho crítico como o atraso são encontrados prospetivamente. É unanimemente considerado o método mais simples, mas também mais falível, não sendo considerado como um método razoável, por si só, para determinar um atraso. O recurso a este método poderá ocorrer se os eventos em causa ocorrerem logo no início dos trabalhos ou se o único cronograma de trabalhos disponível para análise for o inicial, por este não ter sido atualizado e não for possível proceder à sua atualização de forma retrospectiva ou se o projeto e a disputa forem simples e o dono da obra e o empreiteiro pouco sofisticados.

Neste método, os novos eventos ou os eventos impactados são transportados para a programação inicial, com vista a determinar o atraso na data final inicialmente programada, pressupondo constante tudo o resto.

Ou seja, este método pressupõe que, até à ocorrência do evento que determina a necessidade de reequilíbrio, os trabalhos decorreram de acordo com o planeado, ignorando a progressão real dos trabalhos. Ora, na maioria dos casos, senão mesmo em todos, os trabalhos não decorreram exatamente de acordo com o cronograma de trabalhos inicial.

Este método também não leva em consideração atrasos simultâneos que possam concorrer para um mesmo resultado e que são frequentes.

Também do nosso ponto de vista, temos as maiores dúvidas que este método possa ser utilizado para determinar um atraso juridicamente relevante, sobretudo porque ao simplesmente aditar os novos eventos (ou os eventos impactados) à programação inicial, no fundo “limpam-se” todos os atrasos intermédios, que até podem ser da responsabilidade do empreiteiro.

Pensemos numa obra em que se previu que as luminárias seriam colocadas entre 1 e 31 de janeiro e que tem um atraso de 120 dias imputável ao empreiteiro, se o dono da obra der uma instrução de alteração, em 1 de março, daquelas mesmas luminárias para uma atividade a ser iniciada em 1 de abril, aquela instrução, com toda a probabilidade, faria com que deixasse de haver atraso imputável ao empreiteiro, o que obviamente não faz qualquer sentido.

Assim é porque quer o caminho crítico quer o atraso são encontrados prospetivamente, logo sem qualquer consideração pelo real estado de execução dos trabalhos no momento em que é ordenada uma determinada instrução ou há um determinado evento.

## **B) Método *Time impact***

A grande diferença para o método anterior — mas que é uma diferença juridicamente relevante — consiste no facto de o caminho crítico já não ser encontrado prospectivamente — ou seja, de acordo com o programa ou cronograma de trabalhos contratual — mas sim de acordo com um programa de trabalhos revisto que reflecta o decurso dos trabalhos até esse momento e, porventura sobretudo, os novos encadeamentos e sequências lógicas das atividades em função do que de facto sucedeu em obra. Este método permite determinar a extensão do impacto de possíveis atrasos. Essa avaliação é feita usando os cronogramas atualizados com todas as informações relacionadas aí inseridas para demonstrar os possíveis efeitos destas no cronograma inicial.

Será neste programa de trabalhos revisto que se repercutirão os novos eventos ou os eventos impactados, respeitando quer atrasos anteriores quer a formação de um novo caminho crítico, na medida em que este como se referiu não é estático. Este método envolve a inserção ou adição de atividades indicando atrasos ou alterações num cronograma que representa o progresso dos trabalhos até ao momento em que ocorreu um evento de atraso. Por esta via é possível uma avaliação do impacto dessas atividades.

A análise de impacto de tempo tem a vantagem de poder ser usada na generalidade dos projetos de construção.

Porventura a única crítica que se poderá fazer a este modelo consiste no facto de as novas atividades ou as atividades impactadas relevarem na data final pelo seu prazo expectável e não pelo seu prazo real que poderá ser diferente<sup>(26)</sup> (porquanto, embora o caminho crítico seja encontrado contemporaneamente, o atraso continua a ser analisado prospectivamente).

## **C) Método *time-slice***

Neste método o caminho crítico continua a ser encontrado contemporaneamente, mas o atraso é analisado retrospectivamente (pelo que, ao contrário do método anterior a duração efetiva de cada nova atividade ou atividade impactada é tida em consideração). Este método permite avaliar o

---

<sup>(26)</sup> Como se sabe, em geral, sobre o empreiteiro em atraso recai uma obrigação, pelo menos, de mitigação dos atrasos e, não raras vezes, de aceleração que não será capturada por este método. Em todo o caso, a verdade é que também se poderá defender que embora sobre o empreiteiro recaia uma obrigação geral de mitigação e aceleração, a mesma não é aplicável a novas actividades ou a actividades impactadas pelo próprio dono da obra, porquanto implicaria uma obrigação de interiorizar um sobre-custo em actividades onde não teve intervenção.

atraso e determinar quais as concretas atividades afetadas, o que facilita a identificação das causas.

Porém, este método é bastante mais complexo e exige, por um lado, vários programas contemporâneos credíveis que permitam “fatiar” o tempo em diversas janelas e, por outro lado, registos claros que permitam em cada janela perceber se o desvio se deveu a eventos imputáveis ao empreiteiro ao dono da obra ou até, eventualmente, a terceiros.

#### **D) Método *as-planned versus as built***

Como o próprio nome indica, este método também implica a criação de uma janela temporal, mas não se baseia na existência de programa de trabalhos atualizados e outros dados contemporâneos a serem determinados por via de *software* especializado.

Neste caso, o que tentará fazer é, através da reconstituição de datas chaves ou outros balizamentos, reconstituir qual teria sido o caminho crítico em cada momento. Naturalmente, posteriormente comparar-se-á o caminho crítico assim encontrado e os seus atrasos com o programa de trabalhos contratual, tentando perceber quais os eventos que terão causado aqueles impactos (e a quem são imputáveis), o que significa que também neste método o atraso é encontrado retrospectivamente.

Este método é bastante exigente em termos de recolha e tratamento de informação e, como tal, poderá ser demasiado *time consuming*. Poderá ser necessário recolher informação junto da equipa responsável pelos trabalhos, rever relatórios de progresso, livros de obra e outros registos disponíveis. As datas *as built* que sejam, por essa via, determinadas são depois comparadas com o cronograma de trabalhos de referência por forma a aferir os atrasos ocorridos (o que também implica um nível elevado de interpretação humana na definição dos atrasos).

Este método pressupõe que as atividades impactadas estejam claramente no caminho crítico e que o evento de atraso esteja perfeitamente definido.

Assim, embora seja um método barato e relativamente simples de usar só poderá ser utilizado em projetos de construção mais simples, não sendo sensível a atrasos simultâneos, paralelos ou consequentes ou aos efeitos de medidas eventuais de mitigação e/ou aceleração adotadas.

#### **E) Método *retrospective longest path***

Este é o primeiro método em que quer o caminho crítico quer o atraso são encontrados retrospectivamente. Para esse efeito, parte-se do programa

de trabalhos detalhado da obra tal como esta foi de facto executada (*as built*), para se determinar retrospectivamente do fim da obra para o seu início o caminho crítico tal como construído.

Uma vez determinado este caminho crítico o mesmo é comparado com um conjunto de datas chaves do cronograma de trabalhos contratual, com vista a identificar os atrasos no caminho crítico e imputá-los a cada uma das partes<sup>(27)</sup>.

Este método requer igualmente um cronograma de trabalhos *as built* atualizado ou registos que permitam que tal cronograma seja elaborado.

### **F) Collapsed as-built**

Este último método também propõe, tal como o imediatamente anterior, determinar o caminho crítico e o atraso retrospectivamente, ou seja, partindo do plano de trabalhos *as built*. Neste caso, o racional é partindo desse programa de trabalhos retirar os eventos impactados com vista a determinar o que teria acontecido se tais eventos não tivessem ocorrido.

Como é evidente, retirando esses eventos seria possível determinar o atraso líquido daqueles, conseguindo-se determinar qual teria sido o atraso do empreiteiro se não tivesse sido impactado por determinados eventos. Em todo o caso, tal como no anterior, este método é puramente abstrato, na medida em que quer o caminho crítico quer o atraso é determinado do momento atual para trás e não ao contrário. Este método requer igualmente um cronograma de trabalhos *as built* atualizado ou registos que permitam que tal cronograma seja elaborado.

## **3.4. Síntese conclusiva**

Naturalmente, não se pretende neste texto fazer uma hierarquia de métodos técnicos até porque todos terão os seus méritos e, obviamente, também os seus defeitos. O que se pretende é sim dar conhecer, ainda que de forma necessariamente sintética, as principais características de cada

---

<sup>(27)</sup> O que, obviamente significa que quer o caminho crítico quer mesmo os atrasos encontrados são puramente abstractos e relativos porque apenas encontrados de foram retrospectiva. Embora se perceba bem a racionalidade de tentar encontrar retrospectivamente atrasos e o caminho crítico (o que significa expurgar da análise erros humanos em cada momento), parece-nos que esta solução também implica desconstruir o nível de risco que cada agente em cada momento assumiu e, por isso, não consideramos aconselhável.

um deles para que, em cada caso concreto, seja possível aferir, com o maior rigor possível, aquele que será mais adequado à avaliação do atraso da obra (que até poderá resultar da utilização combinada de vários destes métodos).

Como sempre temos vindo a deixar claro, à escolha de um ou outro método não será indiferente o clausulado contratual acordado pelas partes. É verdade que, em Portugal, é raro os contratos fazerem esta referência (até porque em sede contratual nenhuma das partes quer aceitar que venha a existir qualquer atraso, preferindo acreditar — mesmo contra as regras da experiência — que esse será o contrato em que tudo será executado de forma imaculada).

Porém, sobretudo em obras infraestruturais de grande envergadura, deixar esta decisão indefinida pode ter um custo muito relevante à frente, o que obviamente não se pode aconselhar. A antecipação do método tem ainda a vantagem de permitir, durante a execução da obra, reunir a informação necessária e tratá-la de forma adequada uma vez que, como vimos, a questão documental não é indiferente para a possibilidade de recorrer a cada um dos métodos.

Sem prejuízo de tudo quanto se vem a explicar, na nossa opinião, os métodos suscetíveis de melhor retratar, de forma juridicamente relevante, os atrasos serão os métodos denominados *time impact* e *time slice*, na medida em que em ambos os casos o caminho crítico é encontrado de forma contemporânea e parece-nos ser esse o relevante, porque o que se pretende avaliar é o atraso que um evento causa naquela concreta situação e não numa situação abstrata.

A grande diferença entre ambos concerne à forma como é determinado o impacto de cada evento, respetivamente de forma prospetiva ou retrospectiva. Ora, embora se admita perfeitamente qualquer um dos dois, tendemos a considerar que o mais adequado será o primeiro método (*time impact*).

Com efeito, mais do que avaliar qual o tempo efetivamente gasto com uma atividade perturbada ou com uma nova atividade que impactou com o caminho crítico da obra, o relevante é determinar o tempo razoável que o empreiteiro teria. Se conseguiu ser mais rápido e com isso recuperou algum atraso acumulado ou se, pelo contrário, mesmo aí foi ineficiente ou pouco produtivo, serão sempre matérias que não relevam para este efeito.

#### 4. Compensação por prolongamento

Uma vez analisados os métodos com base nos quais se pode calcular um atraso, cumpre saber quais os danos que poderão ser indemnizados ou compensados em função desse mesmo atraso<sup>(28)</sup>.

Dir-se-á que é um facto público e notório que a maior permanência em obra implica sempre um sobrecusto para o empreiteiro, pelo que não levanta qualquer questão tal asserção. Já o seu cálculo apresenta diversas dificuldades<sup>(29)</sup>. Para esse efeito, vamos-nos focar em 4 grandes grupos de sobrecustos que, para além dos diretos, geralmente estão presentes em reclamações deste género: (i) custos indiretos; (ii) custos financeiros; (iii) custos fixos não absorvidos ou encargos de sede; e (iv) lucros cessantes<sup>(30)</sup>.

Porém, ainda antes dessa empreitada final, duas notas metodológicas relevantes. Uma primeira nota para sublinhar que apenas em raríssimas ocasiões estas questões são tratadas contratualmente, quando obviamente o poderiam ser, minimizando em muito a litigância subsequente que, não raras vezes, decorre sobretudo da utilização de métodos de cálculo dife-

---

<sup>(28)</sup> Saliente-se que, no presente estudo, se tem apenas em vista estudar como deve ser determinada um atraso e, conseqüentemente, como é que se deve calcular a compensação por essa maior permanência em obra. Fora do nosso estudo fica a determinação da compensação por perturbação, ou seja, pela menor produtividade em obra (que, não raras vezes, também decorre de atrasos). Em todo o caso, não se pode deixar de assinar que estes danos são claramente indemnizáveis. Também LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II, cit.*, p. 380) considera que os sobrecustos nos custos diretos (mão de obra, equipamentos e materiais), incluindo a quebra de produtividade dos mesmos são indemnizáveis. Questão diversa, mas também fora do presente estudo — mas que esperamos vir a tratar a breve trecho — se inclui o tratamento das denominadas *global claims*, ou seja, quando não é possível estabelecer um nexo de causalidade adequada entre os eventos e as suas conseqüências. Embora com alguma relutância, mais recentemente, nos sistemas anglo-saxónicos tem-se vindo a admitir tais reclamações. Percebe-se bem que assim seja, pois, sobretudo em obra em grande perturbação onde não é possível seguir minimamente um programa de trabalhos, as frentes de trabalho vão atuando onde é possível ou onde há frentes de trabalho disponíveis torna-se difícil apresentar um absoluto nexo de causalidade, mas nem por isso seria razoável, por si só, negar o direito a ser ressarcido do empreiteiro. Esta questão tem vindo a ser muito discutida internacionalmente. Por todos, veja-se ALI HADAR, *Global Claims in Construction*, Springer, 2011.

<sup>(29)</sup> Como se refere em Construction Law Society, *Delay and Disruption, cit.*, p. 51, “*compensation for prolongation should not be paid for anything other than work actually done, time actually taken up or loss and/or expense actually suffered. In other words, the compensation for prolongation caused other than by variations is based on the actual additional cost incurred by the Contractor. The objective is to put the Contractor in the same financial position it would have been if the Employer Risk Event had not occurred*”. Ou seja, o empreiteiro deve ser indemnizado por todos os sobrecustos decorrentes do prolongamento na execução da obra, mas apenas por esse, sendo que o racional subjacente é tornar a equação económica neutra para o empreiteiro em relação ao equilíbrio inicial.

<sup>(30)</sup> Por uma questão puramente prática subsequentemente agruparemos estas duas últimas categorias, na medida em que as questões que se levantam são comuns a ambas.

rentes (ou quando não impedisse a litigância seguramente tornaria aquela substancialmente mais simples e menos dispendiosa)<sup>(31)</sup>.

Uma segunda nota para sublinhar que também aqui é necessário recorrer, com muita frequência, a relatórios periciais, sendo que, geralmente, os mesmos se fazem valer, na determinação dos danos, de um conjunto de fórmulas, presunções ou equações económicas, gerando-se várias vezes controvérsia sobre a sua suficiência<sup>(32)</sup>.

Ora, em nossa opinião, não só, verdadeiramente, não existe outra forma de contabilizar os danos<sup>(33)</sup> numa empreitada, como esta sempre será, em qualquer caso, a forma mais precisa de o fazer. Efetivamente, numa normal empreitada, como já se disse, não existe um caso base que fixe os pressupostos da equação original, mas apenas, geralmente, uma lista de preços unitários nos quais se diluíram vários custos, designadamente, de estaleiro, sede e lucro.

Assim sendo, é evidente que uma das partes da equação — os montantes estimados pelo empreiteiro para os diversos grupos de potenciais sobrecustos — terão eles próprios que ser encontrados com base numa estimativa. Ora, se o montante que o empreiteiro se predispuha a gastar não é nem pode ser encontrado ao absoluto cêntimo, seria evidentemente uma ficção que os sobrecustos também o fossem.

Acresce que, as mais das vezes, uma análise com os gastos efetivos em obra (*i.e.*, uma análise fatura a fatura), para além de difícil contabilização, implica estar-se a indemnizar o empreiteiro pela sua própria ineficiên-

(31) Como sublinha Construction Law Society, *Delay and Disruption*, *cit.*, p. 51 “*arguments about proof of loss could be reduced or avoided altogether if the contract contained an agreed amount per day that can be applied to each day of prolongation. This is the reverse of normal Employer’s liquidated damages provision*”. Mais: não apenas em relação aos danos indirectos ou de estaleiro seria possível antecipar problemas; também em relação a custos financeiros ou custos de sede não absorvidos seria possível antecipar as percentagens a ter em consideração em caso de prolongamento da obra.

(32) LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, *cit.*, pp. 390 e 391 refere que “*não raras vezes se verifica (...) que, nos relatórios apresentados em sede de resolução de litígios deste tipo de contratos, os encargos com o estaleiro surgem em termos globais. Problema que tem a ver com as equações económica-financeiras em que se estribam os relatórios, que são juridicamente inapropriadas para permitir, em termos jurídicos, quer a determinação da existência de danos quer a respectiva quantificação. Mais uma vez repetimos: o dano é um conceito jurídico e não económico ou financeiro*”. Manifestamente, não podemos subscrever esta posição, a qual, na nossa opinião, não equaciona, desde logo, que o relevante é, precisamente, um reequilíbrio económico financeiro do contrato, ou seja, precisamente uma equação financeira à qual o direito se deve abrir.

(33) O que, em primeiro lugar, impõe sobre o julgador um esforço acrescido de controlo, valoração e ponderação dos pressupostos utilizados e, em segundo lugar, não prejudica uma valoração iminentemente jurídica sobre o resultado alcançado se necessário for com recurso à equidade nos termos do art. 566.º, n.º 3 do Código Civil.

cia ou improdutividade, na medida em que este poderá demonstrar gastos superiores ao que seria razoável esperar de um empreiteiro colocado naquela posição, precisamente porque foi ineficiente.

Assim, contrariamente ao que muitas vezes é entendido e discutido, desde que os julgadores sejam capazes de uma forma crítica examinar, controlar e valorar os pressupostos utilizados nos relatórios perícias e, se for caso disso, ajustar algumas das suas premissas ou conclusões, esta será a forma adequada de valorar este género de danos que, pela sua própria natureza, não são susceptíveis de avaliação ao detalhe do cêntimo nem é essa ordem de grandeza que conduz a qualquer equilíbrio da equação financeira.

#### 4.1. Custos indiretos

Nos custos indiretos incluir-se-ão todos os custos que não relacionados diretamente com a frente obra (mão de obra direta ou equipamentos), mas sim de enquadramento da mesma<sup>(34)</sup>. No fundo, trata-se do estaleiro (em sentido amplo) que é necessário montar para permitir o desenvolvimento e apoio de cada obra.

Sendo estes gastos que na sua esmagadora maioria variam diretamente com o tempo decorrido em obra, a sua ressarcibilidade não levanta qualquer dúvida. Mais complexa é a definição do momento temporal relevante para efeitos de contabilização dos sobrecustos de estaleiro.

A questão coloca-se porque não é indiferente prolongar um estaleiro em pleno emprego, ou seja, em pleno desenvolvimento da obra ou o estaleiro no seu final, na medida em que um e outro terão custos mensais completamente diferentes.

Assim, por hipótese, numa obra de 30 meses, com dois eventos imputáveis ao dono da obra, o primeiro ocorrido no mês 15 e o segundo no mês 28, que impõem o prolongamento da obra por 30 dias cada um (o que significará que a obra, por simplificação, durará mais 2 meses), não podem ser tratados da mesma forma.

---

<sup>(34)</sup> Por exemplo, LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, cit., p. 390 inclui neste item “encargos com enquadramento, logística e mão-de-obra indirecta; encargos com instalações e equipamentos de estaleiro; gastos gerais da obra; seguros; garantias da obra”. Genericamente, incluindo os mesmos gastos veja-se ALI D. HAIDER e PETER BARNES, *Delay and Disruption, claims in Construction*, ICE, 2014, p. 54.

Como facilmente se percebe, um evento que ocorre ao mês 15, precisamente no meio da obra, presume-se que com o estaleiro em pleno funcionamento, e um evento ocorrido ao mês 28, quando (em normalidade) parte do estaleiro previsto já foi desmobilizado, terão uma repercussão económica também diversa.

Do exposto facilmente se compreende que a regra geral é que o sobrecusto deverá ser aferido à data em que o evento impactou — implicou o prolongamento — dos custos indiretos e não no fim do contrato<sup>(35)</sup>.

#### 4.2. Custos financeiros

Também em relação aos custos financeiros a discussão prende-se mais com o seu cálculo do que com a sua admissibilidade. É comumente aceite que sobre o empreiteiro não incorre um ónus de financiar a empreitada, pelo que a maior onerosidade da obra (decorrente quer da realização de trabalhos não previstos quer do prolongamento dos trabalhos), implicará um dano para o empreiteiro (se e na medida em que tenha sido este a financiar a empreitada), pelo qual tem de ser ressarcido.

A este propósito consideramos ser irrelevante se o empreiteiro se financiou mediante endividamento (bancário ou outro) ou mediante o aporte de capitais próprios: a única diferença a este propósito será apenas a maior facilidade na demonstração do custo do dinheiro, caso exista endividamento bancário.

Questão relevante prende-se com a determinação do momento a partir do qual o dono da obra será responsável por encargos financeiros. Numa primeira aproximação ao tema, dir-se-ia, que o dono da obra seria responsável pelos encargos financeiros subsequentes ao momento em que a despesa foi incorrida.

Porém, considerando que os pedidos de reequilíbrio financeiro têm que ser reclamados, parece-nos que só haverá mora do dono da obra a partir desse momento. E, mesmo neste caso, apenas haverá mora a partir do momento em que o empreiteiro efetivamente liquide os seus prejuízos: se o empreiteiro na sua reclamação não o fizer — limitando-se a reservar os seus direitos para momento posterior — parece-nos também claro que o

---

<sup>(35)</sup> Precisamente no mesmo sentido Construction Law Society, *Delay and Disruption*, *cit.*, pp. 52 e 53 e ALI D. HAIDER e PETER BARNES, *Delay and*, *cit.*, p. 55.

dono da obra não estará ainda em mora e, conseqüentemente, não será responsável pelos respetivos encargos financeiros.

#### 4.3. Encargos de sede e perda de lucro

Ao contrário dos dois grupos anteriores, para além das muitas dificuldades no seu cálculo, neste caso a própria susceptibilidade de serem considerados danos ressarcíveis é colocada em evidência por vários autores<sup>(36)</sup>.

Percebe-se bem que assim seja (embora não se subscreva integralmente): argumenta-se que os danos de sede, no fundo, respeitam ao próprio funcionamento da empresa do empreiteiro e que, portanto, sempre ocorreriam<sup>(37)</sup>; argumenta-se, ainda, que a perda de lucro, sendo um dano cessante, apenas poderia ser considerado no âmbito do interesse contratual positivo (mas este apenas poderia ser considerado caso o empreiteiro cessasse o contrato e não quando o contrato é executado)<sup>(38)</sup>.

Não há qualquer dúvida que o assunto é delicado e não nos choca que a solução também seja encontrada tendo em consideração a duração do prolongamento do contrato e outras circunstâncias relevantes, como os concretos meios imobilizados.

No entanto, não consideramos juridicamente sustentável excluir, *a priori*, a susceptibilidade de indemnização destes dois grupos de danos, porquanto não nos convencem os argumentos utilizados.

Em relação aos encargos de sede, parece-nos evidente que não se pode simplesmente dizer que estes seriam encargos da empresa e que, portanto, sempre ocorriam, nem é essa verdadeiramente a questão. Como se compreende, nem nenhuma empreitada é totalmente autónoma que não recorra em nenhum momento a serviços da sede<sup>(39)</sup>, nem nenhuma sede é, em princípio, financiada por outras atividades que não seja a execução de emprei-

---

<sup>(36)</sup> Em todo o caso, na doutrina internacional o foco é colocado, sobretudo, no seu cálculo e não na sua admissibilidade.

<sup>(37)</sup> Nesse sentido, LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, cit., p. 388.

<sup>(38)</sup> Neste sentido, LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II*, cit., p. 370.

<sup>(39)</sup> Uma lista bastante compreensiva dos itens geralmente relacionados como custos de sede pode ser encontrado em ALI D. HAIDER e PETER BARNES, *Delay and*, cit., p. 58, incluindo serviços jurídicos e financeiros, publicidade, custos administrativos, administração, rendas, manutenção, orçamentistas, laboratório, entre muitos outros.

tadas. Por isso mesmo, se trata de uma percentagem adstrita a cada projeto relativamente pequena, precisamente porque será o seu conjunto que as financia.

Ora, se a empreitada se prolonga é evidente que os recursos contabilizados na sede de cada empresa também serão utilizados por mais tempo — ou, pelo menos, estarão ao dispor daquele projeto durante mais tempo — sendo, portanto, um encargo (e consequentemente um dano) como qualquer outro. Acresce ainda que, como se viu atrás, ao contrário dos trabalhos a mais (hoje, complementares) que serão executados de acordo com a lista de preços unitários (pelo que os respectivos custos já incluirão quer uma margem de lucro quer uma margem para encargos de sede), o ressarcimento dos sobrecustos decorrentes da maior permanência em obra são líquidos desse montante. Ora, só não há qualquer razão para tratar diferentemente sobrecustos como principalmente não há como justificar que o empreiteiro tenha que permanecer em obra mais tempo sem estar a executar trabalhos lucrativos (sendo apenas ressarcido do seu custo efetivo) e ainda tenha que manter a sede unicamente à custa de outros projetos.

Do mesmo modo, relativamente à perda de lucros, do nosso ponto de vista, mais do que saber se o empreiteiro teria outros projetos disponíveis, por um lado, e que não pode apresentar proposta por ter os seus bens imobilizados, a questão é que nos parece desrazoável impor ao empreiteiro que tenha meios imobilizados sem deles retirar mais do que o seu custo de operação. Por último, como salientámos no início deste estudo, dizer-se que o empreiteiro aceita manter-se na execução do contrato e que, portanto, tomou uma opção de livre vontade, não está de acordo com o bloco de legalidade aplicável.

Com efeito, como se sabe, o empreiteiro apenas poderá rescindir um contrato administrativo (excepto se por falta de pagamento) mediante ação arbitral ou judicial intentada para o efeito, o que significa que não existe uma verdadeira opção, mas antes uma linha (legítima, perceba-se) de defesa do interesse público, mas que não poderá deixar de ter, como sempre, as respetivas consequências do ponto de vista jurídico.



# AINDA O PROBLEMA DA FIXAÇÃO CONTRATUAL DOS DIREITOS DO CREDOR: AS CLÁUSULAS *SOLE REMEDY*, *BASKET AMOUNT* E *NO CONSEQUENTIAL LOSS*

Por Mafalda Miranda Barbosa<sup>(1)</sup>

## SUMÁRIO:

**1. Introdução.** 2. As cláusulas *no consequential loss*. 2.1. Os danos consequenciais e o alcance da cláusula de *no consequential damages*. 3. As cláusulas *sole remedy*. 4. As cláusulas *basket amount*. 5. Breve conclusão.

## 1. Introdução

Um dos problemas que, ao longo dos tempos, tem motivado forte discussão entre os autores prende-se com a admissibilidade ou não de cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade. Não obstante a riqueza da temática assim identificada, não é nossa pretensão visitar os quadros de inteligibilidade da categoria. Uma razão pesa na nossa opção discursiva. Na verdade, a profundidade do trabalho apresentado a esse propósito, em 1984, por António Pinto Monteiro<sup>(2)</sup> tornaria irrelevante qualquer esforço dialógico da nossa parte a esse ensejo, não obstante termos já procurado oferecer um contributo mínimo na matéria, não em geral, mas a

---

(1) Univ. Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(2) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003.

propósito das cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade extra-contratual<sup>(3)</sup>. É também a Pinto Monteiro que devemos um aprofundado estudo sobre a cláusula penal, nas suas diversas modalidades, superando-se com isso um entendimento tradicional e unitário acerca da figura<sup>(4)</sup>.

A prática negocial, sobretudo internacional, tem, porém, forjado cláusulas típicas que, mantendo uma proximidade bastante com estas cláusulas acessórias, delas diferem em alguns aspetos. Falamos das cláusulas de *sole remedy*, das cláusulas *basket amount*, das cláusulas de *no consequential loss*. O nosso propósito, nas páginas que se seguem, é olhar para cada uma destas estipulações negociais, para, à luz do nosso ordenamento jurídico, da sua intencionalidade, e dos ensinamentos da doutrina em sede de cláusulas de fixação antecipada dos direitos do credor, podermos extrair algumas conclusões acerca da sua validade. Sobre elas pouco se tem escrito entre nós, embora além-fronteiras, sobretudo no espaço anglo-saxónico, seja considerável a produção científica na matéria.

Uma investigação deste tipo afigura-se, aos nossos olhos, tão mais importante quanto a globalização arrasta consigo a nítida influência da prática negocial estrangeira sobre o nosso ordenamento jurídico. Assim, há que, em primeiro lugar, perceber o que é cada uma destas cláusulas; em segundo lugar, indagar se acrescentam ou não algo ao que já resultaria das simples cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade e das outras cláusulas de fixação dos direitos do credor; para, *in fine*, tecermos sobre a sua validade e regime um nosso juízo fundamentado.

## 2. As cláusulas *no consequential loss*

As cláusulas de *no consequential damages (no consequential damages clauses)*, pela sua inclusão frequente em contratos, sobretudo em contratos internacionais, têm sido objeto de atenção por parte dos operadores judiciários. Em causa estão, segundo a interpretação que delas se vem fazendo, cláusulas acessórias que excluem a responsabilidade por danos reflexos, ou seja, por danos que surgem como consequências indiretas do

---

(3) MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade extra-contratual — limites de validade”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 354, Set-Dez. 2017, 421 s. Veja-se, a este propósito, GLENN D. WEST/W. BENTON LEWIS JR., “Contracting to avoid extra-contractual liability — Can your contractual deal ever really be the entire deal?”, *The Business Lawyer*, 64, 2009, 999 s.

(4) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

incumprimento contratual<sup>(5)</sup>. A simples referência aos danos reflexos não é, porém, de molde a eliminar todas as dúvidas acerca da sua operacionalidade<sup>(6)</sup>. Na verdade, o conceito de dano consequencial é um conceito ambivalente, não unívoco, que pode referir-se a diversas realidades no quadro da dogmática responsabilizatória. A jurisprudência e doutrina norte-americana consideraram já que o termo *consequential* se refere a danos especiais, reservando-se o termo *general damages* para os danos diretos. Não parece, contudo, que o critério possa servir como guia da diferenciação que se procura. Em muitos casos, a prática mostra que o que se procura afastar é a indemnização de danos como lucros cessantes, perda de oportunidade de negócios, os danos gerados pelo não cumprimento dos standards de qualidade de um produto que havia sido garantida pelo vendedor, os danos resultantes da suspensão de uma unidade produtiva, pelo defeito de um ou mais equipamentos fornecidos ao abrigo do contrato de aquisição<sup>(7)</sup>. Perante hipóteses tão diversas, os autores (ou alguns autores) evidenciam a dificuldade em formular um critério que garanta a certeza da decisão<sup>(8)</sup>. No caso *Pharmaceutical Product Development Inc. v. TVM Life Science Ventures VI L.P.*, o vendedor de uma sociedade garantiu a eficácia de um determinado medicamento. Contudo, esta eficácia foi infirmada, o que levou o comprador a gastar milhões de dólares a tentar desenvolver o produto no mercado. O vendedor veio, posteriormente, invocar uma cláusula de *no consequential damages* para obstar à compensação devida por estes danos. Victor Goldberg considera que, nestas hipóteses de quebra de garantia, estamos diante de um dano direto<sup>(9)</sup>. Foi também esse o veredito da *Court of Appeal* de Nova Iorque no caso *Biotronik A. G. v. Conor Med-systems Ireland Ltd*, no qual se colocou uma questão relativamente ao fim de um contrato de distribuição, que causou ao distribuidor avultados

---

(5) Exemplo de uma *no consequential damage clause*, tal como conformada pela prática: “notwithstanding anything to the contrary elsewhere in this agreement or provided for under any applicable law, no party shall, in any event, be liable to any other person, either in contract, tort or otherwise, for any consequential, incidental, indirect, special or punitive damages or such other person, including loss of future revenue, income or profits, diminution of value or loss of business reputation or opportunity relating to the breach or alleged breach hereof, whether or not the possibility of such damages has been disclosed to the other party in advance or could have been reasonably foreseen by such other party” (cf. <<https://www.lawinsider.com/clause/no-consequential-damages>>).

(6) Evidenciando essas dificuldades, cf. VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, *Columbia Law & Economics Working Paper Series* no. 582, 2018.

(7) Para alguns destes exemplos, cf. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *As cláusulas de no consequential damages*, 2017, 2.

(8) VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 4 s.

(9) VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 27.

danos. Relativamente a hipóteses como esta, Goldberg considera que está em causa a perda de lucros, não sendo o lesado pago pelos seus serviços, o que configura igualmente um dano direto. Mas já não nas situações de danos resultantes de um atraso na prestação<sup>(10)</sup>. Para o autor, os conceitos de previsibilidade, naturalidade e colateralidade negocial não são aptos a concretizar o âmbito de relevância destas cláusulas.

Importa, por isso, perceber o que são danos consequenciais e como devem ser entendidos a este nível. Só assim estaremos aptos a perceber se as cláusulas que analisamos podem ou não ser consideradas válidas no nosso ordenamento jurídico.

## 2.1. Os danos consequenciais e o alcance da cláusula de *no consequential damages*

### a) A doutrina do dano direto e imediato e a adequação

O conceito de danos consequenciais — afastados por força da estipulação negocial das partes — pode ser entendido, em primeira linha, com o sentido de danos não diretos e não imediatos. Esta é, porém, uma aceção que não encontra acolhimento no quadro do modelo ressarcitório português. Contra o que sucede em alguns ordenamentos jurídicos, há muito que, em Portugal, se afastou a noção de dano direto e imediato como critério de delimitação dos danos indemnizáveis<sup>(11)</sup>.

A teoria do dano direto e imediato foi formulada, a par de outras, como uma tentativa de limitação do excesso de responsabilidade a que o jurista era conduzido pela doutrina da *conditio sine qua non*. Na verdade, em face das inconcludências da *condicionalidade sem a qual*, alguns autores propuseram entendimentos que, partindo do conceito de condição, visavam eleger, entre todas, aquela ou aquelas que pudessem ser relevantes do ponto de vista da imputação. Surgiram, então, doutrinas como a da consequência necessária; a da causa eficiente; a da consequência direta; a

---

<sup>(10)</sup> VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 24 s.

<sup>(11)</sup> No caso *Polemis v. Furness, Withy and Co.* definiu-se o critério do dano direto, considerado como aquele que se pode reconduzir à culpa de uma maneira suficientemente direta e que não é devido a causas independentes em relação àquela. Note-se que o critério haveria de, logo em 1933, sofrer uma restrição no tocante ao seu âmbito de aplicação — passava a aplicar-se apenas às consequências físicas imediatas de um ato ilícito, ou seja, o conceito de dano direto haveria de sofrer uma limitação com a jurisprudência fixada no precedente *Liesbosch Dredger v. Edison S.S.*

da consequência imediata; a da causa próxima. Simplesmente, as dificuldades patenteadas pelo critério tornaram-se desde cedo evidentes. Desde logo, parece não ser claro o que deve compreender-se por dano direto, na sua relação com o dano imediato. Em segundo lugar, a aplicação estrita do critério conduz a soluções que não só se mostram falhas de fundamento, como não correspondem à tradição judicativa na matéria<sup>(12)</sup>.

---

(12) Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, *Torts* (André Tunc, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971, 41 e toda a discussão em torno do tema a que se assiste em Itália. Não só se patenteiam dificuldades na diluição do carácter indireto ou direto da consequência, como, no plano do direito positivo, se assiste as mais das vezes à indemnização de danos indiretos. Donde é possível extrair duas conclusões. Uma primeira para mostrar que a doutrina acaba por, muitas vezes, ser conduzida à determinação ou não da normalidade da consequência experimentada, pelo que redundia, afinal, num juízo probabilístico próximo da adequação [Saliente-se, contudo, que muitos são os autores que vêm perentoriamente afirmar a não coincidência entre um juízo de adequação e um juízo de normalidade. Assim, KLUG, “Erfordernisse des adäquaten Kausalzusammenhangs. Verhältnis von Verursachung und Schuldfrage”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 150, 452]. Não é em vão que em Itália, onde o ordenamento jurídico positivo consagra o dito critério, muitos autores o interpretam no sentido aqui explicitado. Uma segunda nota para vincar que o efeito útil dela parece ser o de excluir do âmbito do ressarcimento os danos reflexos. Mas, se assim é, o que parece estar em causa é verdadeiramente uma circunscrição de danos a partir da conceção de ilicitude. Com o que se percebe melhor, agora de uma perspetiva comparatística que perscruta mais fundo que a mera formulação divergente das categorias, o modo como o problema é tratado no sempre presente ordenamento italiano. Na verdade, centra-se, ali, o debate em torno da noção de dano injusto. Parece, então, fazer sentido o alerta de Honoré (cf. p. 42) de que em jogo estariam verdadeiramente *policy considerations*. Entre nós, com grande importância sobre o tema, veja-se VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexa causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, Março 1959, 5 a 301, 45 e s. São dois os elementos integradores daquela: a dificuldade de operar a distinção entre danos diretos e indiretos e a injustiça de, podendo ser estabelecida a cesura, ficarem aquém da reparação certos danos. Concordando genericamente com a impostação das coisas apresentada pelo insigne civilista, a adesão incondicional à doutrina da causalidade adequada implica que, na escarpelização crítica, se apresentem exemplos a nosso ver de duvidoso acerto judicativo. Fala-se ali do caso tratado na jurisprudência alemã do senhor que tem de usar uma perna artificial em virtude de um acidente, caindo passado um tempo como consequência da limitação física de que padece. Considera Vaz Serra ser este um exemplo de um dano indireto que merece ser indemnizado, solução que nos concita as maiores dúvidas. Paradigmático a este ensejo é a asserção fornecida pelo autor (cf. p. 45) — “o resultado pode ter outras condições mais importantes e próximas e, todavia, dever ser ligado a certo facto pelo laço da conexão causal”. Uma vez mais estamos em sintonia com a ideia expressa. Contudo — e adiantando algumas considerações subsequentes — custa-nos a perceber que a mesma ideia força não seja atentamente tida em conta quando nos debruçamos sobre a doutrina da causalidade adequada. Se não vejamos. Um facto pode ser adequado a produzir o dano e interpor-se outro que, não sendo anormal, não pode deixar de ser sopeado, sobretudo se for intencional. António é ferido por Bernardo e, no transporte para o hospital, é furtado nos seus haveres, sendo certo que aquela zona era conhecida por todos pelos elevados índices de criminalidade que ali ocorriam. Deve Bernardo responder pela subtração da coisa? E qualquer que seja a resposta, considerada que seja a probabilidade de tal ocorrer, não deveríamos perceber que se trata aqui de um problema de imputação do dano a alguém e não uma mera questão causal?

A este propósito, Forchielli esclarece que se deve excluir um conteúdo perceptivo temporal para o conceito de *imediato*, tal como se deve excluir que aquele só queira indicar que o dano ressarcível é o que não é consequência de outros danos, mas se liga diretamente à conduta ilícita. É que, neste sentido, seria imediata a destruição de um automóvel e seria mediato o lucro cessante daí derivado, e tais soluções prático-normativas mostram-se falhas de justificação. Forchielli evidencia, também, a perplexidade a que pode conduzir a contraposição entre os danos diretos e os danos indiretos. Mostra, designadamente, as diferentes interpretações a que os conceitos estão sujeitos: dano indireto é aquele que não consiste na lesão direta de um bem, sendo, neste caso, indireto o lucro cessante; dano indireto é aquele que é consequência reflexa de um dano previamente produzido; dano indireto é aquele sofrido por um sujeito que era garantido pela pessoa que sofre o dano direto<sup>(13)</sup>.

A nota dominante quando se lida com o conceito de dano direto e imediato (ou, em contraposição, com o conceito de dano indireto e não imediato) é, então, a ambivalência conceptual. A evolução doutrinal na matéria levou, inclusivamente, a que a doutrina viesse a ser interpretada no sentido da causalidade adequada<sup>(14)</sup>.

---

(13) PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960, 34 s. Note-se que o autor acaba por rejeitar o critério como solução para o problema da inquirição causal. Na verdade, numa interpretação de tipo histórico, o insigne jurista procura ir além da letra do art. 1223.º CC italiano para descobrir, apoiado nos cânones hermenêuticos tradicionais, a *ratio legis* da norma. Remontando ao direito romano e à distinção entre *id quod interest circa rem* e *id quod interest extra rem*, ao jusnaturalismo de Pothier (e à sua ideia de que o ressarcimento de todo o dano mesmo que remoto fica dependente da existência de um nexo de causalidade necessária), à Pandetística alemã (e à solução de identificação do *quod circa rem consistiti* com o dano que é consequência certa e inevitável do facto ilícito), Forchielli conclui que o pensamento de Pothier representa o precedente histórico mais importante no sentido da interpretação do art. 1223.º CC. Assim, o insigne jurista italiano abraça a ideia de causalidade necessária, ao mesmo tempo que alerta para a excessiva importância que doutrina e jurisprudência atribuem ao preceito citado.

(14) Para maiores desenvolvimentos acerca da possível interpretação da doutrina das consequências diretas e imediatas, a que, no ordenamento jurídico italiano, o jurista acaba por ser conduzido por via do art. 1223.º Código Civil, cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990, 18 s. Dois são os olhares possivelmente derramados sobre a teoria: interpretação segundo a ideia de nexo de regularidade causal (que o autor critica pelas aporias a que conduz, designadamente a incerteza quanto ao critério de avaliação daquela, a oscilar entre a normalidade da experiência ou a ancoragem em parâmetros de regularidade estatística); enquanto causalidade específica, levando à afirmação dela quando o evento, segundo a experiência, constitua a realização de um risco criado para um determinado antecedente, vindo a coincidir com o escopo da norma violada (cf. p. 19). Salienta Rosello que “as consequências mediatas segundo um ângulo visual (metanormativo) da regularidade estatística podem considerar-se imediatas e diretas (no sentido normativo qualificado) quando se refiram e sejam reconduzidas ao evento danoso” (p. 21). Cf., ainda, N. COVIELLO, “Intorno alla risarcibilità dei danni indiretti e mediati”, *Giurisprudenza ita-*

Simplemente, há que referir, em primeiro lugar, que não se vislumbra confusão possível entre elas; e, em segundo lugar, que, aos nossos olhos, também a doutrina da causalidade adequada não se mostra suficiente para permitir encontrar uma decisão que se pretende normativamente adequada e materialmente justa em matéria de causalidade. Dito de outro modo, não só uma consequência adequada do comportamento ilícito e culposo pode não ser imediata e direta, na sua pureza, como a adequação não é critério suficiente para garantir uma decisão que se pretende justa.

Como tivemos oportunidade de sublinhar a outro ensejo, a causalidade adequada enreda-nos em inúmeros problemas. Pensada para fazer face às inconcludências da doutrina da condicionalidade *sine qua non* (e, portanto, perspetivada para determinar se o comportamento do lesante, em abstrato, é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo, com o que se encontra, assim, o ponto de clivagem entre esta teoria e as doutrinas que se integram naquilo que Honoré apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories*)<sup>(15)</sup>, a teoria da causalidade adequada não pode ser entendida como um magma uniforme. Pelo contrário, no seu seio, albergam-se formulações absolutamente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, que quadra mal com a intencionalidade jurídica, até um conceito normativizado de causalidade. O certo, porém, é que mesmo numa visão normativa da adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta<sup>(16)</sup>.

Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa?”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar “é

---

*liana*, 1897, I, 23 s.; D. MANDRIOLI, “Le conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento doloso”, *Rivista di Diritto Commercial*, I, 1921, 56 s.; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, Turin, 1879, 486 s.

(15) A propósito da classificação das teorias causais, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 23 s. Para outros desenvolvimentos e uma enunciação destas diversas doutrinas, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013, 86 s. A questão que passa a orientar o jurista é — numa formulação positiva — a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou — numa formulação negativa — a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante.

(16) Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada; e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípiã, 2014; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípiã, 2017.

normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau?”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato — porque se perde a necessária relevância do caso concreto — ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que — consoante afirmam certos autores — a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)<sup>(17)</sup>.

Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desfere contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam — e bem — para estabelecer o nexó de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo for um juízo *ex ante*? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido?

A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas patenteados por esta teoria.

A interpretação da cláusula de *no consequential damages* no sentido da exclusão dos danos não diretos e não imediatos perde, portanto, sentido

---

(17) MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1999, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 325; GÜNTHER BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442.

por duas ordens de razões: porque a referência aos danos imediatos e direitos não serve como critério de limitação da indemnização, mesmo que interpretada na remissão para a causalidade adequada, razão pela qual continuamos sem saber, afinal, o que são os danos consequenciais; e porque, ainda que fizesse sentido, a conclusão seria a da não indemnizabilidade dos danos que não apresentassem aquelas características, donde a cláusula perderia qualquer efeito útil.

**b) A mudança de perspectiva em matéria de causalidade**

A mutação de perspectiva em matéria de causalidade é possível a partir do momento em que olhamos para a responsabilidade do ponto de vista ético-axiológico e não apenas dogmático<sup>(18)</sup>. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica, o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamental da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta, porém, contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la, depois, com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*.

A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres no tráfego. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem des-

---

<sup>(18)</sup> Cf., para maiores desenvolvimentos, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzida. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

velar a culpa (devido, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo.

Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. No quadro da responsabilidade contratual ela é desenhada pelo próprio esquema contratual firmado pelas partes e conformado, simultaneamente, pela boa-fé. São-lhe, então, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.

Abre-se, seguidamente, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos. Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos — indiferenciadamente — estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem,

assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico — mormente o pensamento jurídico transfronteiriço — tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a

ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro — independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais — torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito — deveres de evitar o resultado — pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso.

Do ponto de vista da responsabilidade contratual, a causalidade transmutada em imputação há de compreender-se por referência à esfera de risco que cada um dos contraentes assumiu ao celebrar o contrato. Ademais, importa considerar a finalidade e o fundamento da hipótese ressarcitória em causa. Trata-se, na verdade, de um mecanismo que visa satisfazer por outra via o interesse do credor. Ora, assim sendo, a indemnização há de ser determinada em função desse mesmo interesse e do âmbito do dever contratualmente assumido que foi preterido.

Significa isto que a diferenciação entre os danos diretos e indiretos perde razão de ser. Não é ela que determina os limites do ressarcimento. Assim sendo, poderia fazer sentido estabelecer uma cláusula nos termos da qual os danos indiretos não seriam indemnizados. Contudo, o problema que resta é exatamente saber o que se deve entender por danos indiretos, já que o que predica a questão imputacional é a recondução (ou não) do dano ao núcleo de relevância contratual.

c) A causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade

A *no consequential damages clause* é denominada, como se sabe, por referência aos danos consequenciais. Ora, quanto a estes, algo mais haverá a acrescentar. No quadro da responsabilidade extracontratual distingue-se entre a chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade<sup>(19)</sup>. A primeira liga o compor-

---

(19) Sobre o ponto, cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também p. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch*, I, 432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; ULRICH MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, Vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); HERMANN LANGE, GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; HENNIG LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine — Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl — Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtsissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; CEES VAN DAM, *European Tort Law*, 270 s.; B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, Vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; FRITZ LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); ULRICH HUBER, *Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968*“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) — *Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco*“, *Persona e Danno*, <[www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx](http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx)>; HEIN KÖTZ, / GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26. No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato* 337, *Teoria da confiança*, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado*, 429-430; CUNHA GONÇALVES,

tamento do agente à lesão do direito absoluto ou do interesse; a segunda liga a lesão do direito ou interesse aos danos subsequentes advindos. Tendo em conta este duplo nexos de imputação, pode falar-se de um primeiro dano, ou dano evento, para rememorarmos a lição italiana quanto ao ponto, e de danos subsequentes ou danos consequência/consequenciais. Se com a estipulação das partes se pretender excluir do ressarcimento todos os danos consequenciais, assim entendidos, isso significa que a cláusula tende a excluir toda a indemnização, já que é por referência aos danos subsequentes (e não ao primeiro dano) que a indemnização é calculada. Quanto muito, poder-se-ia aventar a possibilidade de se indemnizar o lesado pelo valor do bem perdido.

Nessa medida, a *no consequential damages clause* seria uma cláusula de exclusão da responsabilidade — cuja validade teria de ser aferida em concreto, atentos os critérios predispostos pela doutrina nacional.

---

*Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, 441; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; PITTA e CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil*, 50; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar*, 65 s.; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação* 67, n. 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico]; e, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 640 s.; 924 s., nota 1834. Considerando que a formulação rigorosa dela suscita problemas, a que não é imune a própria relevância da coisa (v. pp. 924-925), vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para Paulo Mota Pinto, a quem devemos, aliás, importantes referências bibliográficas na matéria, a “distinção não é uma determinação da natureza das coisas, mas deve ser adotada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos” (cf. p. 927). E deve sê-lo porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença que separa a previsão do art. 563.<sup>o</sup> — referente à causalidade preenchedora da responsabilidade — da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no art. 483.<sup>o</sup> (cf. p. 928 s. e n. 2605). Cf., ainda, p. 640. Com amplo desenvolvimento, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação e Lições de Responsabilidade civil*.

Simplemente, a dicotomia entre a fundamentação da responsabilidade e o seu preenchimento deve ser compreendida no âmbito da responsabilidade contratual. A cisão torna-se particularmente relevante, ao nível delitual, no quadro de um ordenamento jurídico como o nosso em que somos confrontados — como requisito inultrapassável para a procedência de uma pretensão indemnizatória — com a exigência de verificação de ilicitude assente no resultado (violação de um direito absoluto ou de um interesse legalmente protegido). Na ausência de uma proteção geral do património, o art. 483.º CC desenha como centro nevrálgico da responsabilidade a violação de direitos. Ademais, a ilicitude é — para salvaguarda da separação entre o ilícito e a culpa — desvelada por via do resultado<sup>(20)</sup>. Isto faz com que, do ponto de vista dogmático, seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretense lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. É que, como bem se compreenderá, não é possível dizer que há ilicitude quando a morte, podendo estar relacionada com o comportamento do sujeito x, é o resultado das forças da natureza. Não obstante, a eleição destas forças como “autoras” da lesão não deriva, exclusivamente ou sequer, do apego a um pensamento naturalista, de tipo determinista ou não. Só os critérios forjados com base na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada. Por outro lado, esta cisão revela-se ainda determinante à luz da finalidade reipersecutória da própria responsabilidade. Gert Brügemeier afirma que a dicotomia espelha a diferença que se estabelece entre a lesão do interesse e o dano. Para que haja responsabilidade, é necessário que haja uma lesão de um bem jurídico ou de um interesse protegido que seja imputável a um sujeito diverso daquele que o titula. Problematiza-se, assim, o fundamento da responsabilidade, devendo-se posteriormente saber que danos são indemnizáveis ou não, na medida em que devem ser causados através da lesão do interesse<sup>(21)</sup>. Se assim é, então, percebemos que a maior ou menor relevância da cisão (e a maior ou menor dificuldade de ela se operar) fica dependente da modalidade de ilicitude com base na qual se fundamenta a responsabilidade. Hermann Lange e Gottfried Schiemann chegam mesmo a afirmar que a distinção entre estas duas for-

---

<sup>(20)</sup> Dando conta disto mesmo, com amplo desenvolvimento entre nós, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volumes I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 640 s.; 924 s., n. 1834

<sup>(21)</sup> GERT BRÜGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.

mas de causalidade não se aplica se a lei se fixar nonexo de causalidade entre um comportamento específico — como, por exemplo, a condução em excesso de velocidade, relevante nos termos do § 823 II BGB — ou um determinado processo operativo — responsabilidade objectiva — e o prejuízo<sup>(22)</sup>. A conclusão dos autores não pode ser acolhida sem mais. Na verdade, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, porque não nos confrontamos apenas com um desvalor de conduta, mas também de resultado, a distinção continua a fazer sentido. Ela fica, contudo, dependente da estrutura da própria norma violada. Já no tocante ao abuso do direito, a importância da distinção parece esbater-se.

Compreende-se, portanto, que ao nível da responsabilidade contractual — na qual somos confrontados com um modelo diverso assente na *faute* (isto é, no âmbito da qual se prescindido do duplo juízo ilicitude e culpa, para se abraçar um juízo unitário que nos remete para a violação culposa do dever objetivo) — se questione se a distinção continua a ser relevante. Num primeiro momento, poderemos pensar que a sua operacionalidade ficará confinada às hipóteses de violação positiva do contrato, nas quais nos deparamos com a preterição de deveres de conduta que conduzem à lesão de interesses patrimoniais e pessoais do credor ou de terceiro, ou naquelas hipóteses em que o interesse contratual passa pela salvaguarda de um determinado bem jurídico. Não cremos, porém, que a solução seja consentânea com os dados sistemáticos com que temos de operar: é que, mesmo quando seja preterido um certo interesse patrimonial puro, porque o dano é aferido em concreto, teremos de pensar na concreta repercussão que a sua lesão tem na esfera do sujeito e, nessa medida, na recondução de ulteriores interesses ao núcleo do interesse violado.

Mas se assim é, porque a responsabilidade apenas avulta na presença de danos, a cláusula de *no consequential damages* significaria, então, uma cláusula de exclusão da responsabilidade.

#### d) O problema dos danos reflexos

Como última alternativa discursiva, aventamos a hipótese de, com a referência aos danos consequenciais, se pretender postergar o ressarcimento dos danos reflexos. Sendo esta, talvez, a interpretação mais corrente da estipulação de *no consequential damages*, nem por isso o grau de problematicidade se atenua. As dificuldades resultam, agora, do próprio con-

---

(22) HERMANN LANGE/ GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 327 s.

ceito de dano consequencial. Na verdade, no âmbito do ordenamento jurídico português e de todos aqueles que se estruturam com base na dualidade tornada célebre por Ihering entre a ilicitude e a culpa, os danos reflexos *a priori* não passam no filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes, no quadro da responsabilidade extracontratual, exatamente porque os danos reflexos seriam, nesse contexto, aqueles que seriam sofridos por um terceiro que não o titular do direito subjetivo absoluto. No fundo, estar-se-ia diante de uma hipótese de danos puramente patrimoniais, a determinar a sua não ressarcibilidade de princípio.

Já não seria assim no quadro da responsabilidade contratual, onde a imputação se alicerça na *faute*. Nesses casos, o que determina o ressarcimento dos danos é a possível recondução deles ao núcleo da contratualidade, ao ponto de se poder afirmar que, se forem reconduzíveis, então não se trata de danos reflexos. Assim sendo, podemos concluir que os danos reflexos não são, à partida, indemnizados no ordenamento jurídico português. A cláusula que previsse o seu não ressarcimento estaria, desta feita, privada de conteúdo útil.

e) O problema como um problema de interpretação das declarações negociais

Mobilizados a traços largos alguns conceitos básicos em matéria de responsabilidade civil, podemos extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar, não sendo, numa determinada perspectiva e por referência a certas hipóteses ressarcitórias, indemnizados os danos consequenciais (vistos como danos reflexos), perde sentido a cláusula que os pretende excluir da compensação. Em segundo lugar, quando os danos consequenciais não tenham o significado de danos reflexos, do que se trata é de excluir todo o ressarcimento, já que é por referência aos danos subsequentes (e não ao primeiro dano) que a indemnização é calculada, falando-se a esse propósito do preenchimento da responsabilidade. Em terceiro lugar, naquelas hipóteses em que não existe um dano-evento e, portanto, em que a fundamentação e o preenchimento da responsabilidade tendem a confluir, ficamos sem critério de determinação do que é um dano consequencial. Naquela primeira hipótese com que nos confrontamos, a cláusula é desnecessária, não tendo conteúdo útil<sup>(23)</sup>; na segunda hipótese, do que se trataria

---

(23) Ou porque o dano sofrido, porque reflexo, é um dano de um terceiro que não o credor, ou porque é um dano experimentado por um sujeito que não é titular de um direito absoluto violado. Esclareça-se que, nesta segunda alternativa, porque adentramos no domínio delitual, a cláusula só faria sentido naquelas situações de concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória. Ou

seria de uma verdadeira cláusula de exclusão da responsabilidade; na terceira hipótese, entraria em jogo uma cláusula de limitação da responsabilidade, sendo necessário determinar quais os danos que, de acordo com o sentido da impressão do destinatário, deveriam ficar de fora da indemnização.

Assim sendo, a primeira tarefa que o jurista há de enfrentar quando confrontado com uma cláusula de exclusão do ressarcimento dos danos consequenciais é determinar a sua amplitude. A tarefa será, portanto, eminentemente interpretativa. Nessa interpretação, para além de procurarmos determinar o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório dela extrairia, haveremos que remeter as declarações das partes e o negócio como um todo para o ordenamento jurídico com o qual ele dialoga (e no qual se insere)<sup>(24)</sup>. Simplesmente, como percebemos, este não nos oferece uma noção clara do que são os danos consequenciais, donde a tarefa interpretativa, agigantando-se em importância e dificuldade, há de assumir uma feição casuística, oferecendo-nos o conteúdo perçetivo do conceito, em concreto.

### f) O problema da validade

Do que ficou dito até aqui podemos, assim, concluir que, quando possa ter algum efeito útil, a cláusula de *no consequential damages* assume a feição de uma cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade. Importa, por isso, indagar da sua validade, matéria onde o nome de Pinto Monteiro se assume como incontornável na civilística portuguesa.

As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade, operando ao nível da indemnização, são estipulações acessórias típicas, nos termos das quais os contraentes acordam em limitar ou excluir, consoante os casos, a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento (entendido em sentido amplo) de uma obrigação assumida<sup>(25)</sup>.

---

então estaria em causa um contrato que visava disciplinar a responsabilidade delitual que pudesse emergir numa concreta situação. Não é, porém, este o domínio por excelência onde, na prática negocial internacional, estas estipulações avultam. Quanto a esta subtileza, embora por referência a uma realidade negocial que, sendo próxima (como veremos), com esta não se confunde, cf. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003, Coimbra.

(24) Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico — algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume II, *A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 367-392

(25) Sobre o ponto, cf. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por A. PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, Coimbra, 599; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003, Coimbra, 100.

Compreendidas desta forma em termos amplos, o certo é que as mesmas podem assumir diversas modalidades, a saber: cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade por atos próprios, cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares do devedor, cláusulas de limitação do montante da indemnização, cláusulas de limitação dos fundamentos da responsabilidade, cláusulas de equiparação de certas situações a casos de força maior, cláusulas de inversão do ónus da prova, cláusulas de redução dos prazos de prescrição e de caducidade, cláusulas de limitação da garantia patrimonial<sup>(26)</sup>. Como bem se entenderá, os problemas patenteados por cada uma delas não serão os mesmos. No mais, importa reconhecer que algumas das cláusulas que foram enunciadas — v.g., as cláusulas de inversão do ónus da prova, cláusulas de redução dos prazos de prescrição e de caducidade, cláusulas de limitação da garantia patrimonial — apenas indiretamente (e em termos práticos, pelas dificuldades a que conduzem o lesado) terão como efeito a limitação da responsabilidade propriamente dita<sup>(27)</sup>. As cláusulas de *no consequential damages*, numa dada interpretação delas, configurariam, assim, mais uma modalidade de cláusula de limitação da indemnização.

Apesar da recorrência destas cláusulas na prática negocial, nem sempre é pacífica a sua validade. O problema foi, como referido, amplamente tratado por Pinto Monteiro, que acabou por oferecer argumentos suficientemente seguros para sustentar, no plano do direito constituído, a legitimidade das estipulações em questão. Mais do que isso, o civilista parece ter operado uma inflexão na própria doutrina que, à época, se mostrava maioritariamente — mesmo quando crítica da solução legal — defensora da invalidade das referidas cláusulas, em face do art. 809.º CC e da génese do preceito.

Na verdade, se os autores anteriores ao Código de 1966 eram inequívocos na afirmação da validade de cláusulas desse jaez, quando circunscritas à culpa leve, e se essa parece ter sido a doutrina acolhida no anteprojeto

---

(26) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 103-114. Sobre as cláusulas de limitação da garantia patrimonial, cf., porém, as nossas considerações em “Do sentido da Responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da role responsibility à liability; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano II, 2020, 15-55.

(27) Reconhecendo isso mesmo, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 114. Sobre as cláusulas de limitação de garantia e, mais concretamente, sobre as cláusulas de subordinação, cf., novamente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Do sentido da Responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da role responsibility à liability; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial”, 15 s.

de Vaz Serra<sup>(28)</sup>, a segunda revisão ministerial determinaria que art. 809.º CC passasse a ter a formulação que hoje lhe conhecemos: “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do art. 800.º”.

Ora, porque um dos direitos do credor em face do incumprimento ou mora do devedor é o direito à indemnização, os autores rapidamente interpretaram o preceito no sentido da inclusão no seu âmbito de relevância das cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade e, concomitantemente, afirmaram a sua nulidade. Antunes Varela, por exemplo, passou a sustentar que o texto do art. 809.º CC é inequívoco, não deixando margem para outra interpretação que não a nulidade das estipulações em causa, até porque entender de outra forma configuraria uma forma de excluir a própria ilicitude do incumprimento<sup>(29)</sup>. Outros, mesmo podendo não concordar com a solução que era ditada pelo diploma mãe em matéria de direito civil, aderiram ao entendimento<sup>(30)</sup>. Curiosamente, no tocante às cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade por atos de auxiliares, em face do art. 800.º/2 CC e do elemento histórico da interpretação, tida como um problema hermenêutico, os autores mostravam-se favoráveis à validade das estipulações em causa.

Torna-se, por isso, inestimável o contributo de Pinto Monteiro na matéria. Para o autor, o art. 809.º CC não abrangeria, desde logo, no seu âmbito de relevância as cláusulas de limitação da responsabilidade. Não só estas não envolvem uma renúncia do devedor ao direito à indemnização, mas tão-só uma sua limitação, como o art. 810.º CC admite a estipulação de uma cláusula penal que, na sua modalidade de fixação antecipada do montante indemnizatório, pode funcionar, na prática, como uma limitação à indemnização<sup>(31)</sup>. No tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade, o autor

---

<sup>(28)</sup> Cf. ADRIANO VAZ SERRA, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 79, 1958, 105 s. Na proposta do autor, podia ler-se “as convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas, ainda que apenas estabeleçam o máximo a que pode ir a indemnização a pagar pelo mesmo devedor ou a inversão do encargo da prova. São também nulas as convenções de exclusão ou limitação de responsabilidade para os casos em que o facto do devedor represente violação de obrigações resultantes de normas de ordem pública”. O autor estendia a solução à responsabilidade extracontratual, domínio que, aliás, motiva o nosso excursus. Sobre o ponto, teceremos a seu tempo as devidas considerações.

<sup>(29)</sup> J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 6.ª ed., Almedina, 2000, Coimbra, 136 s. e 197.

<sup>(30)</sup> Cf. PESSOA JORGE, “Limitação convencional da responsabilidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 281, 1979, 11 s.

<sup>(31)</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 171 s.

opera uma redução teleológica do citado art. 809.º CC. Se a preocupação do legislador foi a de “evitar que fosse desfigurado o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo”<sup>(32)</sup>, então, a teleologia da norma só vale para afastar a validade das cláusulas de exclusão por dolo ou culpa grave, pois “só nesses casos ela implicaria, de certa forma, deixar-se à mercê das partes uma regra cujo valor moral e social imporá que lhes seja subtraída”<sup>(33)</sup>. De acordo com a explicitação do autor, “a cláusula de exclusão não concede ao devedor (...) a faculdade de não cumprir, destinando-se apenas a afastar a sua responsabilidade. O credor mantém, por isso — e apesar da referida cláusula — (...) o direito de exigir o cumprimento do contrato”<sup>(34)</sup>, bem como todos os outros direitos que a vinculação negocial lhe confere. No entanto, isto só será assim quando a cláusula se contenha nos estritos limites da culpa leve, pois, no tocante ao dolo e à culpa grave, poder-se-ia, de facto, aventar a possibilidade de a cláusula afetar a natureza jurídica da obrigação<sup>(35)</sup>. É que, nos casos de dolo, “afirmar-se (...) que o credor mantém o direito de exigir o cumprimento da obrigação traduzir-se-ia em ameaçar o devedor com um direito vazio, porque ineficaz ou quase, do ponto de vista prático-sancionatório”<sup>(36)</sup>. Esta solução é reforçada por um outro argumento, de índole sistemática. Na verdade, o DL nº446/85 vem considerar como cláusulas absolutamente proibidas, e portanto nulas, nos termos do art. 12.º, as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave, quer por ato próprio, quer por ato de representante ou auxiliar<sup>(37)</sup>. Ora, se num domínio onde existem fortes restrições à autonomia privada tais cláusulas são admitidas, por maioria de razão, elas devem ser permitidas no quadro de contratos negociados<sup>(38)</sup>.

---

(32) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 182 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, art. 809.º, 4.º ed., Coimbra Editora, 1986, Coimbra, 73. Esta ideia era suficiente para que Pires de Lima e Antunes Varela defendessem a invalidade das cláusulas em apreço, mesmo quando confinadas à culpa leve. É essa também a orientação seguida por MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, Almedina, 2002, Coimbra, 321. Também ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, Almedina, 2005, Coimbra, 750, defende a nulidade das estipulações.

(33) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 185.

(34) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 187.

(35) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

(36) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

(37) Cf. art. 18.º/ c) e d).

(38) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*,

A posição do civilista que temos vindo a acompanhar de muito perto não é, contra o que se poderia pensar, ímpar. Mas, não só ela foi amplamente acolhida pela jurisprudência, como acaba por ser partilhada por outros autores. Assim, Galvão Telles, considerando que a exclusão da responsabilidade por culpa leve não corresponde a uma renúncia total do direito do credor<sup>(39)</sup>, Almeida Costa, distinguindo entre a renúncia ao direito e o condicionamento a um determinado grau de culpa<sup>(40)</sup>, Nuno Pinto de Oliveira<sup>(41)</sup>, entre outros.

Haverá, contudo, de considerar regimes especiais, sustentando-se a invalidade das referidas cláusulas quando razões de ordem pública ou de proteção do consumidor o determinem.

Também no tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares, Pinto Monteiro, contra o teor literal do art. 800.º/2 CC, vem sustentar que elas só são válidas nas mesmas condições que as cláusulas de exclusão da responsabilidade por ato próprio. Já não será assim no que respeita às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares independentes, relativamente às quais se poderia admitir a validade mesmo nos casos de dolo<sup>(42)</sup>. Trata-se de uma posição não unânime, que convive paredes-meias com o entendimento de autores que defendem a validade das cláusulas, independentemente de se tratar de um ato de um auxiliar dependente ou independente e independentemente do grau de culpa<sup>(43)</sup>, e com o entendimento que defende a sua invalidade<sup>(44)</sup>, mas que, não obstante, nos parece de aplaudir. Na verdade, a moderna estrutura produtiva leva-nos a perceber que muitas das obrigações contraídas por um sujeito são cumpridas por recurso a terceiros (auxiliares) que se integram nessa mesma estrutura produtiva. Ora, admitir a validade das referidas cláusulas, mesmo em caso de dolo ou culpa grave, equivaleria a encontrar um expediente para contornar a restrição imposta pelo art. 809.º CC, razão pela qual se deve considerar que a mencionada validade fica limitada aos

---

386-g. No mesmo sentido, cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, 2001, Coimbra, 725; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/1, Almedina, 1999, Coimbra, 582; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, 1997, Coimbra, 432.

(39) INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 431 s.

(40) M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 734 s.

(41) NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato — cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Almedina, 2008, Coimbra, 36 s.

(42) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 258 s.

(43) J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 138.

(44) ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, 757 s.

casos de culpa leve, exceto nas hipóteses em que a atuação seja de um auxiliar independente.

As mesmas soluções devem ser defendidas por referência às cláusulas de limitação da responsabilidade.

Assim, as cláusulas de *no consequential damages*, quando possam ter algum efeito útil — o que passará pela compreensão do que podem ser os danos consequenciais —, devem obedecer aos requisitos de validade em geral traçados para qualquer cláusula de limitação da responsabilidade.

### 3. As cláusulas *sole remedy*

Além das cláusulas de *no consequential damages*, a prática negocial internacional oferece-nos outras estipulações negociais, sobre as quais importa refletir<sup>(45)</sup>.

A doutrina tem definido as *sole remedy clauses*, também designadas por *exclusive remedy* ou *single remedy*, como as estipulações negociais nos termos das quais as partes num contrato determinam quais os meios de reação (*remedies/remédios*) que o credor terá ao seu dispor em caso não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora. De uma forma mais ampla, tem-se considerado que as *sole remedy clauses* podem estender o seu impacto a outras perturbações do contrato como “a perda de interesse, a perda de confiança, a alteração das circunstâncias e também a invalidade do negócio por vícios da vontade (v.g. erro ou dolo)”<sup>(46)</sup>.

Em termos de modalidades, a doutrina tem procurado arrumá-las segundo a classificação de amplas (absolutas) ou restritas (de alcance limitado). No que diz respeito às cláusulas *sole remedy* absolutas ou amplas, estaria em causa a previsão de um único meio de reação para qualquer perturbação do contrato; no que às segundas concerne, a previsão do meio de reação ou remédio ficaria circunscrita para determinadas perturbações<sup>(47)</sup>. Por outro lado, a prática mostra que a restrição dos meios de reação pode

---

(45) Cf. ROY RYDEN ANDERSON, “Contractual limitations on remedies”, *Nebraska Law Review*, 6773, 1988, 549 s.

(46) Entre nós, JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, I, 2019, 1232 e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações acionistas*, Almedina, Coimbra, 2019, 81.

(47) JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1233; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações acionistas*, 81.

operar por via positiva ou negativa, ou seja, as cláusulas em questão podem prever expressamente um ou mais mecanismos de reação ou podem excluir um ou mais específicos remédios.

Significa isto que, dependendo da sua conformação concreta, as cláusulas a que agora nos referimos podem assumir figurinos muito diversos, aproximando-se das cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade, da cláusula penal ou assumindo uma modelação específica.

A compreensão do impacto que as mesmas podem ter na economia contratual fica dependente, como se perceberá, do concreto desenho que assumam. De facto, consoante a cláusula eleja um remédio como exclusivo para o incumprimento do negócio ou circunscreva um leque de remédios a afastar; consoante preveja a solução para o incumprimento ou para outras patologias associadas ao contrato, assim será diferente a intencionalidade da estipulação e, conseqüentemente, o juízo acerca da sua validade.

Em qualquer dos casos, a cláusula *sole remedy* surgirá a afastar um ou mais remédios que o credor tem à sua disposição em face de uma situação de não cumprimento (em sentido lato) ou em face de outra perturbação no contrato. O que se haverá, portanto, de indagar é em que medida estamos, por referência a cada um desses direitos, perante faculdades disponíveis.

Para tanto, há que ter em conta o art. 809.º CC, nos termos do qual “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do art. 800.º”. Tendo isto em mente e considerando os possíveis remédios/direitos do credor e caso de não cumprimento — direito a exigir o cumprimento, direito de resolver o contrato, direito a uma indemnização pelos danos sofridos, *commodum* de representação e sanção pecuniária compulsória —, José Luís Dias Gonçalves conclui que “no que respeita ao direito a exigir o cumprimento (judicial ou extrajudicialmente) — esclarecendo-se que tal direito apenas existe nos casos em que o incumprimento do devedor não tenha, obviamente, redundado na perda de interesse da contraparte na manutenção do vínculo —, não parece admissível, a luz do direito nacional, o afastamento convencional de tal direito. Com efeito, no direito a — perante um qualquer incumprimento do devedor — exigir o cumprimento do contrato reside a própria natureza da obrigação, sendo este um dos *remédios* que qualificaríamos como *primários* do credor”<sup>(48)</sup>.

---

(48) JOSÉ LUIS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1252.

Não cremos, contudo, que a conclusão se possa aceitar sem mais. Para explicitarmos o nosso ponto de vista, haveremos de ter presente o carácter caleidoscópico das cláusulas que estamos a considerar. De facto, não é o mesmo lidarmos com uma cláusula que exclui todos os mecanismos de reacção do credor, entre os quais o direito a exigir o cumprimento, limitando-os, v.g., ao direito à resolução, ou com uma cláusula que aponta como remédio único o direito a uma indemnização. É que, neste último caso, se ela for fixada previamente estamos muito próximos de uma cláusula penal ou de uma multa penitencial.

Ora, quanto a esta dispõe o art. 810.º/1 CC que “as partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal”. E Pinto Monteiro ensina — em superação da teoria tradicional acerca da figura — que devemos reconhecer não uma, mas várias modalidades de cláusula penal. A saber: a cláusula de fixação antecipada da indemnização, a cláusula penal em sentido estrito e a cláusula penal estritamente compulsória<sup>(49)</sup>. As três distinguem-se não só pela finalidade que cumprem, como também em termos de operacionalidade dogmática.

Estando em causa uma cláusula penal de fixação antecipada da indemnização, a pena substitui a indemnização, por ser a própria indemnização, fixada de forma antecipada e invariável pelos contraentes. Ela está, portanto, ao serviço quer do interesse do credor — que garante o direito a uma compensação, sem ter de fazer prova dos danos —, quer do interesse do devedor, que se desonera com o pagamento da pena, ainda que os danos verificados em concreto superem o montante daquela. E, nessa medida, o credor — verificado o evento que determina a possibilidade de exercer o direito à pena — não pode optar por exigir a indemnização em vez daquela<sup>(50)</sup>. Repare-se, ademais, que, por estarmos diante de uma pena que substitui a própria indemnização, ela só é devida se houver culpa. Do mesmo modo, ainda que prescindida da prova dos danos, caso estes não se verifiquem em absoluto — porque eles são um pressuposto da responsabilidade contratual — não poderá exigir-se a pena<sup>(51)</sup>.

Já não será assim nas hipóteses de cláusula penal em sentido estrito e de cláusula penal puramente compulsória. Neste último caso, a pena

<sup>(49)</sup> A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

<sup>(50)</sup> Nos termos do art. 811.º/2, pode ser estipulada pelas partes uma convenção pelo dano excedente. Ou seja, as partes podem prever que, caso os danos sejam superiores à pena, o devedor terá de pagar ao credor uma indemnização pelo excedente. Nesse caso, contudo, o valor da pena somado ao valor convencionado para o dano excedente não pode superar o valor do prejuízo verificado. O montante do dano funcionará aqui como limite.

<sup>(51)</sup> Cf., por todos, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 632.

acresce à indemnização ou à execução específica, funcionando como um *plus* que visa compelir o devedor ao cumprimento; na primeira hipótese, a pena substitui também a indemnização, não por ser a própria indemnização, mas por satisfazer por outra via o interesse do credor, que pode, assim, optar ou por exigir a pena, ou por exigir a indemnização<sup>(52)</sup>.

Sendo todas estas cláusulas consideradas válidas à luz da autonomia da vontade que se reconhece, nem todas encontram assento no Código Civil. Tal como explicitado por Pinto Monteiro<sup>(53)</sup>, os arts. 810.º e seguintes CC apenas preveem a cláusula de fixação antecipada da indemnização, embora o art. 812.º CC possa ser aplicado às demais modalidades, interpretando-se o preceito no sentido de conter um princípio geral de redução equitativa da pena.

Ao prever expressamente a possibilidade de estipulação de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização, o legislador prevê também a possibilidade de limitação da indemnização — por ser esse um possível efeito prático da fixação da pena<sup>(54)</sup> —, bem como a possibilidade de o credor prescindir do cumprimento coercivo da prestação principal. Em bom rigor, como a pena representa a própria indemnização e esta só tem lugar em face de uma situação de incumprimento, o credor não poderá exigir simultaneamente a pena e o cumprimento coercivo, exceto se a cláusula penal for moratória<sup>(55)</sup>. Haveremos, contudo, de ser cautelosos nesta exclusão — é que, como adverte Pinto Monteiro, será necessário ter em conta os interesses envolvidos, só havendo cúmulo, que se afasta pelo funcionamento da cláusula, quando haja identidade de interesses. Pense-se, por exemplo, na hipótese, também considerada pelo autor, em que a pena é acordada para compensar o custo que representa para o credor ter de recorrer à execução específica, caso em que terá direito à pena, mesmo que recorra ao cumprimento coercivo<sup>(56)</sup>. Por outro lado, importa notar que o direito à pena só surge diante do não cumprimento e que este pressupõe a

---

<sup>(52)</sup> A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 697 s.

<sup>(53)</sup> A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 698.

<sup>(54)</sup> PINTO MONTEIRO, aliás, encontra aqui um importante argumento para sustentar a validade — dentro de alguns limites — das cláusulas de limitação e exclusão da indemnização. Cf., *supra*, o que se disse a esse respeito.

<sup>(55)</sup> A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 631

<sup>(56)</sup> A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 695. No exemplo do autor, A trespassa um estabelecimento comercial a B, prevendo-se uma cláusula nos termos da qual B não pode abrir nenhum estabelecimento comercial concorrente e se o fizer tem de pagar x por cada mês em que estiver aberto. Neste caso, quando ocorrer o incumprimento, A pode exigir a pena e o encerramento do estabelecimento, uma vez que a pena se reporta aos danos já produzidos e o encerramento pretende evitar novos danos.

conversão da mora em incumprimento definitivo, o que implica que o credor haja perdido o interesse na prestação, donde a opção pelo cumprimento coercivo é uma (falsa) questão, que só se poderá colocar quando essa identidade de interesses de que fala Pinto Monteiro exista<sup>(57)</sup>. Significa isto, em rigor, que não estamos — pela estipulação de uma pena — a prescindir do direito ao cumprimento coercivo da obrigação, mas que é o funcionamento da cláusula penal que, em determinadas circunstâncias, implica o afastamento daquele. Nisso se distingue, aliás, a cláusula penal da multa penitencial<sup>(58)</sup>. Nesta, as partes estipulam a faculdade de se desvincularem do contrato, mediante o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro.

Parece, pois, que o ordenamento jurídico admite, por um lado, que se convencie a possibilidade de retratação ou livre arrependimento, mediante o pagamento de uma quantia pecuniária, e, por outro lado, que a previsão de uma pena convencional pode, na prática, redundar — sem que isso implique a renúncia antecipada ao direito — na não possibilidade de recorrer aos meios coercivos para obter o cumprimento. Assim sendo, não parece haver um obstáculo de princípio à admissibilidade de uma cláusula *sole remedy* que afaste o direito ao cumprimento coercivo. Dependendo da interpretação que se faça da cláusula, podemos, na verdade, chegar à conclusão que estamos diante de uma multa penitencial ou, ao invés, diante de uma cláusula penal que, só podendo ser acionada em caso de não cumprimento, conduz necessariamente ao afastamento de recurso aos meios coercivos.

Nenhum obstáculo de princípio parece, então, haver à validade de tais cláusulas. Aliás, o próprio ordenamento jurídico admite a exclusão do recurso à execução específica, em caso de constituição de sinal, nas hipóteses de contrato promessa. Ademais, a intencionalidade do art. 809.º CC é clara: “evitar que fosse desfigurado o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo”<sup>(59)</sup>. Ora, essa desfiguração não existe quando se afasta o direito ao cumprimento coercivo, estabelecendo para tanto uma obrigação de indemnização.

---

(57) A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 698.

(58) A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 185; Vaz SERRA, “Pena convencional”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 67, 38 s.; CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato promessa (Do Decreto-lei n.º 236/80 ao Decreto-Lei n.º 379/86)*, Almedina, Coimbra, 1987, 20 s.

(59) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 182 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, art. 809.º, 73.

O mesmo não se pode dizer da exclusão de outros direitos do credor. No que ao direito à indemnização diz respeito, haveremos de ter em conta os mesmos critérios que se aplicam às cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade em geral, referidos *supra*; no que ao direito à resolução concerne, temos de considerar estar diante de um verdadeiro direito do credor, ao qual não se pode renunciar nos termos do art. 809.º CC<sup>(60)</sup>. Acresce que, tratando-se de um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, o art. 18.º/f) DL n.º446/85, de 25 de outubro, veda expressamente a possibilidade de se estipular uma cláusula que exclua a exceção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento. Trata-se, na verdade, de uma cláusula absolutamente proibida, tanto nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, como nas relações com consumidores, e, como tal, nula, de acordo com o art. 12.º do mesmo diploma.

Não cremos, porém, que a solução possa ser transposta sem mais para as hipóteses de resolução por alteração anormal das circunstâncias. Quanto a esta alternativa, José Luís Dias Gonçalves considera que “também não poderão os contraentes afastar, através de uma cláusula de *sole remedy*, a possibilidade de, (...) perante uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, (...) resolver o contrato”<sup>(61)</sup>. Na verdade, não só a doutrina tem vindo a considerar admissíveis as chamadas cláusulas de *hardship*<sup>(62)</sup>, como, em rigor, não se trata aqui de prescindir ou não de um direito do credor, com o inerente perigo de transformação de uma obrigação civil numa obrigação natural, mas de, prevenindo a possibilidade de alteração da base do negócio no futuro, as partes se precaverem, estabelecendo regras para essa situação. Tais regras podem passar, aos nossos olhos, pela estipulação de uma compensação que não envolva a resolução do contrato. Fundamental, em todo este processo aferidor da validade da cláusula, será a interpretação que dela se faça: haveremos, na verdade, de determinar se a alteração ocorrida foi ou não tida em conta pelas partes no momento em que formularam a sua vontade futura. Dito de outro modo, haveremos de perscrutar qual o âmbito da alteração que foi pressuposta e solucionada pelas partes, para se

---

<sup>(60)</sup> No mesmo sentido, JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1253.

<sup>(61)</sup> JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1253

<sup>(62)</sup> Sobre elas, cf. A. PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, “A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, *Juris et de Jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998.

concluir, a partir daí, se a alteração verificada se integra no problema resolvido pela autonomia da vontade ou se lhe deve ser dispensada uma solução de acordo com as regras gerais do art. 473.º CC. O busílis da questão, no que respeita às *sole remedy clauses*, está, então, em saber qual a sua amplitude: que remédio estipulam para a alteração superveniente das circunstâncias, em alternativa à resolução do contrato? Preveem-no para toda e qualquer alteração superveniente ou apenas para um tipo de alterações que tenha sido pressuposta? Dependendo da amplitude, a autonomia da vontade pode chocar com o princípio da boa-fé, hipótese em que as exigências de sentido por ela comunicadas não podem deixar de ser tidas em conta.

Dada a abrangência das *sole remedy*, elas podem, ainda, excluir a possibilidade de recurso à sanção pecuniária compulsória. Quanto a ela, José Luís Dias Gonçalves aduz que “a mesma não se encontra abrangida pela proibição contida no art. 809.º, sendo, por conseguinte, possível aos contraentes, designadamente num contrato de distribuição, excluir a sua aplicabilidade através de cláusula de *sole remedy* que estabeleça, por exemplo, que, em caso de mora, a parte não faltosa apenas tem direito a uma indemnização até determinado montante. Com efeito, e desde logo literalmente, a sanção pecuniária compulsória não está legalmente prevista em nenhuma disposição constante das divisões precedentes àquela em que está inscrito o mencionado art. 809.º”<sup>(63)</sup>. O autor considera que não estamos aqui diante de um remédio primário, razão pela qual seria disponível.

Não cremos que o argumento sistemático seja inultrapassável. Ainda que seja certo que a norma que prevê a possibilidade de condenação numa sanção pecuniária compulsória não está integrada nas divisões a que o art. 809.º CC se refere, é sempre possível operar extensões teleológicas dos preceitos, para garantir a assimilação da intencionalidade problemática do caso pela intencionalidade problemática da norma. Mais seguro parece ser, portanto, a consideração da teleologia do artigo, por nós referida diversas vezes. Ora, estando-se diante de um mecanismo que visa compelir o devedor ao cumprimento, cuja natureza difere das penas privadas, por ser diferente o destino a dar ao montante a que o devedor fica obrigado, por não ser a sanção pecuniária compulsória prevista pelas partes e por não poder ser reduzido o seu montante nos termos do art. 812.º CC, o seu afastamento não condena a obrigação à desqualificação de civil para natural. Em rigor, aliás, a sanção pecuniária compulsória vê limitada

---

(63) JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1254.

a sua eficácia às obrigações de prestação de facto infungível, quando não sejam requeridas especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado.

Parece, portanto, que, por outra via, chegamos ao mesmo resultado que José Luís Dias Gonçalves. Mas, estando em causa um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, há que ter em conta o disposto no art. 21.º/h) DL n.º 446/85, de 25 de outubro, nos termos do qual são absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes. De facto, a sanção pecuniária compulsória, afastando-se de uma pena prevista pelas partes, vem a traduzir-se num mecanismo coercitivo que o ordenamento disponibiliza, por via da atuação jurisdicional, para tornar efetivo o cumprimento de uma obrigação. Trata-se, pois, de uma forma de tutela judicial compulsória, havendo de ponderar se, por via da exclusão, não se poderá excluir também a efetividade da garantia que subjaz à relação creditícia. Importa notar, contudo, que a proibição apenas se aplica às relações com consumidores finais.

Podendo a *sole remedy clause* fazer incidir a sua eficácia numa situação patológica atinente à própria validade do negócio jurídico, importa indagar — neste breve excurso acerca da possibilidade de aposição válida de uma estipulação deste jaez num contrato — se é ou não possível afastar o direito a arguir a nulidade ou anulabilidade do negócio por meio dela. Em qualquer dos casos, estamos diante de direitos potestativos. Mas, embora a sua natureza seja a mesma, e os seus efeitos confluem, haveremos de atender às diferenças de regime que entre ambas as formas de invalidade se denotam. Assim, no tocante à nulidade, uma estipulação negocial que procurasse afastar a sua invocação teria um reduzido efeito prático, já que aquela é de conhecimento officioso e pode ser arguida por qualquer interessado, nos termos do art. 286.º CC. Por outro lado, estando em causa em muitas das situações geradoras dessa mesma nulidade interesses públicos — o que, segundo alguns autores pode justificar as diferenças de regime — sempre se poderia argumentar que o afastamento da sanção (ou da possibilidade de ela ser invocada) não poderia dar-se por válida.

Já não seria assim no tocante à anulabilidade, tanto mais que os atos anuláveis são passíveis de confirmação. No entanto, tem-se entendido que não é possível prescindir do direito potestativo antes do seu surgimento. Por outro lado, dependendo do vício que fundasse a invalidade, poderíamos correr o risco de propor uma solução contrária ao sentido do próprio direito. Acresce que as perturbações na formulação e na formação da vontade implicam que o negócio não corresponde efetivamente ao exercício da liberdade do contraente que incorreu no vício ou a quem faltou a von-

tade, donde não fará sentido que ele — desconhecedor da realidade em que assenta a vontade de contratar, coagido ou receoso de um mal — seja levado, validamente, a prescindir do poder de, por um ato de livre vontade, por fim ao negócio celebrado.

Nesse sentido, Christian Iannaccone e Giorgia Grande<sup>(64)</sup> sustentam, no quadro do ordenamento jurídico italiano, que uma *sole remedy clause* não pode deixar de considerar a aplicação das normas relativas à invalidade dos negócios. Segundo as suas palavras, “the provisions regulating the validity of an agreement are set forth in the general interest (*i.e.* the provisions regulating the nullity) or in the non-disposable interest of one of the parties (as it is for those provisions regulating the void ability (“annullabilità”) or rescission (“rescissione”) of the agreement as well). The first kind of provisions (*i.e.* the ones on the nullity) cannot be derogated by definition; the second kind of provisions (*i.e.* the other ones on the void ability (“annullabilità”) or rescission (“rescissione”) gives a protection which cannot be derogated a priori, but only a posteriori, when the protected party becomes aware of the defects affecting the agreement in which such party entered into”.

Na análise que os autores citados encetam, torna-se claro que a operacionalidade da cláusula *sole remedy* fica dependente da suscetibilidade de serem ou não afastados os mecanismos de reação ao dispor do credor. A exclusão de algumas dessas formas de reação não poderá contender com as normas imperativas do ordenamento em que o contrato é firmado, o que, em última instância, poderá determinar uma redução da referida estipulação. Em muitos casos, elas redundarão em cláusulas de limitação da indemnização, sendo-lhes aplicáveis os mesmos critérios. Noutras situações, poderemos estar diante de multas penitenciais ou, consoante o desenho concreto que assumam, de cláusulas penais.

#### 4. As cláusulas *basket amount*

Relevantes neste contexto são também as *basket amount clauses*. Estas são estipulações negociais, por meio das quais as partes num contrato estabelecem um limite à obrigação de indemnizar. Contudo, contrariamente ao que é habitual, não definem um *plafond* máximo acima do

---

(64) CHRISTIAN IANNACCONE/GIORGIA GRANDE, “The sole remedy clause and its compatibility with the Italian law”, IPSOA, Wolters Kluwer, (7 de setembro) 2019, 1 s.

qual o devedor não terá de compensar o credor, mas determinam que o obrigado a indemnizar não terá de o fazer até que os danos excedam um certo montante acordado. De acordo com a prática negocial, sobretudo internacional, uma vez perfeito o montante dos danos estabelecido como limiar de acesso ao ressarcimento, o devedor pode ser responsável pelo pagamento de uma indemnização equivalente à totalidade dos danos<sup>(65)</sup> ou, ao invés, pelo pagamento do valor equivalente aos danos que superem o montante acordado. No primeiro caso, as cláusulas são conhecidas por *tiping basket*; no segundo caso por *excess liability basket*<sup>(66)</sup>.

Em causa estão, em rigor, cláusulas de exclusão ou de limitação da indemnização, pelo que a sua validade ficará, uma vez mais, dependente dos critérios que foram sendo sedimentados para resolver o problema da validade daquelas em geral.

A previsão de um montante abaixo do qual não haverá direito à indemnização pode redundar, na prática, ou na exclusão da indemnização ou na sua limitação. Não se trata, porém, de uma renúncia ao direito, que tornaria a estipulação inválida nos termos do art. 809.º CC, mas de um seu condicionamento. Na verdade, ficando o dano sempre dependente do impacto que o comportamento do lesante tem na esfera do lesado e sendo, por isso, muito variável na sua configuração concreta, a estipulação em causa não constitui um desincentivo ao cumprimento por parte do devedor. Não se desconfigura, assim, a natureza coerciva da obrigação, que aliás continua a poder ser exigida pelo credor. Parece, porém, dever excluir-se a validade de tais cláusulas quando esteja em causa um comportamento doloso ou gravemente culposo. Tratando-se de um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, a solução decorre do art. 18.º c) DL n.º 446/85, de 25 de outubro, estendendo-se, nos termos da alínea d) do mesmo preceito, às hipóteses de responsabilidade por atos de representantes ou auxiliares. Já no caso de contratos negociados, o regime é diverso: devendo defender-se, ainda, a nulidade da estipulação em caso de dolo ou culpa grave, a invalidade desaparece tratando-se de responsabilidade por atos de auxiliares.

---

(65) Por exemplo, “Notwithstanding anything in subsections 5.3 and 5.4 to the contrary, Purchaser shall not be entitled to any indemnification under such subsections if the aggregate amount of all claims thereunder is less than \$10,000 (the “Exception Amount”), but if the aggregate amount of all claims equals or exceeds the Exception Amount, then Purchaser shall be entitled to full indemnification of all claims and there shall be no Exception Amount” (<<https://www.lawinsider.com/clause/basket-amount>>).

(66) Cf. “Basket”, *Thomson Reuters Practical Law*, <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3264?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3264?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)>.

Repare-se que esta solução é consentânea com o ordenamento jurídico globalmente considerado. O próprio legislador prevê a possibilidade de a indemnização dos danos ficar dependente da verificação de um montante mínimo. De acordo com o art. 9.º DL n.º 383/89, de 6 de novembro, no quadro da responsabilidade do produtor, os danos causados em coisas diversas do produto defeituoso e destinadas ao uso ou consumo privado, quando o lesado lhes tenha dado principalmente esse destino, só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de 500 euros.

## **5. Breve conclusão**

A transposição de estipulações acessórias típicas da prática negocial anglo-saxónica para o nosso ordenamento jurídico suscita dificuldades óbvias, no que respeita à determinação do seu conteúdo, dos seus limites de validade e à sua operatividade e eficácia. Em face destas dificuldades, e se a tarefa preliminar do jurista, quando confrontado com tais cláusulas-tipo, é a da determinação do sentido correspondente à impressão do destinatário, à luz do art. 236.º CC, não podem deixar de se remeter as referidas estipulações para o ordenamento jurídico globalmente considerado — onde aquela normatividade particular gizada pelas partes, ao abrigo da sua liberdade contratual, irá operar. Com esse exercício, conseguimos recortar um conteúdo útil para as ditas cláusulas, encontrando o seu sentido e utilidade.



# A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS À LUZ DO COVID-19

## Teses e reflexões para um diálogo

*Por* Manuel Carneiro da Frada(\*)(\*\*)

Em breve síntese, são estas as principais teses e reflexões que, considerando a experiência do Covid-19, propomos para a compreensão do sentido da alteração das circunstâncias enquanto causa possível de resolução ou modificação dos contratos na nossa ordem jurídica.

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

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

---

(\*) Doutor em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

(\*\*) Dedicamos este escrito a Augusto Silva Dias, que partiu precocemente.

O texto desenvolve e complementa teses que apresentamos em conferência/palestra via *web* sobre o tema em 29 de Abril de 2020, a convite da Universidade Lusófona (Porto). Juntaram-se também algumas indicações bibliográficas para conveniência de uma referência mínima do que se expõe.

(1) Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA/MARIANA FONTES DA COSTA, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», in *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, Porto, 2017, 184-185.

Também se não verifica a exceção à resolução ou modificação do contrato se a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada em virtude da alteração se situar no âmbito dos riscos próprios do contrato (e, desse modo, não houver contrariedade à boa fé na exigência de tais obrigações): a situação pandémica vivida encontra-se patentemente bem para lá desse âmbito.

Pelo que nem sequer se torna necessário invocar o favor da resolução/modificação que a nossa lei prevê, correspondente à solução de regra/exceção que decorre da estruturação da norma quanto a este requisito para casos incertos, de *non liquet*<sup>(2)</sup>. Na nossa ordem jurídica há um ónus da prova e/ou da argumentação que impende sobre a parte que queira prevalecer-se do disposto no art. 437.º/1, *in fine* (relativo aos riscos próprios do contrato), para paralisar a eficácia da alteração das circunstâncias.

II) As “grandes alterações das circunstâncias” representam o reduto mais firme e irredutível da aplicação do art. 437.º/1<sup>(3)</sup>. O Covid-19 realiza uma alteração desse tipo porque a emergência sanitária surgida representa a modificação (brusca) de uma condicionante geral da coexistência social, com impacto generalizado e, em muitos casos, brutal, na possibilidade e forma da interacção e cooperação de um número indeterminado de sujeitos<sup>(4)</sup>.

A índole tão particular da alteração que se instaurou não pode ordinariamente ser resolvida, como acontece neste género de alterações, mediante o recurso às regras comuns de distribuição do risco, próprias dos diversos tipos de contratuais, que foram predispostas pelo legislador. A orientação pelo contrato atingido não é possível, precisamente porque o contrato não quis nem pretendeu regular as bases da coexistência social, nem repartir os riscos dos respectivos pressupostos. Verifica-se facilmente, tanto uma inadequação de disposições específicas, como uma insuficiência da disciplina normativa geral de outras e menos particulares formas de

---

(2) Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA/MARIANA FONTES DA COSTA, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», in *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, Porto, 2017, 188-189.

(3) Para a especificidade deste tipo de alteração, com referência à designação que lhe deu Kegel (e pela qual se tornou também conhecida entre nós), cf. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Berlin, etc., 1992, 518 ss.

(4) Sobre este tipo de situações também já o *nosso* “Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 78-80.

perturbação do programa prestacional (v.g., os arts. 795.º e 1040.º do CC), sem prejuízo da necessidade de um aproveitamento pleno e intensivo das possibilidades oferecidas pelo direito comum do não cumprimento das obrigações<sup>(5)</sup>.

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

III) O desafio colocado pelo Covid-19 aos tribunais no âmbito do art. 437.º/1 mostra a insuficiência de algumas explicações dogmáticas para a relevância da alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos.

Sem negar a importância e a pertinência de critérios subjectivistas — sobretudo em outras ordens jurídicas, como a alemã, que a relacionam com a vontade hipotética das partes, assim favorecendo soluções para a alteração das circunstâncias por via da interpretação (complementadora) ou da integração negocial<sup>(6)</sup> —, parece claro que uma emergência como a do Covid-19 coloca essencialmente um problema de justiça objectiva do contrato. Não importa a vontade, actual ou hipotética, das partes. O apelo à vontade razoável constituirá também uma simples etiquetagem formal para um problema que é, nuclearmente, de justiça contratual objectiva e que o direito português vigente resolve com recurso às noções (legais) objectivadas de “princípios da boa fé” e “equidade”.

A justiça contratual que se trata de realizar mediante o art. 437.º/1 do CC tem de ter sempre em conta as representações e as condutas das partes no âmbito do contrato atingido, aí residindo a explicação mais plausível para a utilização, pelo legislador, da locução central “boa fé”. Mas não se trata de corresponder ainda, de algum modo, a essa vontade, quanto de realizar a justiça contratual considerando o que essa vontade manifestou<sup>(7)</sup>.

---

(5) Pode ver-se, nesse sentido, a sinopse oferecida por MIGUEL OSÓRIO DE CASTRO, em “O impacto das medidas de combate ao coronavírus no cumprimento dos contratos”, correspondente a conferência/palestra via *web* da Universidade Lusófona (Porto), tida em 27 de Abril de 2020.

(6) Cf. o actual § 313 do BGB. Para uma exploração desenvolvida do elemento hipotético da vontade das partes na temática da alteração das circunstâncias (que, por certo, merece e deve ser aproveitado), cf. MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, Coimbra, 2017, 337 ss, e *passim*.

(7) Defendemo-lo no nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 863-864, e nota 966. Reconduzindo também a alteração das circunstâncias a um problema de justiça objectiva, mas muito crítico, a propósito da boa fé, em relação a “uma intonação subjectiva que só complica”, Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral (Relações e Situações Jurídicas)*, III, Coimbra, 2002, 202, 210.

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

IV) O cerne normativo do art. 437.º/1 é constituído pela locução “princípios da boa fé”. Ela dá expressão a imperativos indeclináveis de justiça (tendo em conta, como se disse, as representações e as condutas das partes), face aos quais a exigência das obrigações assumidas não pode proceder. Esse núcleo constitui o ponto central de referência da interpretação e aplicação do preceito. A ele se ordenam, reciprocamente e em rede, o significado e papel dos vários requisitos e pressupostos da resolução ou modificação do contrato<sup>(8)</sup>.

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

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

Na medida em que provoca uma alteração global de parâmetros fundamentais da coexistência social, o Covid-19 deve ser encarado, do ponto de vista jurídico, como um risco a que todos os contraentes, membros de “uma mesma comunidade de risco”, estão expostos. Nenhum sujeito, parte num contrato, pode pretender eximir-se aos seus efeitos à custa do outro, nem devem permitir-se benefícios fortuitos a uma das partes que impliquem o prejuízo da outra<sup>(9)</sup>. Os contratos não podem converter-se em casos de *windfall profit* de uns à custa de outros, pois tal contraria os ditames da justiça.

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

Pelo que a repercussão jurídica do Covid-19 deve ser repartida de harmonia com um princípio de igualdade. Nos contratos com prestações recíprocas a cargo de ambas as partes, realizá-lo-á, no limite, a razão da

---

<sup>(8)</sup> Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Forjar o Direito*, cit., esp. 75-76.

<sup>(9)</sup> *Ibidem*, 87 ss.

metade aritmética no sacrifício (50% para cada uma). Nos contratos de fim comum, a participação nas perdas implicará uma medida de proporcionalidade atendendo ao contributo de cada um (a isenção de perdas de algum deles configuraria, no cenário de pandemia que atravessamos, um exemplo particularmente expressivo de uma cláusula “leonina”).

A cada tipo de contrato corresponde uma estrutura de (distribuição de) risco que carece de ser considerada.

VII) A ideia regulativa (ou o valor) da igualdade não pode nem deve ser entendida em termos formais.

Impede-o a regra (objectiva) da “equidade”, à qual se encontra subordinada, por determinação legal, a intervenção do juiz em sede de alteração das circunstâncias<sup>(10)</sup>.

E compreensivelmente. Uma grande alteração das circunstâncias como a que o Covid-19 provocou pode atingir em termos muito diversos as partes num contrato. Pelo que as soluções jurídicas para uma situação como a presente serão inevitavelmente diversas, consoante essas repercussões e as circunstâncias particulares dos sujeitos envolvidos.

A equidade implica, porém, o respeito pelo equilíbrio e a proporcionalidade de base do contrato, tal como configurado pelas partes. Há, pois, que partir da “equação económica do contrato” originária<sup>(11)</sup>. A superveniência de uma alteração das circunstâncias não legitima uma correcção do seu conteúdo em nome da mera (garantia de uma) equivalência das prestações.

VIII) A igualdade é, portanto, uma igualdade de sentido material: equitativo.

Pode, nalguns casos, ser difícil concretizá-la.

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

---

<sup>(10)</sup> Sobre a equidade e as mais exigências, pode ver-se o nosso «A equidade (ou a “justiça com coração”)/A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, in *Forjar o Direito*, cit., 671 ss.

<sup>(11)</sup> Cf., desenvolvidamente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2019, 382.

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

O critério do art. 400.º/1 converge com o do art. 437.º/1. A partir do momento da celebração do contrato deixa de ser possível aos sujeitos um exercício arbitrário da sua autonomia. O contrato funda um espaço (jurídico) de razoabilidade intersubjectiva a que as partes se encontram reciprocamente vinculadas<sup>(12)</sup>.

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

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

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

XI) O princípio da igualdade não deve, portanto — repete-se —, ser entendido em termos formais, antes materiais.

Perante grandes alterações das circunstâncias, na concretização das referidas exigências da justiça distributiva nas relações comutativas intervem também ponderações constitucionais, que podem conduzir a uma hierarquização dos bens contratuais a preservar num cenário de pandemia como o Covid-19. Há, então, um âmbito de confluência legítima e metodologicamente exigível entre o art. 437.º/1 e, designadamente, o regime constitucional dos direitos fundamentais.

---

<sup>(12)</sup> Enfatizou-o BAPTISTA MACHADO, «A cláusula do razoável», in *Obra Dispersa*, I, Braga, 1991, 457 ss.

Sem prejuízo, nas grandes alterações das circunstâncias (como a epidemia do Covid-19), a prossecução de objectivos “transcontratuais” gerais — tal qual v.g., a preservação de interesses difusos em matéria energética ou ambiental, e/ou a satisfação de certas necessidades só possível pela solidariedade de todos, porventura intergeracional — requererão normalmente uma resposta geral, “para lá” das relações contratuais concretas, de natureza política, escapando, nessa medida, ao âmbito do art. 437.º/1.

XII) As grandes alterações das circunstâncias, quando surgem, desencadeiam normalmente um quase inevitável espaço de tensão entre o legislador e os tribunais.

O primeiro, na tentativa de dar uma resposta genérica, mediante a autoridade da lei, a problemas social ou economicamente sensíveis e transversais, que requerem visão estratégica de conjunto e uniformidade de critério. Os segundos porque, sem deixarem de respeitar e reconhecer as responsabilidades próprias do legislador, se não podem demitir de julgar *hic et nunc*, segundo o Direito, com recurso a critérios universalizáveis (cf. o art. 8.º/3), problemas concretos de justiça contratual.

A tensão agrava-se quando as intervenções legislativas são desiguais e criam distorções no sistema jurídico. Opções políticas singulares seguidas, em pontos concretos do sistema, pelo legislador (por exemplo, no arrendamento) podem provocar “réplicas” imediatas em muitos outros âmbitos à luz do princípio da igualdade, frustrando esse princípio cardinal se não forem correspondidas. Nenhuma lei ou legislador — com ou sem motivações políticas — se encontra, com efeito, acima, ou consegue escapar ao juízo sindicante do valor superior da Justiça que imediatamente convoca o art. 437.º/1.

Não constitui certamente vocação dos tribunais solucionar com carácter de generalidade os problemas socio-económicos colocados por uma grande alteração das circunstâncias (como a presente pandemia). É mesmo muito de saudar o seu comedimento e a sua abstenção de procurar transformar de forma pretoriana as estruturas socio-económicas.

Mas o poder jurisdicional não está, nem por isso eximido do controlo que, segundo o Direito, lhe compete — por missão (originariamente) própria (e não delegada pelo legislador) — do controlo da exigibilidade das obrigações assumidos pelos contratos ao abrigo do art. 437.º/1.

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

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

XIII) A fronteira entre o “jurídico” e o “político” nem sempre se apresenta, como bem se sabe, fácil de traçar. Mas é absolutamente essencial a um Estado de Direito.

Cabe à esfera política responder, mediante os actos legislativos adequados, aos problemas que a epidemia causa, tomando para o efeito as correspondentes decisões estratégicas de orientação e conformação económico-social. Aos tribunais compete, porém, assegurar, no plano de cada contrato, que essas decisões não deturpem grosseiramente a justiça perante a realidade a que se vão aplicar, sabido que todas as decisões do poder legislativo só são legítimas enquanto as leis por ele dimanadas forem expressão do Direito<sup>(13)</sup>.

Aliás, as irrupções e modificações legislativas num cenário de pandemia ou em qualquer outro de “grande alteração das circunstâncias” podem configurar, também elas, uma alteração das circunstâncias susceptível de justificar a resolução ou a modificação de um contrato ao abrigo do art. 437.º/1.

O mesmo se diga das determinações administrativas num cenário de crise, sanitária ou outra. Os actos de autoridade — legislativa, política, monetária, etc. — com impacto relevante no “ambiente” em que os contratos foram celebrados constituem exemplos clássicos de alteração das circunstâncias<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Na lapidar fórmula de Paulus: «*Non ut ex regula ius summat, sed ex iure, quod est, regula fiat*» (não é da regra que promana o Direito, antes, a regra faz-se a partir do Direito que é): cf. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O Direito/Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra, 2005, 498.

<sup>(14)</sup> Não merece, pois, acolhimento a opinião de que, nos casos de contratos de *swap* de taxas de juro, recentemente muito discutidos entre nós na sequência da crise financeira de 2008, as oscilações de taxa, provocando perdas catastróficas a uma das partes, não eram susceptíveis de expressar uma alteração de circunstâncias relevante, a pretexto de integrarem os riscos próprios de tais contratos. Tal perspectiva ignora que a intervenção do Banco Europeu, impondo, em nome de uma certa política, taxas de juro baixas, alterou efectivamente as condições de uma fixação livre das taxas de juro no mercado, situando-se para lá da álea desses contratos. O art. 437.º/1 é-lhes, nessa medida, aplicável: nesse sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA/MARIANA FONTES DA COSTA, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», *cit.*, 191-192. (Para a articulação, nesse específico tema, da alteração das circunstâncias com outros possíveis meios de defesa dos sujeitos e entidades subscritoras de tais contratos, cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A responsabilidade dos intermediários financeiros por informação deficitária ou falta de adequação dos instrumentos financeiros», in *O Novo Direito dos Valores Mobiliários/I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, Coimbra, 2017, 401 ss.).

XIV) Em todo o caso, as decisões sobre as exigências da justiça contratual ao abrigo do art. 437.º/1 são quase sempre delicadas. Particularmente tratando-se, não de, pela negativa, rejeitar a eficácia de um contrato, por desconformidade com essas exigências, quanto de estabelecer, pela positiva, “a solução justa” a adotar.

É mais fácil fundamentar o injusto do que consensualizar o justo. Por essa razão, perante a ocorrência da actual epidemia, no caso de definitividade dos seus efeitos nas relações contratuais atingidas, é provável que os tribunais procurarão furtar-se a determinar directamente o conteúdo (justo, *rectius* equitativo) dos contratos e a modificá-los à margem de um acordo das partes. Preferirão, sempre que possível, recorrer a operadores jurídico-dogmáticos mais neutros (em relação às exigências objectivas da justiça ou da equidade postuladas pelo art. 437.º/1), como os da impossibilidade, temporária ou parcial, do cumprimento, da inexigibilidade de cumprimento, da regra de conduta segundo a boa fé do art. 762.º/2, do conflito de direitos ou do abuso do direito<sup>(15)</sup>: desse modo enfrentando perturbações no programa obrigacional sem recorrer ao art. 437.º/1 e ao poder de intervir no conteúdo dos contratos que o preceito lhes confere<sup>(16)</sup>.

Revelar-se-á e confirmar-se-á, pois, previsivelmente, uma certa subsidiariedade do preceito na prática judiciária.

XV) Compreende-se que uma cláusula de força maior possa, sobre vindo o Covid-19, exonerar o devedor do cumprimento, ou da responsabilidade por incumprimento. Contudo, em conformidade com a directriz de que nenhum sujeito parte num contrato pode querer eximir-se de forma unilateral às consequências de uma grande alteração das circunstâncias (como a presente pandemia), alijando a totalidade do risco contratual para a contraparte, essa cláusula não permite ao devedor lançar sobre o credor,

---

<sup>(15)</sup> Repare-se que tanto o abuso do direito como a regra de conduta da boa fé permitem a ponderação do comportamento (exigível) das partes, pelo que não está em causa a avaliação pura e simples, objectiva e directa, da justiça contratual. *Mutatis mutandis* se diga a respeito da tutela da confiança, também equacionável para resolver alguns problemas colocados pela pandemia. Em geral para a perspectiva que temos da complexa articulação entre o abuso, a regra de conduta segundo a boa fé e a tutela da confiança, pode ver-se o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 670 ss, 850 ss, 857 ss, 863, e notas, e *passim*.

<sup>(16)</sup> Veja-se a respeito, por isso, com muito interesse, as anotações aos preceitos do Código Civil correspondentes incluídas em “Novo Corona Vírus e Crise Contratual” (coord. Catarina Monteiro Pires), da autoria de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. B. MENEZES CORDEIRO, CATARINA MONTEIRO PIRES, DIOGO COSTA GONÇALVES, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA e MARIA DE LURDES PEREIRA, disponíveis em <<https://user-zy2gz2w.cld.bz/Novo-Corona-virus-e-Crise-Contratual>>.

na totalidade, o risco da contraprestação, obrigando-o à sua realização ou impedindo a sua restituição.

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

Diferentes são as situações em que as cláusulas de força maior circunscrevem apenas o programa obrigacional. Nessa hipótese não há lugar à exoneração ou à redução da contraprestação, por isso que esta última também foi calculada *ab initio* em função das prestações assim delimitadas.

XVI) O art. 437.º/1 é expressão de um cerne de justiça contratual inarredável pela vontade das partes, integrante da ordem pública (contratual), injuntivo e inderrogável por vontade das partes.

Não é, rigorosamente falando, supletivo. Nenhuma disposição contratual pode ofender aquele cerne, que é — reitera-se — de ordem pública e exprime uma condição *sine qua non* da juridicidade.

O legislador que ouse ofendê-lo — por exemplo, impondo numa parceria público-privada, a alocação das perdas decorrentes do Covid-19 a tão-só uma das partes — expõe-se evidentemente a uma apreciação de controlo por parte dos tribunais: um juízo, este, perfeitamente possível dentro dos parâmetros metodológicos aplicáveis e que, no limite, podem mesmo fundamentar decisões *contra legem* (na medida em que, sempre, *intra* ou *secundum ius*).

XVII) A lesão, pelo legislador, do equilíbrio contratual no que toca à alocação do risco de uma grande alteração das circunstâncias como a presente pandemia não representa certamente uma violação da propriedade propriamente dita. É por isso questionável que se encontre abrangida pela garantia constitucional àquela assegurada pelo art. 62.º da Constituição, pese embora a possibilidade de uma interpretação mais generosa desse preceito constitucional.

Uma vez que o critério de uma eventual normatividade constitucional a este respeito se não pode extrair do alcance (pré-dado) dessa norma, torna-se claro que as condições e as exigências mínimas da justiça contratual (diferenciáveis das que são convocadas por um *ius in re* como a propriedade) não representam propriamente “matéria constitucional regulada”.

Não é possível, nem metodologicamente desejável, confundir o alcance da constitucionalidade com o da juridicidade, assimilando esta àquela, e dissolvendo-a nela. De facto, há muito boas razões para rejeitar um certo “panconstitucionalismo” hoje em voga (de braço dado com um “positivismo constitucional” que absorveria todas as aspirações da justiça).

Deste modo, o problema da admissibilidade, ou não, de determinações por via legal (infraconstitucionais) de uma distribuição do risco contratual que ofenda frontal e gravemente a justiça convoca incontornavelmente o problema dos limites da constitucionalidade (mesmo entendida em sentido material), e a necessidade de afirmar, para lá deles e acima da Constituição — sempre —, o campo constitutivo da juridicidade e o império do Direito.

Porto, 10 de Junho de 2020



# COVID-19 E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

## O Regime Excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março(\*)

*Por Miguel Assis Raimundo(\*\*)*

### *SUMÁRIO:*

**I.** Introdução e sequência. **II.** O Regime Excepcional de Contratação Pública do Decreto-Lei n.º 10-A/2020: fontes e âmbito. **III.** O Regime Procedimental do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. **IV.** Entrada em vigor e Produção de Efeitos (retroactivos) do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e das alterações ao mesmo, em especial. **V.** Nota conclusiva.

## **I. Introdução e sequência**

**1.** É uma evidência afirmar que a pandemia do novo coronavírus e da doença Covid-19 teve efeitos importantes em quase todos os ramos do direito. Esses efeitos também se sentiram e continuarão a fazer sentir no direito dos contratos públicos. A avaliação desses efeitos a médio e longo prazo será matéria para investigação posterior, embora tenham, desde

---

(\*) A elaboração do presente texto beneficiou, numa fase inicial, de uma troca de ideias com os membros do Grupo de Contratos Públicos do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), e ainda da discussão ocorrida aquando da intervenção do autor, subordinada a este tema, no âmbito da conferência *online* “Contratos públicos: grandes questões, no contexto da Crise Covid-19”, que teve lugar nos dias 14, 15, 21 e 22 de Maio, organizada pelo CIDP — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Agradecemos os diferentes contributos, salientando, como é habitual, que todas as posições aqui assumidas são da nossa inteira responsabilidade.

(\*\*) Professor Auxiliar da FDUL e Investigador Principal do CIDP — Centro de Investigação de Direito Público. Advogado.

logo, surgido posições no sentido de que a presente emergência obriga a repensar, como um todo, o sistema de contratação pública, no sentido de uma redução geral do nível de formalismo. Nesta linha, o Governo português, que já antes dava sinais neste sentido, parece ter feito uma associação particular entre a necessidade de retoma e recuperação da economia e o aumento do investimento público pós-pandemia Covid-19, por um lado, com a necessidade de reformar, em termos e extensão ainda desconhecidos, o sistema de contratação pública, por outro, dando-se a entender que esse sistema, pelo menos na sua forma actual, constitui, em muitos casos, um obstáculo a esses objectivos de natureza económica<sup>(1)</sup>.

Independentemente desses outros níveis de actuação e análise, a presente crise e situação de emergência deu origem, de imediato, à aprovação de regimes excepcionais de contratação pública. Este é o primeiro elemento relevante: a reacção à emergência, do ponto de vista do direito dos contratos públicos, fez-se, entre nós (mas também na generalidade dos países mais próximos do nosso), em medida muito significativa, consagrando soluções específicas, que se afastam, em alguns casos de modo muito significativo, do regime geral da contratação pública<sup>(2)</sup>. Esses regimes excepcionais têm um âmbito de aplicação bastante amplo, e têm sido intensamente utilizados. Precisamente por isso, não pode correr-se o risco de desconsiderar, como coisa passageira, o tema dos regimes excepcionais de contratação pública: não só, em anos recentes, eles se têm tornado uma realidade cada vez mais frequente, levando a pensar que se trata de algo

---

(1) Cf. as recentes declarações do Ministro de Estado e da Economia, em <<https://expresso.pt/politica/2020-04-25-Governo-quer-consenso-nacional-para-acelerar-investimentos>>; Já na fase de finalização deste texto, foi aprovado e publicado, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de Junho, o Programa de Estabilização Económica e Social (PEES), que tem, como um dos seus eixos, um conjunto de alterações ao “quadro institucional”, que incluem alterações em matéria de contratação pública e fiscalização pelo Tribunal de Contas. Esse é o objecto do n.º 5.2. do referido PEES, referindo-se aí que se irá promover a “Agilização dos procedimentos de contratação pública, evitando a paralisação do investimento em resultado de pesadas exigências burocráticas, demoradas impugnações judiciais ou outros constrangimentos legais desproporcionados”, seguindo-se um elenco, apresentado como exemplificativo, de medidas, algumas delas de duvidosa novidade e outras, de facto, implicando alterações ao regime geral do CCP ou, pelo menos, a aprovação de um regime especial de contratação pública, com o objectivo de apoiar a retoma da economia. Entre essas medidas, encontram-se a “alteração dos limiares de aplicação da consulta prévia para os contratos de obras e de serviços”; a “faculdade de a entidade adjudicante proceder a uma adjudicação excepcional acima do preço base, quando o concurso tenha ficado deserto”, ou a “possibilidade de estabelecer uma reserva de participação em procedimento pré-contratual a micro, pequenas e médias empresas e a entidades das respetivas comunidades intermunicipais”; e “dispensa do visto prévio do Tribunal de Contas para os procedimentos cujo valor dos contratos seja inferior a 750.000,00€”.

(2) JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 84.

que, passe o paradoxo, se tornará cada vez mais normal<sup>(3)</sup>, como a utilização excessiva e abusiva de regimes de contratação pública de emergência parece ser, infelizmente, um traço recorrente, servindo, muitas vezes, de porta de entrada a práticas e interesses alheios ao interesse público, que aproveitam estes períodos de pouco escrutínio<sup>(4)</sup>. Este é um domínio no qual muito se joga, pois a construção, interpretação e aplicação dos regimes jurídicos tem de corresponder à necessidade de agir de forma rápida e eficaz, mas não pode perder de vista imperativos como a utilização eficiente dos recursos públicos e a protecção da concorrência.

2. O presente texto foca-se na análise do regime excepcional e extraordinário de contratação pública aprovado por força da pandemia Covid-19. Não abordaremos outras questões, de grande relevância, sobre a aplicação do regime geral da contratação pública no contexto desta situação económica e social bastante particular; nem o tema do impacto da situação de emergência nos procedimentos pré-contratuais que estavam em curso aquando do surgimento da fase mais aguda da pandemia (pro-

---

<sup>(3)</sup> Cf. as referências a regimes excepcionais recentes, entre nós, em MARCO CALDEIRA, “Problemas de constitucionalidade de regimes avulso de contratação pública”, in PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ/LUÍS ALVES (COORDS.), *A Constituição e a Administração Pública - Problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do Direito Administrativo português*, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 65-91; MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais da contratação pública relacionada com os danos causados pelos incêndios florestais - em especial, o Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto”, *Revista de Direito Administrativo*, (4), 2019, pp. 76-79; JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 82-83. Os fenómenos naturais extremos têm tendência para se verificar cada vez mais, e recentemente, entre nós, esses fenómenos têm dado origem, de forma repetida, a regimes excepcionais de contratação pública, o que é suficiente para nos apercebermos da possibilidade real de esta de converter numa situação normal. Isto é assim, ainda, quando a esses casos de eventos como fenómenos naturais extremos se acrescentam outros regimes especiais ou excepcionais dirigidos a outro tipo de situações (cf., mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 11/2017, de 17 de Janeiro, que estabeleceu “medidas excepcionais de contratação pública por ajuste direto no âmbito do Centenário das Aparições de Fátima e da visita do Papa a Fátima”; ou, ao nível internacional, a tendência muito difundida para a aprovação de regimes especiais ou excepcionais por ocasião de grandes competições desportivas, permitindo o amplo recurso a procedimentos sem concorrência — cf. o regime excepcional aprovado na Hungria, por ocasião da realização dos campeonatos mundiais de natação em 2017, com referência em SUE ARROWSMITH, *et al.*, “Procuring infrastructure for international sporting events: mapping the field for IPACS and beyond”, *Public Procurement Law Review*, (6), 2019, pp. 257-318, p. 302.

<sup>(4)</sup> Com amplas indicações, veja-se MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, in CARLA AMADO GOMES (Coord.), *Direito(s) das Catástrofes Naturais*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 209 ss. Muito recentemente, o Tribunal de Contas chamou a atenção para os riscos agravados de corrupção no contexto de emergência: cf. Relatório do Tribunal de Contas “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências (Covid-19)”, proc. n.º 1/2020-OAC, Junho de 2020, disponível *online*, p. 17.

blema esse que, depois de suscitar dúvidas em face da redacção inicial do art. 7.º, n.º 6, alínea c), da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, foi resolvido, para o futuro, pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, embora deixando diversas dúvidas de direito inter-temporal). Também não versaremos aqui outras questões, de natureza mais sistémica, que a reacção à presente pandemia coloca, designadamente, as que se prendem com a questão de saber se existe adequada coordenação e cooperação inter-administrativa dos diversos departamentos administrativos que, a nível central e local, mas também ao nível da própria União Europeia, têm atribuições relevantes na matéria da contratação de bens e serviços necessários para acorrer à pandemia. Por fim: a nossa perspectiva neste texto é, exclusivamente, a da *formação do contrato* (contratação pública em sentido estrito), deixando para outra ocasião o tratamento dos temas relativos à execução e regime substantivo dos contratos, temas que, aliás, também têm sido objecto de forte discussão, e mesmo da aprovação de regimes especiais (destacando-se, a este respeito, a publicação do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril), já que se afigura evidente que a pandemia não pode deixar de provocar vicissitudes importantes em muitos contratos que se encontravam ou encontram em execução nesta altura.

O objecto do presente texto será, assim, apenas o regime excepcional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, já sucessivamente alterado. Começaremos por analisar as fontes e o âmbito desse regime excepcional de contratação pública (II.), incluindo aí uma referência à articulação entre esse regime e um outro regime de contratação de emergência que se tornou relevante após a declaração de calamidade: o art. 28.º da Lei de Bases da Protecção Civil. Passa-se depois a analisar o regime procedimental propriamente dito, concentrando-nos nos aspectos de contratação pública, propriamente dita (III.)(<sup>5</sup>). Além da relevância prática de que, a nosso ver, se reveste a apreciação das soluções desses regimes, esta análise é relevante, também, numa perspectiva mais vasta. Nos regimes de contratação pública de emergência, o sistema de formação dos contratos públicos é particularmente testado, pois torna-se mais rarefeita a densidade normativa, ao mesmo tempo que se mantêm presentes as exigências de *accountability*, promoção da sã concorrência no mercado e demais objectivos deste ramo do direito, factores cuja conciliação nem sempre é evidente.

---

(<sup>5</sup>) Isto significa que não abordaremos — sem prejuízo da sua óbvia relevância prática — os aspectos relativos a regimes excepcionais de autorização de despesas e dispensa de outras autorizações, bem como o regime de isenção de fiscalização prévia, a que se reportam algumas normas do art. 2.º, os arts. 3.º, 4.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e o art. 6.º da Lei n.º 1-A/2020.

Pela sua importância e por pressupor a análise dos temas anteriores, abordaremos, após essa análise, o turbulento e importante regime de entrada em vigor e produção de efeitos do regime excepcional de contratação pública (IV.).

Por fim, apresentamos uma breve nota de conclusão e perspectivas (V.).

## II. O regime excepcional de contratação pública do Decreto-Lei n.º 10-A/2020: fontes e âmbito

### a) Fontes

No início do período de confinamento (que, de certa forma, se concretizou logo com a medida de encerramento dos estabelecimentos de ensino, ainda antes do decretamento do estado de emergência por decreto presidencial), foi aprovado e publicado o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, que veio estabelecer “medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus — COVID 19”. O diploma, que trata de um conjunto alargado de matérias, veio prever, nos seus arts. 2.º a 4.º, um regime excepcional de contratação pública.

Como é prática corrente em diplomas gerados e publicados em períodos de turbulência, a história legislativa deste diploma que, no momento em que escrevemos, está prestes a perfazer três meses, é ela própria marcada pela urgência. Neste período, o diploma (que trata de um conjunto alargado de matérias) já foi alterado por quinze vezes. Em concreto, o regime extraordinário de contratação pública, que aqui nos interessa, foi objecto de diversas intervenções, operadas pelos Decretos-Leis n.ºs 10-E/2020, de 23 de Março (que alterou o art. 1.º); 12-A/2020, de 6 de Abril (que alterou o art. 7.º); 18/2020, de 23 de Abril (que aditou o art. 2.º-A); e 20-A/2020, de 6 de Maio (que aditou o art. 2.º-B). Além destes diplomas do Governo, também o Parlamento já interveio sobre o regime, através da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, cujo art. 6.º, n.º 1, ao isentar de visto do Tribunal de Contas os contratos abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, revogou tacitamente o art. 2.º, n.º 8, deste diploma<sup>(6)</sup>; e da Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, que alterou, neste caso, de forma expressa, o mesmo art. 2.º. Este quadro de alterações, já de si sinuoso, vê a sua com-

---

(6) Neste sentido, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 116.

plexidade significativamente agravada se se tomar em consideração as diferentes datas de produção de efeitos das alterações, fixadas pelas disposições transitórias dos diplomas modificativos (cf. *infra*, IV.).

## **b) Âmbito do regime**

### *i) Âmbito objectivo*

O âmbito objectivo das medidas contidas no Decreto-Lei n.º 10-A/2020 — isto é, a indicação dos contratos a que se reporta esse regime — é recortado, desde logo, pelo art. 1.º do diploma. Há uma definição de âmbito delimitada de acordo com o facto a que se reage: são “medidas excepcionais e temporárias de resposta à epidemia SARS-CoV-2” (art. 1.º, n.º 1). Dentro desse objecto, o n.º 2 especifica que o diploma se aplica “à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID-19, bem como à reposição da normalidade em sequência da mesma”.

O âmbito objectivo do regime é, assim, definido pelas fronteiras do que é necessário; e, note-se, necessário para a “prevenção, contenção, mitigação e tratamento” da epidemia, e ainda para a “reposição da normalidade em sequência da mesma”, havendo que considerar, essencialmente, a incidência do princípio da proporcionalidade, que limita o conteúdo e alcance das medidas: esta observação é particularmente importante no que diz respeito à utilização do procedimento de ajuste directo com base em urgência imperiosa, a propósito do qual há uma reafirmação desta limitação em homenagem às características da situação-de-urgência.

Já não nos parece adequado que se afirme um qualquer tipo de rigor meramente verbal a este propósito, acrescentando referências como a de que o contrato tem de visar “directamente dar resposta a uma das cinco situações previstas no art. 1.º, n.º 2”<sup>(7)</sup>, com o propósito de distinguir, por exemplo, entre contratos relativos a material clínico ou outras acções de combate à doença no terreno, que estariam abrangidos, e outros, que o não estariam<sup>(8)</sup>. De facto, sem prescindir de uma ligação real entre o contrato e

---

(7) Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 5.

(8) Discorda-se, por exemplo, da indicação, constante da Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 3, segundo a qual não poderia ser abrangido pelo regime excepcional a “aquisição de um estudo sobre o impacto económico-financeiro do surto epidémico”. Pelo contrário, parece-nos óbvio que um estudo desse tipo pode ser importantíssimo e urgente para o desenho das medidas de reabertura da economia e da actividade social, medidas essas que, obviamente, não deixam de ser urgentes por terem uma dimensão estratégica e de médio prazo. Não é porque as prestações não estão directamente

a situação de epidemia, há que reconhecer que há múltiplas entidades com missões de retaguarda, mas que nem por isso são menos relevantes para o sucesso do combate à epidemia, nem menos sujeitas à pressão para actuação urgente.

Dado este recorte do âmbito objectivo, a entidade adjudicante que se queira valer de algum dos aspectos de regime consagrados pelo diploma deverá fundamentar devidamente o recurso ao mesmo, mediante uma menção à finalidade prosseguida pelo contrato, que terá de estar relacionado com as tarefas e actividades decorrentes do âmbito recortado pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, justificando, assim, a aplicação deste regime excepcional.

O art. 2.º, n.ºs 1 e 2, vem depois particularizar aspectos que ainda se reconduzem ao âmbito objectivo. Assim, do n.º 1 desse preceito retira-se que o regime abrange contratos de aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços, bem como empreitadas<sup>(9)</sup>. Deve notar-se, porém, que um aspecto importante para a compreensão do regime estabelecido é o da existência daquilo a que pode chamar-se uma *geometria variável* do seu âmbito de aplicação, característica que se foi agravando com as sucessivas alterações ao regime. Assim, se o n.º 1 do art. 2.º esclarece que o diploma diz respeito a contratos de aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços, e empreitadas, já o n.º 2 do mesmo preceito limita o aspecto de regime aí previsto para os contratos de bens e serviços (excluindo, portanto, as empreitadas), limitação essa que também parece existir no art. 2.º-A (cujo corpo do n.º 1 se refere exclusivamente a “equipamentos, bens e serviços”, e as alíneas, ainda que exemplificativas, parecem confirmar essa restrição). Por fim, o art. 2.º-B, acrescentado já em momento bastante mais tardio (se assim se pode dizer, num período de vigência que, como vimos, está em cerca de três meses, à data em que escrevemos), versa exclusivamente sobre contratos de “aquisição de espaço” de publicidade institucional, pelo que se trata de um âmbito ainda mais restrito.

---

ligadas ao combate da epidemia no terreno que elas são menos urgentes: depende da prestação em concreto. Por exemplo, retardar a reabertura das actividades económicas porque se aguarda um concurso público do qual irá sair um estudo sobre os impactos da pandemia pode ser uma opção insustentável, do ponto de vista do interesse público.

(9) PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excecional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *Observatório Almedina*, 23.03.2020, disponível online, n.º IV, pontuam, a este respeito, duas notas: excluem-se, deste modo, as concessões; quanto a possíveis contratos mistos, o intérprete deverá orientar-se pelos critérios do art. 32.º do CCP.

5. Deve notar-se que o surgimento do regime excepcional não se faz num plano de substituição temporária total do regime geral da contratação pública.

Na verdade, não só as entidades adjudicantes continuam, neste período, a ter contratos que não preenchem o âmbito de aplicação do art. 1.º, por não se relacionarem, nem sequer remotamente, com a resposta à pandemia (“contratos não-Covid”), e que, por isso, não podem ser sujeitos ao regime excepcional, como, no próprio âmbito dos contratos que recaem, *prima facie*, no âmbito do art. 1.º, a entidade adjudicante não perde a possibilidade de utilizar as ferramentas do regime geral, se considerar que as mesmas se adequam, de modo suficiente, às suas necessidades. Como sublinhou a Comissão Europeia, na sua Comunicação contendo “Orientações (...) sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/01)”<sup>(10)</sup>, existem diversas normas do regime das directivas de contratos públicos que estão pensadas para permitirem o que podemos chamar *modulações de urgência* a procedimentos *não urgentes*, permitindo a aceleração dos mesmos<sup>(11)</sup>. É o que sucede com as normas das directivas que permitem a redução de prazos de apresentação de propostas e candidaturas em procedimentos concursais (com transposição para o direito nacional nos arts. 136.º, n.º 3, 174.º, n.º 2, e 191.º, n.º 5, do Código dos Contratos Públicos<sup>(12)</sup>, disposições previstas em sede de concurso público e concurso limitado por prévia qualificação, e aplicáveis, por remissão, aos demais procedimentos concursais com publicidade no JOUE). Na mesma linha, mas agora olhando apenas a figuras previstas no exclusivamente no direito nacional e não nas directivas, pode pensar-se numa figura como a do concurso público urgente (art. 155.º do CCP), a qual, porém, só pode dar origem a contratos de valor relativamente baixo<sup>(13)</sup>, já que não foram alterados os pressupostos de utilização deste procedimento.

Na verdade, o regime excepcional de contratação pública para resposta à pandemia Covid-19 revela, a nosso ver, um enfoque porventura

---

<sup>(10)</sup> Comunicação “Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/01)”, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 1 de Abril de 2020.

<sup>(11)</sup> Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 1.

<sup>(12)</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e objecto de sucessivas alterações, a última das quais por força da cessação de vigência do Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de Dezembro, pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de Março.

<sup>(13)</sup> Correspondentes aos valores dos limiares comunitários, no caso de contratos de bens ou serviços, e a 300.000€, no caso dos contratos de empreitada — art. 155.º do CCP.

excessivo na utilização do ajuste directo, esquecendo outros instrumentos (como o concurso público urgente), mais “amigos” da concorrência, que também poderiam ter sido objecto de uma intervenção legislativa transitória, que facilitasse a sua mobilização para os contratos relacionados com a pandemia, e esquecendo, igualmente, que há muito mais aspectos dos procedimentos pré-contratuais regulados no CCP, para além da determinação do procedimento aplicável e das formalidades de autorização e publicidade. Esse enfoque excessivo na utilização do ajuste directo foi, aliás, sendo corrigido ao longo do tempo, à medida que o legislador se ia defrontando com algo que, para o jurista minimamente experimentado em matéria de contratos públicos, era desde logo evidente: o enfoque excessivo do regime excepcional na utilização do ajuste directo e no afastamento muito circunscrito de duas ou três formalidades específicas, teria como efeito óbvio, em situação de emergência, que toda a demais estrutura procedimental do procedimento pré-contratual regulado pela parte II do CCP, que não foi afastada, continuaria a constringer a capacidade de as entidades adjudicantes reagirem de forma suficientemente ágil. De certo modo, as alterações que o regime foi sofrendo, que passaram, designadamente, por prever a dispensa de prestação de caução e documentos de habilitação e sobretudo, pelo aditamento do art. 2.º-A, com uma quase total ausência de formalidades pré-contratuais, confirmam esta percepção de uma intervenção legislativa que, logo de início, apresentava algumas insuficiências.

#### *ii) Âmbito temporal*

6. Como resulta da última parte do n.º 2 do art. 1.º, o regime extraordinário não tem, do ponto de vista da sua duração, outro referencial que não seja o do período necessário para acorrer à situação-de-urgência que motivou o diploma. Não se vislumbra, de facto, um limite temporal certo, previamente definido, o que como opção geral, parece plenamente compreensível, já que não se sabe como irá evoluir a pandemia a que se responde. Este não é um daqueles casos em que o regime de excepção está a responder a um certo evento, ocorrido num momento específico do passado, como um terramoto ou uma inundação: o regime responde a um evento complexo que continua e continuará a verificar-se durante um período ainda indefinido, e por isso, a resposta tem de ser dinâmica e temporalmente aberta.

Deste modo, o termo final da vigência do diploma não se conhece, mas sabe-se que estará sempre associado a conseguir-se o controlo da doença. Em todo o caso, devem ser encaradas com toda a prudência posi-

ções nos termos das quais o final da vigência do regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 ocorrerá sempre por efeito de um (outro) diploma legal<sup>(14)</sup>. Se, por inércia ou por pretender beneficiar de um regime mais favorável durante mais tempo, o legislador deixar perdurar no tempo o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, sem o revogar expressamente<sup>(15)</sup>, isso não exonera o intérprete de realizar a tarefa de determinar se, num dado momento no tempo em que se equaciona utilizar o regime deste diploma, ainda se verificam os pressupostos que ditaram a sua edição: a necessidade de o fazer é algo que decorre das características de qualquer lei-medida ou regime previsto para circunstâncias temporais ou factuais bem determinadas. Por outras palavras: o próprio modo como o legislador define os pressupostos do diploma, acompanhado do devir dos factos, pode permitir chegar a um momento em que se diga que o diploma *caducou*, mesmo que não tenha sido expressamente revogado<sup>(16)</sup>.

Adicionalmente, também devemos acrescentar que, além de um plano de controlo, pelo intérprete, de vigência *do próprio regime excepcional*, há que dizer que a vigência desse regime não assegura que se possa recorrer sempre a todos os aspectos que o mesmo prevê, o que decorre do facto de os pressupostos normativos serem diferentes. Com efeito, são diferentes os pressupostos *do Decreto-Lei n.º 10-A/2020* e os pressupostos específicos, por exemplo, de utilização do ajuste directo por motivo de urgência imperiosa, sendo estes, como se verá, determinados, em grande medida, pelo direito europeu. A utilização do ajuste directo por urgência imperiosa, pelo menos para contratos abrangidos pelas directivas europeias de contratos públicos, exige, precisamente, uma *urgência imperiosa*, sendo essa aferição necessariamente casuística, não se bastando com a mera invocação de um qualquer diploma ou regime legal ou regulamentar.

7. Por fim, existe um outro aspecto que ainda pode ser filiado no âmbito de aplicação temporal do diploma, e que, neste caso, por razões que se tornarão claras, justifica uma atenção muito maior do que é habitual: falamos da questão da entrada em vigor e produção de efeitos do

---

(14) Como se sugere (ou informa?) na Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, pp. 12, 13.

(15) Referindo-se a uma possível “tentação” nesse sentido, cf. o Relatório do Tribunal de Contas “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências (Covid-19)”, *cit.*, pp. 16-17.

(16) Cf. art. 7.º, n.º 1, 1.ª parte, do Código Civil, que, sem falar expressamente em caducidade, a refere implicitamente como modo de cessação da vigência da lei, quando a mesma “se destine a ter vigência temporária”. A caducidade nestes casos tanto pode resultar do decurso do prazo de vigência fixado para a lei, se existir, como do desaparecimento dos factos que a lei disciplina. Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 174-175.

regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (na sua versão inicial e nas versões sucessivas). Com efeito, a sucessão de leis ocorrida neste caso suscita questões de importância invulgar, que aconselham o tratamento autónomo desta matéria, numa secção à parte. Por outro lado, a plena compreensão dessas questões exige o conhecimento prévio do regime procedimental, propriamente dito, consagrado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que só será abordado mais adiante. Por esses motivos, reservou-se o tratamento da questão da entrada em vigor e produção de efeitos deste regime excepcional para a parte final do presente estudo (cf. *infra*, IV.).

### iii) *Âmbito subjectivo*

8. Na sua versão inicial, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 estabelecia que o regime dos capítulos II e III do diploma (arts. 2.º a 8.º, que abrangem o regime excepcional de contratação pública) se aplicava “às entidades do setor público empresarial e do setor público administrativo, bem como, com as necessárias adaptações, às autarquias locais” (art. 1.º, n.º 3, do diploma, na sua versão inicial).

As dúvidas, imediatamente suscitadas, sobre o sentido a atribuir à referência ao “setor público administrativo”, e, bem assim, sobre o eventual (e porventura involuntário) esquecimento de algumas entidades com atribuições relevantes de resposta à pandemia, levaram o legislador a alterar esta definição do âmbito subjectivo. Essa alteração foi operada, poucos dias depois, pelo Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de Março, que alterou o art. 1.º, n.º 3, dando-lhe a sua redacção actual<sup>(17)</sup>. É importante notar que o art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10-E/2020, fez retroagir os efeitos desta alteração à data de aprovação (12 de Março) do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, sendo apenas um exemplo das complexas questões que se colocam, neste turbulento regime jurídico, em matéria de *sanação* de procedimentos, e a que iremos aludir *infra* (IV.).

O elenco das entidades adjudicantes que beneficiam do regime extraordinário aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 fica, assim, definido por remissão para o art. 2.º do CCP<sup>(18)</sup>. Esta especificação tem, face à

---

(17) Que é a seguinte: “As medidas excepcionais previstas no art. 2.º são aplicáveis, com as necessárias adaptações, às entidades adjudicantes previstas no art. 2.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redacção atual”.

(18) A lei refere que o regime é aplicável às entidades do art. 2.º “com as necessárias adaptações”, solução não totalmente feliz do ponto de vista legístico, pois parece que seriam sempre necessárias adaptações, o que não é o caso. Aquela formulação significa, apenas, a nosso ver, que há algumas normas do regime excepcional que não se aplicam a algumas das entidades adjudicantes do art. 2.º (por

redacção inicial, uma vantagem evidente: a lei passa a abranger todas as entidades adjudicantes mencionadas no art. 2.º, incluindo aquelas que, estando inequivocamente envolvidas na resposta ao surto, suscitavam dúvidas quanto à sua inserção em alguma das três categorias anteriormente utilizadas (“sector público administrativo”, “sector público empresarial” e “autarquias locais”), de que são exemplos as associações dominadas por entidades adjudicantes [art. 2.º, n.º 1, alínea *i*) e n.º 2, alínea *d*)], ou as entidades intermunicipais (consideradas, por lei, associações públicas<sup>(19)</sup>, e por isso integradas no art. 2.º, n.º 1, alínea *h*), do Código). Tais entidades ficam, assim, abrangidas pelo âmbito subjectivo, desde que, naturalmente, as suas atribuições/competências/objecto social ou estatutário se relacione com as actividades e missões descritas no art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e os contratos digam respeito a essas actividades e missões.

Ao remeter-se para o art. 2.º, fica assim afastada, também, qualquer tentativa de encontrar, no preâmbulo do diploma, razões para interpretações restritivas em matéria de âmbito subjectivo<sup>(20)</sup>. A Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC fala, a este propósito, na sujeição das “Misericórdias” e “IPSS” ao âmbito do regime<sup>(21)</sup>, o que, obviamente, só pode ser entendido no sentido de que tais entidades, *se* forem entidades adjudicantes à luz do art. 2.º do CCP (o que, parece-nos, não será a regra), ficam, naturalmente, abrangidas pela remissão do art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 para o art. 2.º do CCP<sup>(22)</sup>.

**9. *De jure condendo***, já nos parece menos compreensível que o legislador tenha entendido definir o âmbito subjectivo, não pela categoria

---

exemplo, as normas que facilitam o regime de autorização de despesas só se aplicam às entidades sujeitas ao regime de autorização de despesas públicas; as normas que dispensam o pedido de aquisição fora do Sistema Nacional de Compras Públicas só se aplicam às entidades compradoras vinculadas no âmbito desse SNCP). Em sentido convergente, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 98.

<sup>(19)</sup> É o que resulta, não com a clareza desejável, do art. 63.º do Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.

<sup>(20)</sup> Como se verifica, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, ao referir-se ao regime excepcional de contratação pública, alude apenas às “entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS”. Trata-se, como já era evidente na versão inicial do diploma, de uma referência que se concentrava nas entidades adjudicantes que principalmente justificam o regime, o que não autorizava que se entendesse que essas eram as únicas beneficiárias do regime. A remissão simples para o art. 2.º resolve este problema. Também no sentido de que as referências preambulares não justificam interpretação restritiva do âmbito subjectivo, veja-se a Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC.

<sup>(21)</sup> Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 4.

<sup>(22)</sup> Sublinhando igualmente este ponto, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 95-96.

geral das entidades adjudicantes abrangidas pelo regime da contratação pública contido na parte II do CCP, mas por uma remissão expressa *apenas* para o art. 2.º daquele Código.

Isso tem o efeito prático de, *prima facie*, excluir do regime as entidades do art. 7.º do CCP (que, como resulta desse preceito, são entidades que *não* se reconduzem ao art. 2.º), e, bem assim, de lançar dúvidas sobre o regime das entidades adjudicantes mencionadas no art. 12.º do CCP, que são entidades adjudicantes abrangidas pelo art. 2.º, n.º 2 do CCP, mas que exercem actividade nos sectores especiais. Em suma, a remissão para o art. 2.º parece ter por propósito o de excluir as entidades adjudicantes de sectores especiais (água, energia, transportes e serviços postais), que são, precisamente, as referidas nos arts. 7.º e 12.º do CCP.

Não se vislumbra, no entanto, a razão que justifica que uma entidade adjudicante como uma empresa pública de sectores especiais, ou um concessionário actuando nos mesmos sectores, sejam excluídos do regime extraordinário.

É certo que algumas das normas do art. 2.º e dos demais preceitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 com relevância para a contratação pública não têm significado ou aplicação para algumas entidades dos sectores especiais<sup>(23)</sup>, mas outras têm<sup>(24)</sup>, e distinguir umas das outras cairia simplesmente nas “necessárias adaptações” que sempre são necessárias na aplicação do regime da contratação pública a entidades de diferentes naturezas.

Por outro lado, também é óbvio que nem todas as entidades de sectores especiais estão ligadas à gestão do surto pandémico — mas esse argumento prova demais: também não o estão todas as entidades do art. 2.º do CCP. E na verdade, parece que uma empresa pública ou um concessionário (privado) do sector dos transportes, ou das águas, ou da energia, podem perfeitamente ser chamados, com mais intensidade e propriedade, a colaborar com medidas extraordinárias no âmbito da gestão do surto<sup>(25)</sup>, do

---

(23) Assim acontece, por exemplo, com a permissão do ajuste directo simplificado constante do art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, já que as entidades adjudicantes de sectores especiais apenas são obrigadas a cumprir o regime de contratação pública para contratos superiores aos limiares de aplicação das directivas, que são muito superiores ao valor até ao qual se pode contratar por ajuste directo simplificado.

(24) É o caso das normas dos n.os 9 e 10 do art. 2.º, que permitem a dispensa dos documentos de habilitação ou da prestação de caução.

(25) Pense-se, por exemplo, na importância das medidas relativas à mobilidade, ou na eventual necessidade de medidas adicionais de desinfecção das redes de abastecimento de água, ou de reforços pontuais das redes de água ou energia que sirvam infra-estruturas objecto de picos de utilização em razão da pandemia, como hospitais. Como notam JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 97, várias medidas surgidas durante a

que, por exemplo, uma associação pública profissional (fora as das profissões de saúde), que está abrangida pelo art. 2.º do CCP.

Aquilo que nos parece um equívoco na compreensão do papel das entidades adjudicantes de sectores especiais parece ser, porém, algo enraizado, mesmo em outros contextos nos quais deveria existir máximo rigor. Com efeito, é notório que a já mencionada Comunicação da Comissão Europeia de 1 de Abril de 2020 ignora por completo o regime dos sectores especiais, pois nessa Comunicação apenas se refere a Directiva 2014/24/UE (sectores clássicos), e não a Directiva 2014/25/UE (sectores especiais). Essa omissão pode, porventura, explicar-se pela mesma pré-compreensão de que as entidades de sectores especiais não desempenham actividades relevantes no combate à pandemia; mas, reforçamos, isso parece-nos ser um forte equívoco. Esse equívoco está bem patente, por exemplo, no facto de as mesmas disposições do art. 32.º, n.º 2, alínea *c*), da Directiva 2014/24, que a Comunicação analisa detalhadamente, se encontrarem também, quase textualmente, na Directiva 2014/25 [em concreto, no seu art. 50.º, alínea *d*)].

Assim, seríamos partidários de uma solução que definisse as entidades adjudicantes beneficiárias do regime extraordinário de uma forma global, tendo apenas por referência a ligação das suas atribuições ou objecto social ou estatutário a actividades relevantes para a resposta à epidemia, e a ligação dos contratos a essas actividades.

Independentemente dessa posição, afirmada em termos de direito a constituir, pensa-se que, do ponto de vista do direito constituído, deve ser adoptada a interpretação mais ampliativa possível da capacidade de resposta das entidades adjudicantes, e que ainda seja conforme à letra da lei.

Assim, e desde logo, entendemos que as entidades do art. 2.º, n.º 2, que actuam nos sectores especiais (e a que se reporta o art. 12.º do CCP), também podem beneficiar do regime excepcional, mesmo para a sua actividade no âmbito desses sectores, já que ainda estamos perante entidades que se reconduzem ao art. 2.º do CCP<sup>(26)</sup>. Neste caso, ainda se está no âmbito da interpretação declarativa, já que, repete-se, se trata de entidades cuja recondução ao âmbito de aplicação do regime da contratação pública se faz a partir da sua subsunção ao art. 2.º do CCP.

---

pandemia são especificamente dirigidas à continuidade de serviços públicos em domínios de sectores especiais.

<sup>(26)</sup> Em sentido contrário, se bem interpretamos, se pronunciaram JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 97, muito embora tragam argumentos adicionais, mencionados na nota anterior, que deveriam levar, parece-nos, a considerar abrangidos os organismos de direito público actuando nos sectores especiais, que são, como sublinhamos no texto, entidades referidas no art. 92.º do CCP.

Já para as entidades adjudicantes do art. 7.º do CCP, ainda que, em nosso entender, a aplicação do regime fosse plenamente justificada, é difícil encontrar apoio, na actual redacção do art. 1.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, para lhes estender a aplicação do regime excepcional por aplicação directa. Esta conclusão não põe em causa, porém, a possibilidade de, se e quando se verificar a incidência do estado de necessidade (cf. o que se dirá *infra*), se aplicar, por maioria de razão, alguns aspectos desse regime, como a produção de efeitos logo após a adjudicação, prevista no art. 2.º, n.º 5, ou a dispensa (ou adiamento) de formalidades pós-adjudicatórias como a habilitação e a prestação de caução, nos termos do art. 2.º, n.ºs 9 e 10.

Deve ainda sublinhar-se — apesar de ser uma evidência — que o facto de as entidades adjudicantes de sectores especiais previstas no art. 7.º do CCP não beneficiarem do regime excepcional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não as impede de invocarem as disposições do regime geral do CCP que dão especial cobertura à actuação em situação-de-urgência, e em especial, o art. 24.º, n.º 1, alínea c) desse Código. Com efeito, a existência de uma situação de urgência imperiosa oriunda da situação de pandemia, justificativa de acção imediata, encontrará sempre resposta na lei geral<sup>(27)</sup>, mesmo para uma entidade adjudicante de sectores especiais, ainda que o legislador nacional e europeu não pareça inclinado para o reconhecer.

### **c) Declaração da situação de calamidade e art. 28.º da Lei de Bases da Protecção Civil**

Ao momento em que se escreve, que é posterior à declaração da situação de calamidade, ao abrigo da Lei de Bases da Protecção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho), pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, e posteriormente renovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de Maio, já não pode falar-se, porventura, em um único regime de contratação pública de emergência.

Com efeito — e não tomando agora posição sobre a espinhosa questão de saber se estão reunidos os pressupostos legais para o decretamento do estado de calamidade — cabe salientar que a LBPC prevê, no seu art. 28.º, um “regime especial” de contratação de empreitadas, bens e ser-

---

(27) Sublinhando acertadamente este ponto, veja-se o n.º 1 da Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, do IMPIC, p. 3.

viços, mobilizável em situação de calamidade. Na sequência da aprovação e entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, e perante a norma revogatória do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, colocou-se a questão da vigência do referido preceito; pela nossa parte, na altura, defendemos a posição de que essa revogação não aconteceu<sup>(28)</sup>. Doutrina mais recente dá também o art. 28.º da LBPC como vigente<sup>(29)</sup>, o mesmo sucedendo com diversos actos legislativos recentes: a Lei n.º 80/2015, de 3 de Agosto, que procedeu à última alteração ao diploma, republicou-o, incluindo na republicação o art. 28.º, e outros diplomas têm-se-lhe referido<sup>(30)</sup>.

Temos, pois, regimes sobre matérias próximas ou sobrepostas, o que pode ser explicado, desde logo, pelo facto de que quando surgiu o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (e a Lei n.º 1-A/2020), não existia, ainda, declaração de calamidade<sup>(31)</sup>. O que é certo é que, não tendo existido revogação do regime extraordinário de contratação pública aquando da declaração de calamidade (pelo contrário: o mesmo já foi alterado depois disso), coloca-se agora a questão da articulação destes dois regimes — sobretudo tendo em conta a formulação peremptória do art. 28.º, n.º 1, da LBPC<sup>(32)</sup>.

**11.** Como se pode imediatamente constatar pela comparação dos dois regimes, o art. 28.º da LBPC parte de pressupostos completamente diferentes daqueles que enformam o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e tem um alcance muito mais restrito. Trata-se de um preceito que, em termos de regime de contratação pública propriamente dito, se limita a habilitar, pelo prazo de dois anos (!), a utilização do ajuste directo até aos valores dos limiares comunitários, sendo que as entidades que podem beneficiar do regime são apenas as constantes de lista aprovada por despacho ministerial (art. 28.º, n.º 2, da LBPC). Dispõe-se ainda que os contratos celebrados ao abrigo do regime ficam dispensados de visto do Tribunal de Contas (art. 28.º, n.º 3) e que são comunicados aos ministros

---

<sup>(28)</sup> MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 959.

<sup>(29)</sup> JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 81.

<sup>(30)</sup> Cf., mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro, que aprovou “medidas excepcionais de contratação pública por ajuste direto relacionadas com os danos causados pelo furacão Lorenzo na Região Autónoma dos Açores”.

<sup>(31)</sup> Como se sabe, anteriormente à declaração de calamidade que, a partir de 3 de Maio, abrangeu todo o território nacional, existiu uma declaração de calamidade, mas circunscrita ao território do Município de Ovar — cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-D/2020, de 19 de Março.

<sup>(32)</sup> A norma refere que “A contratação de empreitadas de obras públicas, fornecimento de bens e aquisição de serviços (...) ficam sujeitos ao presente regime especial” (destaque nosso).

da Administração Interna e das Finanças, de forma a garantir a publicidade e transparência, embora não se especifique como (art. 28.º, n.º 4).

Sendo o regime do art. 28.º da LBPC um regime especial aplicável a situações em que tenha sido declarada calamidade, como é a situação actual, é possível, não obstante, afirmar que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 é um regime especial, face ao do referido art. 28.º. Como se sabe, a afirmação lei geral-lei especial é circunscrita à relação entre dois regimes: um regime pode ser especial face a outro “mais geral” (é a relação que se estabelece entre o art. 28.º da LBPC e o CCP) e ser, ao mesmo tempo, regime geral face a outro “mais especial”. É este último o caso, já que o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 foi aprovado para um circunstancialismo especial — a pandemia originada pelo vírus SARS-CoV2 e a doença Covid-19 — e a LBPC tem em vista, em abstracto, qualquer situação de calamidade.

Assim, a aplicação do regime excepcional de contratação pública aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 tem por efeito afastar, no seu âmbito de aplicação, as normas do art. 28.º, independentemente da convergência que se dá em algumas das suas soluções, como no que se refere à dispensa de visto prévio. Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, como se verá, dispõe sobre um conjunto muito mais significativo de matérias do que o art. 28.º da LBPC, o que apenas reforça uma tendência, já presente nos regimes excepcionais de contratação pública que têm sido aprovados em tempos mais recentes, que passa por sublinhar a insuficiência do regime da LBPC para acorrer às necessidades em matéria de contratação pública<sup>(33)</sup>. De facto, o carácter ultrapassado do regime da LBPC é, hoje, algo evidente, e aconselha reforma.

Um dos pontos em que esse carácter ultrapassado se manifesta de forma mais patente é o da manifesta desadequação de um regime que permite a adopção de ajuste directo até ao valor dos limiares europeus, durante dois anos, para acorrer a um evento que pode ter cessado todos os seus efeitos logo após a sua ocorrência. Essa desadequação afigura-se grave, já que, verificados certos pressupostos, pode representar uma violação das obrigações do Estado português decorrentes do direito europeu: como se sabe, para os contratos não cobertos para as directivas europeias, incluindo aqui os contratos de valores inferiores aos limiares dessas directivas, o Tribunal de Justiça tem afirmado a vinculação aos princípios gerais

---

<sup>(33)</sup> O preâmbulo do já citado Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro, refere, explicitamente, como justificação para a necessidade deste diploma, que “há determinadas realidades do regime da contratação pública que não são abrangidas pela previsão do art. 28.º da Lei de Bases da Protecção Civil, aprovada pela Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, na sua redacção actual”.

se o contrato apresentar interesse transfronteiriço certo<sup>(34)</sup>, pelo que nos parece muito duvidoso, a essa luz, um regime que permite, até dois anos após um evento justificativo de calamidade, ajustes directos até aos valores dos limiares — especialmente em matéria de empreitadas, cujos valores são bastante elevados. E se este problema, num regime de 2006, seria ainda compreensível, parece-nos mais preocupante que regimes muito mais recentes (aprovados para acorrer a eventos catastróficos, não o negamos), tenham ignorado por completo este problema, repetindo a fórmula de habilitar, sem limitações, a celebração de contratos por ajuste directo até aos limiares comunitários, durante longos períodos após os factos<sup>(35)</sup>.

**12.** Deste modo, a questão sobre a articulação entre o art. 28.º da LBPC e o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (e da Lei n.º 1-A/2020) redonda na aplicação primacial deste regime, quer por abranger mais matéria do que o art. 28.º da LBPC, quer por ser lei especial face a este preceito, prevalecendo, portanto, nas matérias que ambos regulam. Precisamente porque o art. 28.º da LBPC é “lei mais geral” face ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e este não procede a qualquer alteração aos limiares do ajuste directo em razão do valor (com excepção do que se dirá sobre o ajuste directo simplificado até 20.000€), isto também significa que, em abstracto, existe a possibilidade de as entidades que venham a ser identificadas por lista aprovada pelos ministros da Administração Interna e das Finanças, nos termos do art. 28.º, n.º 2, da LBPC, poderem celebrar contra-

---

<sup>(34)</sup> S. ARROWSMITH, *The Law*, I, pp. 245 ss. (e 276 ss. a propósito da manutenção da situação após as directivas de 2014); DACIAN DRAGOS, “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, in CHRISTOPHER BOVIS, (Ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement*, Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar, 2016, pp. 176 ss.; PEDRO TELLES, “The good, the bad, and the ugly: the EU’s Internal Market, public procurement thresholds, and cross-border interest”, *Public Contract Law Journal*, 43, (1), 2013, pp. 3 ss.; CARINA RISVIG HANSEN, *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*, Copenhagen: Djof Publishing, 2012. Na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, vejam-se os acórdãos de TJ 17-03-2011, *Strong Segurança*, proc. C-95/10, de 14-11-2013, proc. C-388-12 (*Comune di Ancona*); de 10-07-2014, proc. C-358/12 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*); de 11-12-2014, proc. C-113/13 (*Spezzino*); de 18-12-2014, proc. C-470/13 (*Generali-Providencia Biztosító Zrt*); 16-04-2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, proc. C-278/14; 02-06-2016, proc. C-410/04 (*Falk Pharma*), disponíveis em curia.eu.int. Para referências anteriores, traçando a origem deste entendimento do Tribunal de Justiça, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos”, in AA/VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, Vol. II, Lisboa, 2010, pp. 881-902 (884 e ss. e referências aí citadas).

<sup>(35)</sup> Cf. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 87/2017, de 27 de Julho; art. 2.º do Decreto-Lei n.º 135-A/2017, de 2 de Novembro; art. 2.º do Decreto-Lei n.º 85/2018, de 25 de Outubro. O facto de, nos vários diplomas, se acrescentar que devem ser convidadas, quando possível, pelo menos três empresas, mitiga, mas não resolve, o problema identificado.

tos por ajuste directo, até aos limiares comunitários, durante o prazo de dois anos. Tal possibilidade configura, porém, para contratos de valor elevado, um enorme risco de desconformidade face ao direito europeu, além de a utilização deste regime por um período tão prolongado configurar, ainda, uma solução que nos pareceria merecedora de fortes críticas<sup>(36)</sup>.

### III. O regime procedimental do Decreto-Lei n.º 10-A/2020

#### a) Razão de ordem. Ajuste directo por urgência imperiosa

É pacífico afirmar que as situações de emergência exigem uma actualização mais célere do que as situações de normalidade. Por esse motivo, os regimes excepcionais de contratação pública em situações de emergência preocupam-se, sobretudo, com a garantia de vias de contratação pública marcadas pela rapidez. É certo que se pode afirmar que a primeira garantia de efectividade da acção em situações de emergência é a preparação, que é, em parte, possível e exigível, já que certos eventos catastróficos tendem a repetir-se ciclicamente: de acordo com a lei dos grandes números, ainda que não se saiba quando ocorrerão inundações, furacões ou incêndios florestais incontrolláveis, é possível saber, olhando para os registos históricos, que ocorrem com alguma frequência. Por esse motivo, a *emergency preparedness* constitui uma das principais linhas de evolução dos sistemas de resposta a catástrofes naturais e outros eventos de natureza análoga, incluindo em matéria de contratação pública, procurando criar mecanismos (como acordos quadro) que antecipem necessidades, dessa forma eximindo as entidades adjudicantes de todos os problemas decorrentes de contratar tudo aquilo de que necessita num único momento no tempo, ainda para mais um momento de urgência<sup>(37)</sup>. No entanto, também há que

---

<sup>(36)</sup> Não se trata de uma crítica específica a este regime ou a esta situação. Infelizmente, os regimes de contratação pública de emergência, independentemente de responderem a eventos dramáticos (o que não se põe em causa), têm reincidido demasiadas vezes na excessiva duração, como já apontávamos no caso do art. 139.º, n.º 2, da Lei n.º 3-B/2010, de 27 de Abril (cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 979, nota 2826), e pode apontar-se a regimes mais recentes — por exemplo, o referido Decreto-Lei n.º 168/2019, que responde a um evento ocorrido em 1 e 2 de Outubro de 2019, afirma vigorar até 9 de Novembro de 2021 (art. 5.º); o Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto, reportava-se a eventos ocorridos em 3 de Agosto de 2018 e afirmava vigorar até 31 de Dezembro de 2019 (art. 7.º).

<sup>(37)</sup> Sobre isto, em geral, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, *cit.* Também apontando, ao nível das regras UNCITRAL, uma tentativa de induzir a utilização de acor-

reconhecer que em muitos casos, a preparação não é possível (dado o carácter absolutamente imprevisível e inédito de algumas ocorrências), ou só seria possível com uma alocação desproporcionada de meios, que seria simplesmente irracional em muitas situações. A pandemia que vivemos oferece uma boa demonstração disso: não é impossível prever, com base nos registos de décadas passadas, que pandemias de doenças respiratórias ocorrem com alguma frequência; mas é irracional fazer *stocks* de bens como ventiladores, que são dispendiosos, a pensar numa pandemia de doença respiratória, pois pode existir uma pandemia de outra doença qualquer, para a qual, nessa altura, não se precisaria de ventiladores, mas de outros equipamentos ou medicamentos completamente diferentes. Assim, há que reconhecer que, por muito planeamento que se possa fazer, a resposta a emergências passará, sempre, por obter, em curto espaço de tempo, coisas que até poderiam ter sido adquiridas antes, mas que, numa lógica de actuação racional, não fazia sentido aprovisionar.

Entre nós (mas também um pouco por toda a parte), os regimes excepcionais têm procurado essa rapidez de acção (e reacção) nos procedimentos de contratação pública que não implementam concorrência: os procedimentos de contratação directa, sobretudo o ajuste directo, em alguns casos estendendo-se à consulta prévia, que têm em comum entre si o facto de a entidade adjudicante controlar quem convida para o procedimento e, dessa forma, controlar, em alguma medida, o tempo que gasta com o procedimento.

A forma de recorrer a estes procedimentos sem concorrência (e sem publicidade, pelo menos, publicidade *prévia*, já que se tem difundido, por razões evidentes de transparência, a publicitação *posterior* à contratação) tem seguido uma de duas vias essenciais, ou a combinação de ambas<sup>(38)</sup>. Uma primeira via consiste no aumento temporário dos limiares de valor até aos quais se pode utilizar o procedimento de ajuste directo: é a via que subjaz ao já referido art. 28.º da LBPC, e a alguns regimes excepcionais recentes<sup>(39)</sup>. Uma outra via consiste em chamar a atenção, ou remeter, para

---

dos quadro para resposta a situações de crise, designadamente, situações de epidemia, cf. CAROLINE NICHOLAS, “A critical evaluation of the revised UNCITRAL Model Law provisions on regulating framework agreements”, *Public Procurement Law Review*, (2), 2012, pp. 19 ss., p. 25 e nota 51.

<sup>(38)</sup> Notando igualmente estas diferenças de abordagem em diferentes regimes excepcionais recentes (e interrogando-se sobre a sua justificação), MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, pp. 76, 77.

<sup>(39)</sup> Como o Decreto-Lei n.º 48/2008, de 13 de Março (regime excepcional de contratação pública por entidades do sector da saúde); ou os já referidos Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro; Decreto-Lei n.º 87/2017, de 27 de Julho; Decreto-Lei n.º 135-A/2017, de 2 de Novembro; e

as disposições que, no direito português, permitem a contratação directa em situações de urgência imperiosa. Também esta via tem tido utilização em regimes recentes<sup>(40)</sup>.

No caso do regime que analisamos, foi adoptada uma combinação destas duas vias, embora com nítida prevalência da segunda. Por outro lado, o específico modo como isto foi feito é inédito, e tem vindo a ser constantemente alterado ao longo do tempo.

**14.** Desde logo, o legislador principia, no art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, por chamar a atenção para o art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, que é, como se sabe, a disposição que permite o recurso ao ajuste directo por motivos de urgência imperiosa, independentemente do valor do contrato a celebrar.

O apelo, por parte do legislador, à disposição do art. 24.º, n.º 1, alínea c) do CCP, é plenamente compreensível. Ele exige, porém, que se compreenda o contexto dessa que é — no caso dos contratos abrangidos pelas directivas, só pode ser — uma simples *remissão* para aquela norma. O ajuste directo por urgência imperiosa é, hoje, para os contratos acima dos limiares de aplicação das directivas, uma figura conformada pelo direito europeu. Como já se assinalou acima, são os arts. 32.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 2014/24/UE, e 50.º, alínea d), da Directiva 2014/25, que definem os pressupostos de utilização do procedimento. Este texto não é o lugar para tratar desses pressupostos gerais, bastamente conhecidos e aplicados, pelo que nos limitamos a referir que a utilização do ajuste directo, à luz do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, depende de estarmos perante uma urgência imperiosa (ou extrema), imprevisível, não imputável à entidade adjudicante, que não possa ser atendida por outros procedimentos ou instrumentos disponíveis, e em que o contrato se limite ao estritamente necessário para atender à situação-de-urgência<sup>(41)</sup>.

---

Decreto-Lei n.º 85/2018, de 25 de Outubro. Alguns dos diplomas referidos (como os dois primeiros não tinham por objectivo responder a situações de emergência, mas a metodologia utilizada é essencialmente a mesma.

<sup>(40)</sup> Cf. os também já referidos Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto; Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro.

<sup>(41)</sup> Para o tratamento geral dos pressupostos de recurso ao ajuste directo em casos de urgência imperiosa, veja-se PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, pp. 528-532; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 426-432; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 949-985; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 755-757. Para algumas particularizações desses requisitos em contexto de catástrofes naturais, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, pp. 229-260.

Deste modo, o facto de o legislador, no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, remeter para, ou recordar a norma, não pode fazer esquecer que o contrato só pode ser celebrado ao seu abrigo se, considerado por si, preencher todos os pressupostos dessa norma<sup>(42)</sup>. Por outras palavras, não se pode entender que a subsunção de um contrato à norma do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, se faz automaticamente a partir da subsunção desse contrato ao âmbito objectivo, subjectivo e temporal do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Os pressupostos do ajuste directo de urgência imperiosa devem ser aferidos para cada contrato: assim, para dar um exemplo simples, se uma entidade adjudicante quer adquirir máscaras, e tem já em execução um contrato de fornecimento de máscaras, que lhe garante a entrega imediata desses bens, é inviável afirmar que pode recorrer ao ajuste directo por urgência imperiosa, já que, no caso, a entidade consegue resolver a sua necessidade com recurso a um outro meio; já não será assim, claro, se as quantidades do contrato em execução, ou os seus prazos de entrega, não forem suficientes.

A norma do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, deve, assim, ser lida como uma remissão, quando diz que à escolha do procedimento “aplica-se o disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 24.º” do CCP. Já parece menos feliz (embora, parece-nos, bem intencionada), e susceptível de criar dúvidas desnecessárias, a referência da norma a *apenas alguns* dos pressupostos do ajuste directo por urgência imperiosa: ao acrescentar o inciso final, “na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa”, poderia criar-se a dúvida sobre se o legislador estaria a criar uma previsão autónoma de ajuste directo de urgência<sup>(43)</sup>, coisa que, repete-se, não pode fazer, pelo menos para os contratos superiores aos limiares de aplicação das directivas. De facto, aquele inciso final pode conferir a ideia, parcialmente errada, de que é o legislador nacional que define autonomamente os termos de utilização do ajuste directo por motivo de urgência imperiosa. Não é o caso, e existem precedentes nos quais esse tipo de actuação por parte dos Estados Membros levou a que fosse suscitada a questão da conformidade dessas normas com o direito europeu<sup>(44)</sup>. Esta questão

---

(42) No mesmo sentido, a Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC, n.º 3, e PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excecional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º IV.

(43) Veja-se MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 77, que a propósito de uma norma idêntica contida no Decreto-Lei n.º 70/2018, afirmava que não poderia supor-se que o legislador se tivesse limitado a dizer que o art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, seria aplicável quando os respectivos pressupostos estivessem verificados.

(44) Cf. GIOVANNA RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari: Cacucci Editore, 2010, pp. 107 ss., relatando diversos casos ocorridos no direito italiano, em que dis-

suscita uma reflexão de teor mais amplo, na qual se detecta uma dificuldade de conciliação de metodologias de abordagem entre o direito europeu dos contratos públicos e aquilo a que se poderia chamar o direito da emergência. O direito administrativo actual, designadamente em matéria de protecção civil, organiza-se de acordo com uma lógica de declaração de diferentes estados, graus ou níveis de alerta, que dão origem, de modo automático e pré-determinado, a regimes específicos. O que de um ponto de vista abstracto faria sentido seria que, por uma razão de simplificação e segurança jurídicas, um certo estado ou grau de prevenção pudesse habilitar, por si só, a celebração de contratos por ajuste directo de urgência imperiosa. Não é essa, porém, a filosofia regulatória das directivas europeias de contratos públicos, para as quais a contratação de valores elevados sem concorrência é algo de excepcional e, conseqüentemente, só pode admitir-se num juízo *casuístico*: contrato a contrato.

As considerações anteriores não significam, naturalmente, que seja irrelevante a recondução de um contrato ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, para efeitos da verificação dos pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP. Parece-nos inequívoco que a situação de pandemia originou inúmeras situações em que a contratação se revestiu de urgência imperiosa (pela impossibilidade de adiar a satisfação das necessidades, relacionadas com a vida e a saúde das pessoas), sendo os factos justificativos da contratação de natureza imprevisível e não imputável às entidades adjudicantes<sup>(45)</sup>. A Comissão Europeia assumiu, aliás, sobre estes pontos, uma posição importante, e razoável, ao referir, na sua Comunicação de 1 de Abril de 2020, que “a atual crise da COVID-19 (...) constitui uma urgência extrema e imprevisível”<sup>(46)</sup>. Pode, assim, dizer-se que a recondução do contrato ao combate à pandemia e, conseqüentemente, à incidência do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, não pode, automaticamente, entender-se como

---

posições legais ou regulamentares declaravam diferentes tipos de “estados de emergência”, e habilitavam abstractamente, durante a sua vigência, a contratação sem concorrência. Essas habilitações gerais foram questionadas pela Comissão Europeia e levaram, mesmo, a condenações perante o Tribunal de Justiça.

<sup>(45)</sup> Apesar de algumas sugestões, que nos parecem completamente despropositadas e reveladoras de um certo *fundamentalismo da concorrência*, em sentido contrário, que pretenderiam, por exemplo, demonstrar que o facto de os Estados não terem, logo em Janeiro ou Fevereiro de 2020, iniciado procedimentos concursais para adquirir ventiladores, significaria que em Março, Abril ou Maio, não poderiam invocar a imprevisibilidade e a não imputação da situação da urgência à sua própria conduta. Tais argumentos parecem-nos manifestamente improcedentes e falhos de adesão à realidade; basta ver o contexto de incerteza científica que rodeou e rodeia a pandemia para se compreender que, em geral, não era exigível às autoridades outro comportamento.

<sup>(46)</sup> Comunicação de 1 de Abril de 2020, p. 2.

podendo dar origem à aplicação do art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), mas constitui como que um elemento de *fortíssima simplificação da fundamentação* do recurso ao ajuste directo com esse fundamento<sup>(47)</sup>. Não obstante, a fundamentação é especialmente importante e deve estar sempre presente, designadamente no que toca à impossibilidade de realizar procedimentos de natureza concorrencial, e à limitação do contrato ao indispensável para responder à situação-de-urgência, os dois pressupostos que, neste caso, configuram os elementos mais importantes de controlo da regularidade da utilização do ajuste directo.

**15.** A este último propósito, cabe dizer que não nos parecem de subscrever algumas afirmações tendentes a encarar de forma injustificadamente restritiva os dois pressupostos referidos: a impossibilidade de realizar procedimentos de natureza concorrencial, e a limitação do contrato ao estritamente necessário.

Desde logo, uma questão que se pode colocar neste contexto é a de saber se a utilização do ajuste directo por motivo de urgência imperiosa depende da demonstração de que apenas existe um fornecedor em condições de celebrar contrato com a entidade adjudicante. A Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020 é ambígua a este respeito, pois se se afirma, numa das suas passagens, que no procedimento de negociação sem anúncio não há um número mínimo de operadores económicos a convidar<sup>(48)</sup>, afirma-se, mais adiante, que “a adjudicação por ajuste direto a um operador económico pré-seleccionado continua a ser uma situação de exce-

---

<sup>(47)</sup> Em sentido semelhante, parece-nos, PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excecional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º IV. A propósito de norma equivalente do Decreto-Lei n.º 70/2018, MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 77, referia que o legislador ‘manda presumir que, à partida, se verifica um motivo de urgência imperiosa’, retirando-se da exposição subsequente que o Autor entendia que essa presunção é ilidível. Face ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 103-104, afirmam posição semelhante, mas acrescentando que a remissão feita para o art. 124.º, n.º 101, alínea *c*), do CCP, “só vale para a qualificação da pandemia como um acontecimento imprevisível e não imputável à entidade adjudicante”, cabendo à entidade adjudicante, apenas, fazer prova dos demais requisitos. Ora, não nos parece que se possa ir tão longe que se diga que o legislador qualifica a pandemia com efeitos vinculativos para as entidades adjudicantes, dispensando-as do preenchimento autónomo dos requisitos da norma. Para uma diferença de pormenor, mas uma coisa é dizer, como defendemos no texto, que existe uma facilitação de fundamentação face ao contexto, e outra é dizer que o legislador pode, com efeitos vinculativos para as entidades adjudicantes, determinar que ficam preenchidas normas que são, na sua origem, de direito europeu. E a contraprova é esta: no limite, se essa qualificação estivesse errada, as entidades adjudicantes, por força do primado do direito da UE, não a poderiam seguir.

<sup>(48)</sup> Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 2.

ção, aplicável *se apenas uma empresa for capaz de cumprir* os condicionamentos técnicos e de tempo impostos pela extrema urgência” (destaque acrescentado)<sup>(49)</sup>. Também o IMPIC parece ter invocado esta última passagem da Comunicação da Comissão para dizer que “sempre que possível” deve ser feita consulta prévia<sup>(50)</sup>.

Afirmar que a lei exige a demonstração de que apenas uma empresa se encontra em condições de ser co-contratante é, salvo o devido respeito, uma interpretação abusiva das fontes aplicáveis; a Comunicação da Comissão é, a este respeito, bastante infeliz por sugerir o contrário. Essa posição introduziria no funcionamento do ajuste directo por urgência imperiosa uma exigência de *exclusividade de fornecedor* que não faz parte desse instituto e que configura, na verdade, uma causa diferente de ajuste directo em razão de fundamentos materiais: a aptidão exclusiva (art. 24.º, n.º 1, alínea *e*), do CCP). Este salto lógico decorre de uma visão unilateral da protecção da concorrência. De facto, como em anterior ocasião salientámos em crítica a entendimentos idênticos sobre o ajuste directo por urgência imperiosa, na contratação com este fundamento não se desconhece que, em cada momento, pode existir mais do que uma empresa em condições de fornecer a entidade adjudicante, e aceita-se essa situação; o que justifica a possibilidade de convidar apenas um é a urgência, que torna inviável a dilação suplementar que, inevitavelmente, decorre do convite a mais do que um: é necessário criar um critério de adjudicação, avaliar as propostas, dar audiência prévia e outras formalidades que decorrem necessariamente da existência de uma pluralidade de competidores, e que representam uma dilação temporal<sup>(51)</sup>.

Questão diferente da anterior é a de saber se a hipótese de consulta prévia deve ser equacionada e contar para o juízo sobre a impossibilidade de recurso aos outros procedimentos, que é pressuposto de recurso ao ajuste directo por urgência imperiosa. Em abstracto e perante um enquadramento normativo diferente, no qual não havia uma norma jurídica específica sobre a questão (e apenas valiam, por isso, nesse espaço normativo, os princípios gerais), defendemos essa possibilidade, desde que a dilação

---

<sup>(49)</sup> Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 4. Notando a mesma ambivalência, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 111.

<sup>(50)</sup> Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, n.º 3. O Tribunal de Contas, no seu Relatório “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências”, p. 18, faz menção a esta posição do IMPIC, aparentemente acompanhando-a.

<sup>(51)</sup> Cf. o que escrevemos em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, pp. 240-241., em crítica a uma posição doutrinal em tudo semelhante àquela que a Comissão defendeu agora (na p. 4 da) sua Comunicação de 1 de Abril de 2020.

sempre implicada pelo convite a mais do que um co-contratante não fosse contrária à natureza da urgência<sup>(52)</sup>. Embora em anteriores regimes de contratação pública de emergência, o legislador tenha adoptado essa solução<sup>(53)</sup>, os dados normativos concretos deste específico regime vão em sentido diferente: o legislador afastou, para os procedimentos abrangidos por este diploma, a incidência do art. 27.º-A do CCP (cf. art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020), o que significa que se pronunciou expressamente em sentido contrário quanto à existência desse dever. Claro que se poderia sempre questionar essa opção, à luz dos princípios gerais, ou do direito europeu. Porém, no que toca ao direito europeu, o art. 32.º, n.º 2, alínea *c*), da Directiva 2014/24 e o art. 50.º, alínea *d*), da Directiva 2014/25, vão no sentido de que os procedimentos que devem ser considerados como “alternativas relevantes” ao procedimento de “negociação sem anúncio” (a que corresponde, no direito português, o ajuste directo) são os procedimentos de natureza *concurisal* (isto é, procedimentos com anúncio) regulados pelas directivas. De facto, as directivas não autonomizam o procedimento de consulta prévia, e não prevêm qualquer número mínimo de agentes económicos a convidar no procedimento de negociação sem anúncio<sup>(54)</sup>, nem os princípios europeus da contratação pública chegam ao detalhe de adicionar esta imposição face àquelas que já resultam das directivas. Fica-nos, assim, apenas o plano constitucional, já que os princípios da proporcionalidade e da concorrência, que são os que justificam a hipótese de um dever de consultar mais do que um agente económico, têm valor constitucional<sup>(55)</sup>. Parece-nos, porém, que cifrando-se a questão numa ponderação entre princípios concorrentes, a margem de liberdade de conformação deixada pela Constituição ao legislador ordinário é grande<sup>(56)</sup>, e no presente caso, a opção do legislador de afastar a incidência

---

(52) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 962, 973-974.

(53) Assim sucedeu, designadamente, no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 87/2017, de 27 de Julho e no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 135-A/2017, de 2 de Novembro; e, com maior relevância (pois, tal como sucede no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, a metodologia escolhida nesses dois diplomas foi a remissão para o ajuste directo por urgência imperiosa), no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto e no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro, nos quais se dispôs que a entidade adjudicante deveria, sempre que possível, convidar pelo menos três entidades a apresentar proposta. Referindo, a propósito do Decreto-Lei n.º 70/2018, que, neste caso, estaremos perante uma consulta prévia, MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 78.

(54) Como reconhece, neste ponto, bem, a Comissão Europeia, na sua Comunicação de 1 de Abril de 2020, p. 2.

(55) Sobre a relevância dos princípios constitucionais para a conformação do regime ordinário da contratação pública, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 553 ss.

(56) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 554 e, em especial, 578-586.

do art. 27.º-A do CCP expressa uma ponderação admissível entre os bens e valores em presença, já que essa opção tem de ser entendida no contexto da existência inequívoca de uma situação geral de urgência nos serviços públicos, em especial os mais ligados à resposta à pandemia e por isso abrangidos pelo regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Outro aspecto sempre gerador de controvérsia reside no alcance a conferir à limitação dos contratos a celebrar ao estritamente necessário para atender à situação-de-urgência. Não há dúvida que essa exigência introduz limitações à extensão das prestações que podem ser contratadas com base em urgência, em especial, na triplíce dimensão da *duração* do contrato, *quantidade* e *tipo* de utilidades adquiridas e limites à *modificabilidade* do contrato<sup>(57)</sup>. Já não nos parece que se possa arriscar entendimentos tão taxativos, como o de que os contratos aqui em causa estariam limitados a contratos de execução imediata, ou cuja duração máxima fosse correspondente aos prazos de entrega de propostas ou candidaturas em procedimentos mais concorrenciais<sup>(58)</sup>. Este entendimento é susceptível, desde logo, de um reparo importante: é irrealista, e não deve ser aceite, o pressuposto de que um procedimento concursal tem a duração do prazo de entrega de propostas, ou mesmo da soma dos vários prazos procedimentais. Não é possível, por exemplo, antecipar a duração total do tempo de análise e avaliação de propostas (assim como não pode ser afastada do juízo de prognose a possibilidade de litigância judicial ou extrajudicial). O que é correcto é partir da duração normal ou razoável desses procedimentos, designadamente, com base em experiência anterior<sup>(59)</sup>. Além disso, há outros factores que podem aconselhar ou mesmo impor que se celebre um contrato cujas quantidades possam, até, ir além das necessidades imediatas, se isso configurar uma forma (ou a única forma) de garantir bens ou serviços que, de outro modo, possam ser desviados para outros contratos<sup>(60)</sup>.

---

(57) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 976 ss.

(58) É o que parece resultar de p. 5 da Comunicação. O Tribunal de Contas adere a estas formulações na p. 18 do Relatório já várias vezes citado.

(59) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 970.

(60) Uma lógica contabilística simples, acompanhada de excessiva confiança nas virtualidades da concorrência, pode produzir efeitos desastrosos. Imaginando um exemplo em que se necessitasse, no imediato, de 50 ventiladores, e de outros 100 no médio prazo, a lógica contabilística simples levaria a adquirir os primeiros 50 por ajuste directo, e os outros 100 por um procedimento concursal que se lançaria. Porém, como a pandemia demonstrou, essa actuação exporia o adquirente ao risco real de, no concurso subsequente, não existirem propostas, por entretanto os 100 ventiladores disponíveis terem tido outros destinos. A aquisição imediata de 150 ventiladores, que garante, desde logo, o compromisso do fornecedor com essa quantidade total no contexto de um mercado muito incerto, pode, por

Deste modo, não se pode excluir que de um procedimento de ajuste directo por urgência imperiosa saia um contrato de execução prolongada, embora tal situação deva ser justificada e escrutinada com todo o cuidado. A este respeito, deve referir-se que alguns desenvolvimentos legislativos geram preocupação, por parecerem estar a afastar-se irremediavelmente dos pressupostos do ajuste directo por urgência imperiosa, para onde o art. 2.º remete, e que, repete-se, são conformados, acima dos limiares, pelo próprio direito europeu.

Um primeiro caso que suscita preocupação prende-se com o Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de Março, que veio prever medidas de resposta à pandemia da doença COVID-19 no âmbito cultural e artístico, “em especial quanto aos espectáculos não realizados”, e cujo art. 11.º, n.º 1, veio dispor no sentido de que as entidades adjudicantes promotoras de espetáculos abrangidos pelo diploma “podem aplicar aos contratos celebrados e a celebrar as normas previstas nos arts. 2.º a 4.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, na sua redação atual”. Sucede, porém, que, sem qualquer menosprezo para a realização dos espectáculos culturais e artísticos e outros eventos semelhantes, não é de todo evidente que a contratação nesses domínios se revista, por exemplo, das características de uma urgência *imperiosa*, que não consinta qualquer retardamento, como é exigido pelo art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, que agora analisamos. Assim, é muito importante que aquela remissão para o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não seja entendida como uma subsunção automática, e auto-suficiente, que permitisse, por exemplo, a mobilização do ajuste directo de urgência imperiosa, cujos pressupostos, repete-se, estão intocados.

Contudo, se no caso do Decreto-Lei n.º 10-I/2020, ainda é possível, sem grande esforço, defender uma interpretação que garanta a correcta aplicação de normas como o art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, o mesmo já não parece poder dizer-se de uma das últimas alterações ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020: falamos, em concreto, do aditamento do art. 2.º-B ao diploma. Esse preceito, como já se disse, refere-se exclusivamente a um regime especial de aquisição de espaço para publicidade institucional, e o seu objecto, aparentemente, seria a regulação de aspectos institucionais da aquisição conjunta (mediante agrupamento de entidades adjudicantes) dessas utilidades. Porém, do corpo do n.º 1, da alínea *c*) do mesmo número, e do n.º 5 do

---

isso, ser racional e perfeitamente justificado, à luz do imperativo de proporcionalidade (que não se limita a proibir apenas a contratação de excesso: também serve para justificar a contratação do suficiente). Como se vê, este tipo de opção enfatiza a importância da *fundamentação detalhada* das escolhas da entidade adjudicante.

preceito, resulta que um dos seus objectivos é permitir a aquisição, independentemente do valor, com fundamento em urgência imperiosa, dessa publicidade institucional, pelo prazo de 18 meses (conforme se especifica no n.º 5). Nunca adoptaremos a postura leviana de lançar suspeitas de validade sobre contratos que não conhecemos; ou seja, não excluimos que possa haver (ou possa ter havido, na fase mais aguda da pandemia), aquisição de publicidade institucional susceptível de justificação à luz do critério de urgência imperiosa. Porém, mesmo mantendo essa reserva de apreciação casuística, não se vislumbra como justificar, à luz dos pressupostos de impossibilidade de realização de outros procedimentos, e de limitação à medida do estritamente necessário, referidos no art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, e no direito europeu, que se aprove um regime segundo o qual se permite, já neste momento, que possa ser adquirida tal publicidade pelo prazo de 18 meses; da mesma forma, é pelo menos fortemente duvidoso que algumas das temáticas sobre as quais o legislador entendeu habilitar, directamente, a contratação por ajuste directo (cf. as alíneas do n.º 5), sejam de molde a permitir a qualificação do contrato como de *urgência imperiosa e imprevisível*, mormente considerando jurisprudência recente<sup>(61)</sup>.

É certo, dir-se-á, que o legislador reforça sempre, à medida que vai prevendo o regime do art. 2.º-B, que se trata de situações de urgência imperiosa, e na medida do estritamente necessário; mas isso só suscita a interrogação de saber até que ponto é possível enunciar de forma credível um requisito legal, quando, ao mesmo tempo, se dá todas as indicações de permitir o que esse requisito pretende, a todo o custo, evitar. Pensamos não ser injustos ao dizer que alguém que leia o art. 2.º-B dificilmente compreenderá que se diga que, afinal, um contrato de aquisição de serviços de publicidade institucional para a “promoção da literacia mediática e divulgação de atividades culturais durante e após a pandemia”, celebrado em Janeiro de 2021, não pode beneficiar do regime do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP. Mas na verdade, poderá não beneficiar, e arriscaríamos dizer que *em princípio, não beneficiará*; a excepção será se, nessa altura, ocorrerem factos imprevisíveis, que justifiquem um aumento das necessidades, e permitam preencher, *nessa altura*, os pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP. Esse preenchimento, note-se, será *crescentemente difícil*, pois a partir de Março de 2020, torna-se cada vez mais previsível que, nos próximos tempos, certas necessidades venham

---

(61) Veja-se o caso do acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/2018 (disponível em <tcontas.pt>), que recusou conceder o visto a adjudicação por urgência imperiosa de contrato para remoção de *grafitis* na cidade de Lisboa, encontrando-se entre os fundamentos da recusa a ausência de urgência imperiosa e de imprevisibilidade da necessidade.

a existir, e cada vez menos plausível alegar desconhecimento delas. Tornam-se, assim, cada vez mais evidentes os problemas criados por normas como a do art. 2.º-B, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Este é, enfim, o problema mais amplo: com a “desmultiplicação” de regimes e previsões de ajuste directo “por urgência imperiosa e na medida do estritamente necessário”, e a técnica de fazer, por via legislativa, “subsunções automáticas” de contratos nessa figura, corre-se o sério risco de descaracterizar completamente a figura a que se refere o art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP. Isso poderia ter apenas o problema da incoerência ou inconsistência internas, e seria, assim, uma questão de legística. Não é, porém, assim: cada episódio de descaracterização daquele instituto significa a criação de um risco real de os agentes económicos contestarem a validade dos procedimentos e contratos assim celebrados, assim como suscita a possibilidade de as instituições europeias suscitarem questões de não cumprimento do direito europeu. Parece-nos, assim, que o regime em questão (que suscita, aliás, numerosas outras interrogações, como se tem visto pela sua recepção controversa) deveria ser revogado.

### **b) Alargamento do âmbito do ajuste directo simplificado**

Juntamente com o apelo ao art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, a lei procedeu a um alargamento do campo do ajuste directo simplificado. Este alargamento foi progressivo, sendo actualmente muito mais significativo do que na versão inicial do diploma.

Assim, e em primeiro lugar, alargou-se a possibilidade de utilização do ajuste directo simplificado para contratos de locação e aquisição de bens e aquisição de serviços (mas não obras) de preço contratual não superior a 20.000€ (valores sem IVA, recorde-se: art. 473.º do CCP). É o que resulta do art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, segundo o qual, para esses contratos, se remete para o art. 128.º, n.ºs 1 e 3, do CCP. Esta subida de valor é relevante, pois o valor limite “normal” de ajuste directo simplificado para bens e serviços é de 5.000€ (art. 128.º, n.º 1, do CCP). O legislador não interveio nos outros limites de utilização do ajuste directo simplificado, pelo que parece que os contratos continuam limitados à duração máxima de um ano, não podem ser renovados e não pode haver revisão de preços durante a sua execução (art. 129.º do CCP)<sup>(62)</sup>, afirma-

---

(62) Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excepcional de con-

ção que não exclui, em nossa opinião, a possibilidade de modificações objectivas por força de factos que, nos termos gerais, o permitam ou imponham (cf. arts. 312.º e 314.º do CCP, nomeadamente)<sup>(63)</sup>. Um outro aspecto que, naturalmente, não é afectado pela situação de pandemia, e que é bastante relevante em contratos de ajuste directo simplificado, é a plena aplicação das regras que proíbem ou limitam o fraccionamento indevido (cf. arts. 18.º, n.º 7, e art. 22.º do CCP).

Como resulta do seu enunciado e do contexto em que se insere, o sentido da medida do art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não é o de uma subida *genérica* do limiar do ajuste directo simplificado para *todos* os contratos das entidades adjudicantes, ou seja, não se trata de uma simples substituição temporária do limite do art. 128.º pelo que resulta do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Para beneficiar do regime do art. 2.º, n.º 2, um contrato terá de se reconduzir ao âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020; nenhum “contrato não-Covid” beneficia do regime de ajuste directo simplificado aí previsto, continuando nesses casos a valer plenamente o art. 128.º do CCP. É certo que pode dizer-se que isto introduz um desvio à ideia segundo a qual o ajuste directo simplificado é um procedimento em razão do valor (o que genericamente decorre do n.º 2 do art. 128.º do CCP): com efeito, este ajuste directo simplificado previsto no art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, é um procedimento em razão de critérios materiais, ainda que com limite de valor ao contrato a celebrar, o que não é de todo isento de precedentes no CCP<sup>(64)</sup>.

**17.** Novo alargamento, desta vez bastante mais significativo, do regime do ajuste directo simplificado, deu-se com o aditamento, ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, do art. 2.º-A, pelo Decreto-Lei n.º 18/2020 (com os efeitos retroactivos que teremos ocasião de analisar *infra*). Prevê-se aí um “regime excepcional de ajuste directo simplificado”, baseado em urgência imperiosa e limitado ao estritamente necessário. Como se verifica, o que está em causa, manifestamente, é dispensar, em certos casos, os ajustes directos de urgência imperiosa do cumprimento *das formalidades*

---

tratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º V; JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 106.

<sup>(63)</sup> Ou seja: a proibição de revisão de preços aqui em causa é uma proibição da chamada revisão *ordinária* de preços (a que se refere, no CCP, o art. 382.º, em sede de empreitada).

<sup>(64)</sup> De facto, várias normas em sede de fundamentos materiais (supostamente, “independentes do valor”) de recurso ao ajuste directo ou consulta prévia estabelecem limites de valor aos contratos a celebrar — cf. arts. 24.º, n.ºs 2 e 3, 25.º, n.º 1, alínea b), 26.º, n.º 1, alínea b), e 27.º, n.º 1, alínea e), e n.º 3, do CCP.

*do procedimento de ajuste directo*, incluindo das formalidades previstas no próprio art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Por outras palavras: em matéria de pressupostos de utilização do ajuste directo por urgência, os mesmos mantêm-se, até pelas razões, já apontadas, de conformidade ao direito europeu. Ou seja, o ajuste directo do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 só será válido se preencher os pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c)<sup>(65)</sup>, ainda que, pela natureza desta forma de contratação, essa aferição possa ter de ser reduzida a escrito apenas em momento posterior. O que o art. 2.º-A principalmente pretende é, assim, um procedimento de contratação que possa, no limite, não ter qualquer formalidade prévia à contratação (pois é isso que sucede no ajuste directo simplificado: cf. n.ºs 1 e 3 do art. 128.º do CCP), muito embora possa ser celebrado contrato de qualquer valor, pois estamos perante um ajuste directo com base em fundamento material (urgência imperiosa). Neste caso, o desvio face à matriz habitual do procedimento de ajuste directo simplificado é ainda mais intenso, porque deixa de existir qualquer limiar fixo de valor — o único limite ao valor do contrato a celebrar será ditado pela aplicação da limitação de proporcionalidade (o “estritamente necessário”).

**18.** Ao contrário do que sucede, em geral, com o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, parece existir aqui uma limitação de aplicação deste regime, a bens e serviços<sup>(66)</sup> de “primeira linha” de combate à pandemia; por outras palavras, o âmbito de aplicação do regime do art. 2.º-A parece ser mais restrito do que o âmbito geral de aplicação do diploma. O n.º 1 do art. 2.º-A afirma aplicar-se à “aquisição de equipamentos, bens e serviços necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, ou com estas relacionados”, seguindo-se um elenco de bens e serviços que estão directamente relacionados com o combate, no terreno, à infecção. A única razão para se referir, no art. 2.º-A, o objecto dos contratos a ele subsumíveis parece ser a diferença de âmbitos. Por outro lado, os n.ºs 2, 5 e 6 do pre-

---

<sup>(65)</sup> Esta conclusão é, novamente, dificultada pela técnica legislativa utilizada. Como se vê, o art. 2.º-A, n.º 1, refere dois dos pressupostos do ajuste directo por urgência imperiosa: urgência imperiosa e limitação ao estritamente necessário. Outro desses pressupostos aparece, autonomizado, no n.º 3; já a imprevisibilidade e a impossibilidade de utilização dos outros procedimentos não surge em parte alguma. Esta técnica dificulta a apreensão, pelo intérprete, de que a figura que está a ser aplicada é uma figura unitária e a sua sede legal é o art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP.

<sup>(66)</sup> Excluem-se as obras, aparentemente, como já dissemos acima. Não nos parece a opção mais reflectida, já que certamente houve e pode haver necessidade urgentíssima de obras (por exemplo, de adaptação de edifícios).

ceito consolidam a ideia de que se trata de contratos imediatamente instrumentais à prestação de cuidados de saúde, em particular o facto de todos os contratos serem comunicados aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde (n.º 5).

Como aspecto importante do regime, agora do ponto de vista institucional, deve notar-se que existe uma limitação quanto a quem pode “promover o procedimento”, quando os bens se destinem a entidades da tutela do Ministério da Saúde (podem fazê-lo a DGS, a ACSS, o INSA e a SPMS) — art. 2.º-A, n.º 2. Isto constitui uma importante garantia de racionalidade global das decisões de compra. De facto, em contexto de emergência, uma das tendências é a dispersão e inerente descoordenação de iniciativas de contratação por parte de entidades adjudicantes isoladas, que, por isso, não têm noção das disponibilidades e necessidades globais de um sistema como o Serviço Nacional de Saúde. A adopção de medidas que assegurem um determinado grau de centralização e coordenação afigura-se, assim, uma medida que pode assegurar essa coerência global, a boa afectação dos recursos e um contraponto eficaz a potenciais desvios ao interesse público que decorram da excessiva proximidade entre o nível de execução do contrato e o nível de tomada de decisão, proximidade essa que constitui uma das potenciais fragilidades quando o direito permite, com muita amplitude, o recurso a procedimentos por convite, como o ajuste directo<sup>(67)</sup>.

**19.** Além dos aspectos anteriores, de natureza mais técnico-jurídica, deve anotar-se que o surgimento de um regime de ajuste directo simplificado, isto é, completamente desformalizado, com esta abrangência, é um facto inédito, sem dúvida, pelo menos nas décadas mais recentes, e suscita vários comentários, que podem, inclusive, alimentar reflexões futuras: é, talvez, mais um dos temas que a pandemia que vivemos veio criar, ou, pelo menos, ilustrar de uma forma muito diferente do que até aqui conhecíamos.

Como se vê, na versão inicial do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, as opções do legislador expressavam uma intenção de manter, apesar de tudo, uma carga de formalidades relevante na contratação de emergência. Com efeito, sem prejuízo da dispensa de algumas formalidades e da subida do valor do ajuste directo simplificado para 20.000€, procurava-se, ainda, um

---

<sup>(67)</sup> Também o Tribunal de Contas alude, neste contexto, à centralização de compras como uma das medidas que podem ser positivas — Relatório “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências”, p. 17.

equilíbrio entre a actuação urgente e a salvaguarda das preocupações associadas, em geral, à previsão de um modelo de procedimentos pré-contra-tuais (designadamente, a rastreabilidade da informação, dada pela formalização do convite, proposta, adjudicação e contrato escrito, nos casos em que não seja dispensado). Por isso, embora com várias especificidades (cf., ainda, *infra*), a metodologia adoptada era a da aplicação do regime da parte II do CCP.

A evolução subsequente veio, porém, a ganhar uma dinâmica que claramente ultrapassou essa opção inicial. Essa dinâmica foi de tal ordem que não ficou, sequer, suficientemente acomodada em aplicações esporádicas de uma figura residual como o estado de necessidade. Essa é uma figura disponível para casos em que seja exigível uma actuação ainda mais célere do que os modelos procedimentais (mesmo os de urgência) prevêm, desde que verificados os respectivos pressupostos e cumpridos os respectivos limites (cf. art. 3.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo), afastando assim as regras que estivessem a obstaculizar a actuação urgente<sup>(68)</sup>. No entanto, aquilo a que se assistiu no presente caso foi uma necessidade *generalizada* de contratar fora do modelo procedimental, o que explica, assim, a intervenção legislativa operada pelo aditamento do art. 2.º-A.

O carácter inédito desta opção não deve, a nosso ver, permitir duvidar da conformidade substantiva desta opção, plasmada no art. 2.º-A aditado, quer face ao direito português, quer face ao direito europeu.

Com efeito, do plano constitucional, sem prejuízo de uma indicação no sentido da procedimentalização da actividade administrativa (art. 267.º,

---

<sup>(68)</sup> Sobre o estado de necessidade, em geral, DIOGO FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, “O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (II), 1999, pp. 447-518; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Revisitando o estado de necessidade”, in AUGUSTO DE ATHAYDE/JOÃO CAUPERS/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 719-746; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 127-134. Em especial sobre a articulação (por vezes, desafiante) da figura com o direito português e europeu dos contratos públicos, e defendendo a sua aplicação, com base nos princípios constitucionais, mesmo em situações em que os pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), pudessem não estar verificados, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 980-986; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, pp. 253-260. No mesmo sentido essencial, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “CCP e Constituição: problemas na aplicabilidade de procedimentos de contratação pública à luz da Constituição Portuguesa”, in PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ/LUÍS ALVES (coords.), *A Constituição e a Administração Pública — Problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do Direito Administrativo português*, Lisboa: AAFDL, 2018. Por fim, já no contexto da pandemia de Covid-19, referindo-se também à possibilidade de recurso ao estado de necessidade, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 82.

n.º 5, da Constituição), que não deixa de ter relevância para a contratação pública<sup>(69)</sup>, não decorre qualquer regime procedimental específico, nem para os “procedimentos-regra”, nem para os procedimentos em casos de exceção.

Já no que diz respeito ao direito europeu, poderia duvidar-se, em particular atento o nível de detalhe que as directivas europeias em matéria de contratação pública alcançaram. No entanto, a verdade é que o direito europeu apresenta uma exigência e detalhe relevantes em aspectos que considera centrais — como a identificação dos pressupostos da contratação com dispensa de concorrência, como vimos — mas deixa aos Estados Membros uma significativa margem de conformação em outros aspectos, como o regime procedimental e de formalidades pré-contratuais, quando a contratação sem concorrência esteja devidamente habilitada. As directivas europeias prevêm poucas ou nenhuma exigências, em termos de tramitação procedimental, aplicáveis ao procedimento de negociação sem anúncio (a que corresponde, essencialmente, no direito nacional, o ajuste directo). Deste modo, a possibilidade de, mesmo acima dos limiares de aplicação das directivas, se prever, para contratos de urgência imperiosa, procedimentos fortemente aligeirados em termos de formalidades, deve ser entendida como pacífica. Em plena pandemia, surgiu a confirmação deste entendimento, da fonte mais insuspeita possível: a própria Comissão Europeia, cuja Comunicação de 1 de Abril veio dizer, de forma clara e afoita, que as regras europeias sobre “contratos públicos em casos de extrema urgência (...) permitem aos adquirentes públicos fazer compras em dias, ou mesmo horas, se necessário. Precisamente para uma situação como a atual crise da COVID-19, que constitui uma urgência extrema e imprevisível, as diretivas da UE não contêm restrições processuais. Concretamente, o procedimento por negociação sem publicação permite aos adquirentes públicos adquirir fornecimentos e serviços no prazo mais curto possível. No âmbito deste procedimento, previsto no art. 32.º da Diretiva 2014/24/UE (...), os adquirentes públicos podem negociar diretamente com o(s) potencial(ais) contratante(s), sem a existência de requisitos de publicação, prazos, número mínimo de candidatos a consultar ou outros requisitos processuais. Não são estabelecidas medidas processuais a nível da UE. Na prática, isso significa que as autoridades podem agir tão depressa quanto tecnicamente/fisicamente possível, podendo o procedimento constituir um ajuste direto de facto sujeito apenas a condicionalis-

---

(69) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 556.

mos físicos/técnicos relacionados com a disponibilidade real e a rapidez de entrega”<sup>(70)</sup>. Ainda que a própria Comissão se apresse a sublinhar (e bem) que a sua Comunicação não tem natureza vinculativa e que apenas o Tribunal de Justiça pode interpretar, em última instância, de forma vinculativa, o direito da União<sup>(71)</sup>, não deixa de ser uma tomada de posição que oferece conforto para a opção nacional de “desformalizar” quase totalmente o ajuste directo por urgência imperiosa que preencha os pressupostos do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Estas indicações de direito constitucional português e de direito europeu deixam perceber que, havendo justificação suficiente, a contratação de emergência pode assumir um nível de flexibilidade que, porventura, é totalmente surpreendente para quem pudesse assumir que o direito dos contratos públicos é sempre todo igual, e tem sempre o mesmo grau de formalismo. De facto, mesmo em formas de contratação dirigidas à urgência, apercebemo-nos de que é possível, e por vezes, necessário, realizar distinções quanto ao nível de formalismo que pode ser implementado<sup>(72)</sup>.

### **c) A escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo**

Decorre da análise anterior que no presente contexto, a utilização do procedimento de ajuste directo é mais frequente, e potencialmente para contratos de maior valor, do que em situação de normalidade. Esta circunstância confere particular acuidade e visibilidade à questão das razões que presidem à escolha das entidades a convidar para estes procedimentos. Como se disse acima, não há necessidade de convidar mais de uma entidade para o procedimento de ajuste directo, mesmo que exista mais do que uma entidade em condições de fornecer nas condições de urgência pretendidas; insistimos que não constitui pressuposto do ajuste directo de urgência imperiosa (nem, naturalmente, do ajuste directo simplificado) a demonstração de que a entidade escolhida é a única em condições de fornecer, e portanto, é pressuposto implícito do ajuste directo de urgência imperiosa (e do ajuste directo simplificado) que podem existir outras

---

<sup>(70)</sup> Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 2.

<sup>(71)</sup> Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 1, nota 1.

<sup>(72)</sup> Esta é, também, uma das conclusões essenciais que resulta de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO/FLÁVIO AMARAL GARCIA, “Desastres naturais e as contratações emergenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, (7), 2013, pp. 21-52, em especial p. 34 ss.

empresas em condições de ser co-contratantes. Isso, porém, só confere maior premência à questão de saber como é que são seleccionadas essas entidades, pois nessa escolha, só serão admissíveis critérios e razões de interesse público<sup>(73)</sup>.

Deve começar por dizer-se que a escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo não é conformada, pela lei, de acordo com qualquer critério específico, falando-se apenas na “escolha” da entidade adjudicante (art. 112.º, n.º 2, do CCP). Há um quadro de larga autonomia nesta escolha.

No ajuste directo escolhido em razão do valor, essa autonomia na escolha é, em regra, compensada pelas limitações constantes dos n.ºs 2 (limites à contratação reiterada) e 5 (impedimento em caso de prestações feitas a título gratuito à entidade adjudicante) do art. 113.º do CCP. Essas limitações, porém, não se verificam no âmbito do regime excepcional, já que são expressamente afastadas (art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020). O efeito deste afastamento expresso, pelo legislador, da aplicação destas normas, neste contexto, não é tão significativo como aparenta. Repare-se que, como o seu texto deixa perceber inequivocamente, o n.º 2 do art. 113.º do CCP só se aplica a procedimentos escolhidos em razão do valor (ou com limite de valor), e não aos procedimentos em razão de critérios materiais (sem limite de valor), como é o caso da urgência imperiosa. Deste modo, o único efeito inovatório do regime excepcional, face ao CCP, consistiria na não aplicação do n.º 2 do art. 113.º do CCP aos ajustes directos simplificados escolhidos nos termos do n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (ajuste directo simplificado para contratos até 20.000€), caso se considerasse que esse é um procedimento escolhido em razão de um critério de valor, o que, como resulta do que se disse acima, não é líquido.

A ampla margem de escolha a que nos referimos e o facto de não serem aplicáveis as normas dos n.ºs 2 e 5 do art. 113.º do CCP à escolha dos agentes económicos a convidar para os procedimentos regulados pelo regime excepcional devem levar a sublinhar aquelas que são as vincula-

---

(73) Em texto publicado em 2010, escrevemos, de uma forma que, retrospectivamente, surge como demasiado generalizante, que os riscos de parcialidade não ocorrem em ajustes directos em razão de fundamento material (“Escolha das entidades a convidar”, *cit.* p. 894). Essa afirmação parece-nos verdadeira para muitos dos fundamentos materiais de procedimentos por convite (falta de propostas em procedimento anterior, exclusividade, especificidade da prestação, etc.), mas na verdade, no caso da urgência imperiosa, não é bem assim: há, de facto, riscos de parcialidade, como aliás teríamos oportunidade de frisar, um pouco mais tarde, em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, p. 219, nota 225.

ções jurídicas a respeitar nessa escolha. Assim, e em primeiro lugar, há que sublinhar que se os impedimentos dos n.ºs 2 e 5 do art. 113.º do CCP não são aqui aplicáveis, são, sem dúvida, aplicáveis os impedimentos previstos no art. 55.º do CCP, cuja vinculatividade não é afectada pela dispensa da apresentação de documentos de habilitação (cf. *infra*), que é apenas uma dispensa da *formalidade de prova* da inexistência de (alguns) impedimentos, e não uma dispensa dos impedimentos<sup>(74)</sup>. Além desses, também continuam plenamente aplicáveis os impedimentos resultantes de diplomas avulso, com particular relevância para os previstos no art. 9.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de Julho (Regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos). Do mesmo modo, permanecem aplicáveis as normas de garantia da imparcialidade, como as normas sobre impedimentos (agora “do lado da entidade adjudicante”), com destaque para os arts. 69.º e seguintes do CPA, e os arts. 8.º e (em parte) 9.º da já referida Lei n.º 52/2019. Todas estas disposições não foram afastadas<sup>(75)</sup>, e bem, pois elas garantem valores essenciais do sistema, e em particular, o princípio da imparcialidade.

É certo que pode, em teoria, colocar-se a necessidade de, em situações absolutamente limite, mesmo algumas dessas normas terem de ceder, como sucede com as normas sobre impedimentos do art. 55.º do CCP, se ocorrer que um agente económico impedido seja o único que pode fornecer uma entidade adjudicante em situação de urgência imperiosa. Nesse caso, para além do apoio que se poderia encontrar na figura geral do estado de necessidade (art. 3.º, n.º 2, do CPA), a norma do art. 57.º, n.º 3, da Directiva 2014/24 ofereceria apoio insuspeito, apesar da sua não transposição para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 (uma opção que, porventura, a presente situação de pandemia sugere repensar). Porém, salvas essas situações limite, é necessário reafirmar a importância do rigor na aplicação das normas sobre impedimentos, e outros aspectos que devem ser essenciais, como o cumprimento de especificações e requisitos de segurança. A presente pandemia foi, mais uma vez, uma impressionante ilustração de como agentes económicos menos idóneos procuraram defraudar as entidades públicas e privadas na aquisição de bens de primeira necessidade no

---

(74) PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excepcional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º I, ressaltando os impedimentos, ainda antes do aditamento do n.º 9 ao art. 2.º; JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 109, já perante essa norma.

(75) PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excepcional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º I.

combate ao surto; tais factos apenas comprovam a essencialidade de um crivo rigoroso, designadamente à luz dos impedimentos.

Apesar do seu largo alcance, as normas sobre impedimentos (quer “do lado dos concorrentes”, quer “do lado das entidades adjudicantes”) não esgotam ainda o tema das razões para a escolha das entidades a convidar. A situação que se vive, de grande utilização do ajuste directo, para contratos, por vezes, de valores muito elevados, traz visibilidade à omissão, no CCP, de uma norma que obrigue expressamente a entidade adjudicante a realizar um discurso de fundamentação específico e dedicado no que diz respeito à identidade dos agentes económicos que convida para os procedimentos de ajuste directo e consulta prévia. O dever de fundamentar a decisão de escolha do procedimento (art. 38.º do CCP) e, a partir da revisão de 2017 do CCP, o dever de fundamentar a decisão de contratar, que foi tornado explícito (art. 36.º, n.º 1, do CCP), já permitem, *de jure condito*, considerar exigível que, no ajuste directo e na consulta prévia, se fundamente também a identidade de quem é convidado, atenta a relevância desse elemento nesses específicos procedimentos — mas seria de toda a conveniência que, em futura alteração ao Código (já anunciada, de certo modo, como se disse na Introdução), se incorpore esta exigência, que pode contribuir grandemente para a transparência e para a imparcialidade nestes procedimentos.

Consideramos, assim, que, mesmo em face de um quadro que poderia ser mais explícito, as entidades adjudicantes devem dar razões, nos procedimentos de ajuste directo<sup>(76)</sup>, para a escolha das entidades que convidam para esses procedimentos. Essas razões têm, necessariamente, de passar por motivos aceitáveis, à luz do princípio da prossecução do interesse público; e a imposição de um dever desse tipo deverá servir como um importante incentivo a que não se escolham empresas apenas com base em indicadores de proximidade ou conhecimento pessoal, mas com base em razões objectivamente apreensíveis e controláveis<sup>(77)</sup>. Nem se alegue que o cumprimento desse dever básico de transparência poderia impedir a contratação com a celeridade necessária: no ajuste directo por urgência impe-

---

(76) E, naturalmente, também nos de consulta prévia, que continuam a ser possíveis, como se disse, no quadro do regime geral do CCP.

(77) Que até poderão passar, pensamos, pela referência a experiências de contratos anteriores, já que o bom desempenho em contratos anteriores não é, parece-nos, uma razão alheia ao interesse público. Referindo-se igualmente à necessidade de razões para a selecção do co-contratante nestes casos, as quais deverão ser ligadas às características da necessidade, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO/FLÁVIO AMARAL GARCIA, “Desastres naturais e as contratações emergenciais”, p. 43, referindo, com pertinência, que a escolha poderá significar conferir relevância a factos (como a proximidade ao local) que, em circunstâncias de normalidade, não poderiam ser atendidos.

riosa que siga a tramitação “normal”, da parte II do CCP, essa fundamentação é simplesmente mais um elemento das decisões tomadas no momento inicial do procedimento; já no ajuste directo simplificado, é certo que os deveres de formalização dos actos pré-contratuais estão muito mitigados, mas parece que tem de fazer-se uma exigência mínima de formalização, mesmo que ela tenha de ocorrer após o contrato. Na verdade, o presente regime excepcional, mesmo nos casos de ajuste directo simplificado por urgência imperiosa e sem limite de valor (os casos do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020), oferece um momento óbvio em que tal fundamentação poderá (e por isso, deverá) ser feita, que é o da comunicação aos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pela saúde, comunicação essa que, nos termos da lei, já inclui, precisamente, a “fundamentação para a adoção deste procedimento” (art. 2.º-A, n.º 5; cf. igualmente as menções que, nos termos do n.º 6 do mesmo preceito, devem ser incluídas no relatório a publicitar pela SPMS).

#### **d) Modulações a outros aspectos do(s) procedimento(s) de formação do art. 2.º**

**20.** O regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 contempla ainda um conjunto de outros aspectos que configuram modulações do regime dos procedimentos de contratação pública conduzidos ao seu abrigo, que cumpre enunciar, ainda que mais topicamente.

Os aspectos que iremos referir parecem ser aplicáveis, apenas, aos procedimentos regulados pelo art. 2.º (e, por essa via, também 2.º-B) do diploma. Com efeito, o regime do ajuste directo simplificado por urgência imperiosa, a que refere o art. 2.º-A, parece ser auto-suficiente, isto é, previram-se aí todas as regras que se pretendeu prever para a formação desses contratos. Isto parece ser confirmado pelo facto de o n.º 4 do art. 2.º-A dispor no sentido de serem aplicáveis aos contratos aí previstos nos n.ºs 3 e 6 do art. 2.º: uma tal disposição não seria necessária, se o art. 2.º, como um todo, fosse aqui aplicável.

**21.** Assim, prevê-se no art. 2.º a comunicação das adjudicações feitas ao abrigo do regime excepcional aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela respectiva área sectorial<sup>(78)</sup>, bem como a

---

<sup>(78)</sup> Alguns aspectos do regime têm aplicação, apenas, no que diz respeito às entidades da administração estadual; é este o caso. Para os outros sectores da administração pública (mormente,

publicitação no portal dos contratos públicos (Base) — art. 2.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Trata-se de um contrapeso essencial para a ausência de publicidade na formação dos contratos, permitindo o escrutínio por parte da comunidade em geral, e também por parte dos potenciais concorrentes dos adjudicatários.

Não obstante essa publicitação, os contratos celebrados ao abrigo do regime excepcional na sequência de ajuste directo, independentemente da sua redução ou não a escrito, podem produzir todos os seus efeitos logo após a adjudicação, sem prejuízo da respetiva publicitação no portal dos contratos públicos (art. 2.º, n.º 5). Esta opção significa o afastamento da norma do art. 127.º, n.º 3, do CCP, o que representa uma importantíssima diferença entre o regime do ajuste directo para “contratos-Covid19”, face ao regime geral do ajuste directo naquele Código. Os contratos podem, assim, produzir os seus efeitos independentemente da publicação no portal Base, a qual, deve, porém, acontecer<sup>(79)</sup>.

Outra diferença importante reside na mais ampla possibilidade de adiantamentos por conta do preço contratual, por contraponto ao regime geral do art. 292.º do CCP. Como se sabe, no regime geral, os adiantamentos de preço estão limitados a 30% do preço contratual, dependem de prestação de caução e exigem previsão contratual (n.ºs 1 e 4 do art. 292.º do CCP), embora os dois primeiros requisitos possam ser afastados em casos excepcionais, com a devida fundamentação (n.º 3 do art. 292.º). No Decreto-Lei n.º 10-A/2020, a entidade adjudicante pode efetuar adiantamentos do preço “com dispensa dos pressupostos previstos no art. 292.º”, embora isso seja feito depender de um pressuposto que parece estar associado a declarações e comportamentos do potencial fornecedor: “sempre que estiver em causa a garantia da disponibilização, por parte do operador económico, dos bens e serviços a que se refere o presente artigo” (art. 2.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020). A hipótese mais verosímil será a de, em sede de negociações preliminares, o fornecedor fazer depender a própria celebração do contrato da realização de adiantamentos de preço sem sujeição a caução e a limites de preço<sup>(80)</sup>. O facto de o legislador de emer-

---

para a administração autárquica), não tem sentido aplicar esta norma. Estamos, assim, perante uma das “adaptações” a que alude o art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 — neste sentido, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 98.

<sup>(79)</sup> Conforme reforça o IMPIC na Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, n.º 10.

<sup>(80)</sup> A hipótese de o fornecedor que já está vinculado contratualmente a fornecer sem adiantamento, vir a invocar, durante a execução contratual, que só fornece mediante adiantamento, será, à partida, potencial incumprimento do contrato, pelo que não deveria permitir o adiantamento; porém, não se pode excluir que isso aconteça, de forma legítima, se existir impossibilidade ou alteração de cir-

gência vislumbrar e permitir essa possibilidade traz consigo evidentes riscos, que manifestamente foram considerados justificados face aos interesses em presença.

O art. 2.º, n.º 6, também se refere à produção imediata de efeitos dos actos e contratos, nos casos aí referidos, o que se acrescenta ao já disposto no art. 2.º, n.º 5, já referido: os contratos aí referidos podem, assim, produzir todos os seus efeitos *logo após a adjudicação*, o que significa que podem ser cumpridos, e podem ser pagos. Isto não significa, a nosso ver, que o legislador esteja a dispensar a redução do contrato a escrito. Na verdade, parece-nos que a única excepção à redução a escrito de contratos contida no Decreto-Lei n.º 10-A/2020 veio a ser a que resultou do aditamento dos contratos a que se refere o art. 2.º-A. De resto, para os contratos sujeitos ao art. 2.º, continuam a aplicar-se (apenas) as causas de inexigibilidade ou dispensa dos contratos a escrito previstas no CCP, em concreto, no seu art. 95.º. O que resulta do regime excepcional é apenas que os contratos podem produzir os seus efeitos logo com a adjudicação, e consequentemente, *antes da outorga* do contrato. A disposição não viola a obrigação de cumprimento do prazo de *self-cleaning*, pois o mesmo não se aplica, designadamente, quando só exista uma proposta no procedimento (art. 95.º, n.º 4, alínea *d*), do CCP), o que naturalmente é o caso do ajuste directo<sup>(81)</sup>.

Tendo em conta este regime de produção imediata de efeitos logo após a adjudicação, suscitou-se a dúvida sobre se isso afastava a necessidade de apresentação dos documentos de habilitação e de prestação de caução, exigidos nos termos gerais (arts. 77.º, 81.º, 88.º, 95.º, n.º 3, e 104.º, n.º 1, do CCP)<sup>(82)</sup>. Em resposta a essa dúvida, o legislador veio (sempre com efeitos retroactivos: v. *infra*) aditar os n.ºs 9 e 10 ao art. 2.º, por via dos quais os documentos de habilitação podem ser dispensados, “inclusive para efeitos de pagamentos”, sem prejuízo de a entidade adjudicante os poder pedir a qualquer altura; e a caução pode também ser dispensada, independentemente do preço contratual<sup>(83)</sup>. Compreendendo-se,

---

cunståncias na própria obtenção, por parte do co-contratante, dos bens com que iria cumprir (imagine-se que ficou impedido de os trazer de um armazém no estrangeiro). Em rigor, a própria lei geral já admite, implicitamente, situações desse tipo (art. 292.º, n.º 4, 2.ª parte, do CCP).

<sup>(81)</sup> Estamos, obviamente, a pressupor casos de utilização *válida* do procedimento de ajuste directo.

<sup>(82)</sup> Referindo a questão, veja-se a Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC, n.º 8.

<sup>(83)</sup> Contrastando, assim, com o regime geral, nos termos do qual a caução é exigida, em regra, para contratos com preço contratual igual ou superior a 200.000€ — art. 88.º, n.º 2, alínea *a*), do CCP.

mais uma vez, a razão de ser desta opção, a mesma cria riscos de celebração de contratos com agentes económicos afectados por impedimentos (no caso da dispensa de documentos de habilitação)<sup>(84)</sup>, ou de falta de garantias perante eventuais incumprimentos (no caso da falta de prestação da caução).

#### **IV. Entrada em vigor e produção de efeitos (retroactivos) do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e das alterações ao mesmo, em especial**

**22.** Conforme referido acima, reveste-se de grande especificidade o regime de entrada em vigor e produção de efeitos do regime consagrado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e subseqüentes alterações.

De acordo com o art. 36.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, o diploma entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação. Dado que ele ainda foi publicado em suplemento ao Diário da República de dia 13 de Março, o diploma entrou em vigor às 00h00 de dia 14 de Março. No entanto, como é sabido, entrada em vigor e produção de efeitos não se confundem, e este diploma estabelece, expressamente, que “produz efeitos no dia da sua aprovação” (art. 37.º, com excepções que aqui não relevam). Essa aprovação, em Conselho de Ministros, ainda aconteceu no dia 12 de Março, conforme se alcança pela data indicada no diploma. Deve entender-se que o momento procedimental relevante para que certo procedimento fique abrangido pelo regime é o da decisão de contratar, momento que inicia o procedimento (art. 36.º do CCP)<sup>(85)</sup>.

Articulando todas as afirmações anteriores, depreende-se que o Governo, com esta norma sobre produção de efeitos, salvaguardou (ou tentou salvaguardar) todos os procedimentos cuja decisão de contratar tenha sido tomada nos dias 12 e 13 de Março, e que se tenham conformado com o regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Note-se que o que isto significa é que um procedimento que, em 12 e 13 de Março, não fosse conforme ao regime geral da contratação pública (leia-se, o regime do CCP), mas tenha sido conforme ao regime aprovado, em 12 de Março, pelo Conselho de Ministros (por exemplo, um ajuste directo simplificado

---

<sup>(84)</sup> Recorde-se o que frisámos acima: apesar da dispensa de documentos de habilitação, não estão dispensados os impedimentos à contratação.

<sup>(85)</sup> No mesmo sentido, Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 12.

para bens e serviços no valor de 15.000€, ilegal à luz do regime geral, mas permitido pelo regime excepcional), foi, de certo modo, sanado ou convalidado, por força do novo regime.

Repare-se que a mesma metodologia, mas com alcance ainda mais incomum, foi adoptada a partir do aditamento do art. 2.º-A a este regime. Esse aditamento, como se viu, foi operado pelo Decreto-Lei n.º 18/2020, de 23 de Abril, que entrou em vigor a 24 de Abril (cf. o seu art. 4.º). Não obstante, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 18/2020 veio prever, não apenas, que o artigo agora aditado produzia efeitos a 13 de Março<sup>(86)</sup>, mas também que “[o]s procedimentos promovidos antes da publicação do presente decreto-lei que não tenham observado, no todo ou em parte, o regime previsto no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, consideram-se realizados, para todos os efeitos, ao abrigo do regime previsto no art. 2.º-A do mesmo decreto-lei, na redação dada pelo presente decreto-lei” (cf., respectivamente, os dois números do art. 3.º).

Estas opções deixam entrever aquilo que deverão ter sido, seguramente, dias difíceis de gerir, no início da fase mais aguda da pandemia em Portugal, na tentativa de assegurar a aquisição, em especial, de medicamentos e dispositivos médicos (como ventiladores), material clínico e de protecção individual, no quadro de um mercado internacional que se caracterizava por um grau de agressividade competitiva inusitado, não apenas do lado da oferta (entre os agentes económicos), mas também do lado da procura (já que os diferentes Estados e entidades públicas e privadas do sector da saúde competiam igualmente entre si para obter recursos que eram escassos no mercado). Isto compreende-se se se considerar o conteúdo do art. 2.º-A, o qual, como se viu, consiste essencialmente na extensão do procedimento de ajuste directo simplificado, que é praticamente isento de *qualquer* formalidade, a aquisições de urgência imperiosa. Deste modo, o que resulta do Decreto-Lei n.º 18/2020 é que o legislador veio, retroactivamente, depois de ter passado mais de um mês de vigência do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, promover a sanação de procedimentos e contratos que tenham sido realizados, no limite, sem qualquer formalidade<sup>(87)</sup>. Por esse motivo, pode dizer-se que, embora já tivessem ocorrido

---

<sup>(86)</sup> Mas não, estranhamente, a 12 de Março — ou seja, existe um desalinamento de um dia entre a data de produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e a data de produção de efeitos do art. 2.º-A que lhe foi aditado.

<sup>(87)</sup> Com isso, abrangidos pela sanação terão ficado procedimentos que não tivessem cumprido o regime do CCP, mas também procedimentos que já tivessem sido tramitados ao abrigo do regime aprovado pelo próprio Decreto-Lei n.º 10-A/2020, na sua redacção anterior, e que tivessem incumprido algum dos aspectos desse mesmo regime.

situações de sanção, convalidação ou ratificação legislativa de procedimentos em situação de emergência<sup>(88)</sup>, essa intenção de convalidação, no regime excepcional de resposta à pandemia de Covid-19, vai bem mais longe: no âmbito desses outros regimes, não só a aprovação do regime tem sido, normalmente, mais rápida, como, sobretudo, o aligeiramento de formalidades não é tão intenso como ocorreu aqui.

**23.** A situação acabada de descrever estabelece um curioso diálogo com alguns tópicos argumentativos, que devem ser aqui convocados e através dos quais acedemos a uma perspectiva mais ampla e a algumas das grandes questões do direito dos contratos públicos, e até, do direito administrativo em geral.

Em primeiro lugar, não há que duvidar, pelas razões acima apontadas, da possibilidade de serem celebrados contratos, mesmo de valores muito significativos, com total ou quase total ausência de formalidades. Como vimos, é possível compreender as razões *substantivas* de um regime como o do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que estende o modo de contratar completamente desformalizado do ajuste directo simplificado (impressivamente designado na gíria como “ajuste directo sob factura”) a aquisições de valores potencialmente muito elevados. Seria mais difícil aceitar a sanção ou convalidação, se os procedimentos a sanar ou convalidar se apresentassem, de algum modo, como contrários a valorações essenciais do sistema; mas na verdade, não é assim: a melhor interpretação do próprio direito europeu confirma que este, para os procedimentos sem concorrência, não prevê formalidades procedimentais específicas, com o que pretende deixar espaço às necessidades que a situação-de-urgência coloque.

O segundo tópico relevante sugerido por estas disposições sobre produção de efeitos prende-se com um dos institutos mais relevantes para compreender a fundo o que significa a juridicidade administrativa: o estado de necessidade. De facto, esta é uma figura axial do direito administrativo (e do direito, em geral), que apela à aplicação contextual e flexível do direito, reconhecendo que as normas positivas são, em grande medida, pensadas para certas situações, e deixam de aplicar-se quando essas situações são muito alteradas. Não se trata, assim, de dispensar o cumprimento da lei, mas de reconhecer que o respeito pela juridicidade

---

<sup>(88)</sup> Cf. o art. 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro (medidas de facilitação de investimento público); art. 7.º do Decreto-Lei n.º 85/2018, de 25 de Outubro (furacão *Leslie*); art. 4.º do Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro (furacão *Lorenzo*).

exige, em alguns casos, reconhecer que a norma que deve ser cumprida não é a norma positiva (escrita), mas uma norma reclamada pela situação específica<sup>(89)</sup>.

Assim, e concretizando: no momento em que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 *ainda não existia*, poder-se-ia dizer que só seria possível celebrar contratos de urgência imperiosa com o formalismo geral do ajuste directo por urgência imperiosa previsto na parte II do CCP; e no momento em que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 já existia, mas *ainda não existiam* os n.ºs 9 e 10 do seu art. 2.º (que foram aditados pela Lei n.º 4-A/2020), ou o seu art. 2.º-A (aditado pelo Decreto-Lei n.º 18/2020), só podia contratar-se por ajuste directo, no mínimo, com o formalismo, mais reduzido do que o do CCP (mas ainda assim, existente), previsto no Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

No entanto, este parece-nos ser um dos casos que explicam a relevância da ressalva da cláusula geral do estado de necessidade, em contexto de contratação pública de emergência. As normas sobre procedimentos pré-contratuais, mesmo aquelas pensadas para situações de urgência, como já era o caso dos arts. 2.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, têm de entender-se sempre como estando sob condição implícita de não serem afastadas por uma situação-de-urgência que seja incompatível *mesmo com essas regras mais aligeiradas*.

Assim, para dar exemplos que aderem aos elementos do regime que analisamos, é de notar que apenas com o aditamento dos n.ºs 9 e 10 ao art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, pela Lei n.º 4-A/2020, passou a estabelecer-se que a entidade adjudicante poderia dispensar a entrega dos documentos de habilitação, ou a prestação de caução. Repare-se que, por força do regime geral da contratação pública, a celebração do contrato, no caso de haver contrato escrito, ou a execução do contrato, em caso de dispensa ou inexigibilidade de redução a escrito, só podem ter lugar após o cumprimento dessas formalidades (cf. arts. 104.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), e 95.º, n.º 3, respectivamente). No entanto, mesmo que não tivessem sido aditados ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020 aqueles preceitos (com efeitos retroactivos: cf. art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 4-A/2020), ninguém poderá negar que, caso a concreta contratação em causa estivesse em vias de se gorar por impossibilidade de entrega atempada dos documentos de habilitação,

---

(89) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I — *Introdução e princípios fundamentais*, 2.ª ed., Lisboa: D. Quixote, 2006, p. 175; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 127. No mesmo sentido, a final, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed. (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), Coimbra: Almedina, 2018, p. 49.

ou de prestação de caução, por parte do co-contratante, a entidade adjudicante poderia invocar o art. 3.º, n.º 2, do CPA, e dispensar essas formalidades, por força do estado de necessidade. A vida e a integridade física e psíquica das pessoas são os bens mais importantes para o direito, e quando precisam de ser protegidos com urgência, isso deve sempre acontecer: o direito, longe de ser um empecilho, consagra todas as ferramentas necessárias para esse efeito. E não se fique com a ideia, pelos exemplos utilizados, de que apenas se poderia dispensar *certas formalidades* ao abrigo do estado de necessidade, e nunca todo o procedimento. Com efeito, o advento do CPA de 2015 veio confirmar, em norma positiva, o entendimento segundo o qual o estado de necessidade pode chegar ao ponto de justificar a própria preterição total de procedimento — é o que resulta do art. 161.º, n.º 2, alínea *l*), deste Código<sup>(90)</sup>.

Se assim é, chegamos à conclusão segundo a qual, no fim de contas, a produção retroactiva de efeitos não chega, sequer, a ter efeitos de convalidação, pelo menos naqueles casos que já fossem cobertos pelo estado de necessidade. Com efeito, o principal efeito da aplicação da figura do estado de necessidade é, como se sabe, que a actuação administrativa que, de outro modo, seria ilegal, é considerada conforme à legalidade (entenda-se, conforme à norma de excepção que é convocada pela situação justificativa do estado de necessidade)<sup>(91)</sup>. Os procedimentos que não tenham observado formalidades do CCP, nos dias 12 e 13 de Março, e que foram abrangidos pela produção retroactiva de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, na sua redacção inicial; e os procedimentos que não tenham observado as formalidades *do próprio Decreto-Lei n.º 10-A/2020*, e que foram abrangidos pela produção retroactiva de efeitos da Lei n.º 4-A/2020, que aditou os n.ºs 9 e 10 ao art. 2.º, ou do Decreto-Lei n.º 18/2020, que aditou o art. 2.º-A, já eram, assim, procedimentos válidos (isto é, deram origem a actos e contratos válidos), desde que nesses casos se tenha entendido, justificadamente, que a observância do CCP, ou das normas do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (respectivamente), teria levado a um mal maior, traduzido na impossibilidade de celebrar um contrato imprescindível naquele momento. Para estes actos e contratos, a produção retroactiva de efeitos operada pelas normas do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e pelas nor-

---

<sup>(90)</sup> Referindo também (em sede geral) este importante argumento de direito positivo dado pelo CPA de 2015, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 82.

<sup>(91)</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Revisitando...”, p. 793; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 133.

mas que o alteraram, tem apenas o valor de criação de um nível adicional de segurança jurídica: limita-se a uma declaração explícita de validade, que já resultaria da aplicação do art. 3.º, n.º 2, do CPA.

**24.** A situação mais invulgar e, por isso mesmo, problemática, numa primeira leitura, seria, pois, a dos procedimentos que não pudessem, por qualquer razão, invocar o estado de necessidade; isto é, aqueles em que não se demonstre que o incumprimento de uma determinada formalidade procedimental era imprescindível para proteger um bem de maior relevância. Esses, de facto, são, na sua origem, procedimentos (e contratos) afectados pela invalidade dos actos neles praticados, e que, como tal, só podem deixar de o ser pela intervenção de uma qualquer forma de sanção; e foi exactamente essa sanção que o legislador procurou operar, por via da produção retroactiva de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e, em especial, dos diplomas que o alteraram.

A situação de sanção, por via legislativa, de actos e contratos inválidos, suscita, como é evidente, fundadas reservas. Compreende-se que o edifício da juridicidade administrativa pode ser, em abstracto, profundamente afectado por uma adopção excessivamente liberal de ferramentas deste tipo. Em todo o caso, a nosso ver, há algumas razões que, *nesta específica situação*, diminuem ou mesmo eliminam as perplexidades suscitadas pela ideia de uma “sanção legislativa” de actos e contratos.

A primeira razão prende-se com a necessidade de reconhecer que, embora a produção retroactiva de efeitos da lei não seja a regra (cf. o art. 12.º do Código Civil), não existe, designadamente, ao nível constitucional, um princípio geral de proibição de lei retroactiva<sup>(92)</sup>.

A segunda razão prende-se com a natureza dos procedimentos cujos actos procedimentais e contratos são, aqui, objecto de sanção: em concreto, a sua natureza não competitiva. Repare-se que o âmbito da sanção cobre, exclusivamente, procedimentos de ajuste directo, que, além da entidade adjudicante, não têm outro interveniente que não o próprio co-contratante. Além disso, a intervenção legislativa dá-se em aspectos formais e procedimentais, não parecendo ter capacidade para alterar o conteúdo contratual de uma forma que fosse surpreendente (e potencialmente penalizadora) para o co-contratante. A sanção, neste caso, não parece ter potencial

---

<sup>(92)</sup> Admitindo isso mesmo, a propósito de um outro regime excepcional que então criticavam, JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *As medidas excepcionais de contratação pública para os anos de 2009 e 2010. Breve comentário ao decreto-lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 47.

para afectar negativamente o co-contratante (pelo contrário)<sup>(93)</sup>. Uma eventual sanção “contra” o co-contratante já colocaria evidentes problemas de violação dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da boa fé. Além disso, a ausência de outros competidores abrangidos pela sanção faz com que não se consiga invocar, contra ela, o argumento da frustração de posições desses outros competidores, distinguindo, assim, esta sanção de outras que, no passado, afectaram (ou procuraram afectar) procedimentos competitivos<sup>(94)</sup>.

A terceira razão que permite relativizar as perplexidades causadas pela sanção em apreço prende-se com a temática do desvalor dos actos e contratos afectados por ilegalidades procedimentais, e com a possível sanabilidade do procedimento, mesmo por força das regras gerais. Cabe sublinhar o óbvio: uma ilegalidade num procedimento pré-contratual tem o regime típico da ilegalidade no procedimento administrativo, que é, em princípio, a mera anulabilidade (art. 163.º, n.º 1, do CPA); a anulabilidade é, também por força das regras gerais, sanável com efeitos retroactivos (arts. 164.º, n.º 5; e 173.º, n.º 2, do CPA). Assim, se a ilegalidade que afectou um procedimento foi, por exemplo, a dispensa dos documentos de habilitação previamente à celebração do contrato, *antes* de a Lei n.º 4-A/2020 ter aditado o n.º 9 ao art. 2.º, já se poderia, por força das regras gerais, sanar esse acto e contrato. Mais complicada, a este respeito, é a situação dos casos em que não tenha existido qualquer procedimento, e que não sejam cobertos pela figura do estado de necessidade — mas parece-nos difícil equacionar uma situação em que não se verificasse estado de necessidade e uma entidade adjudicante tenha agido sem realizar, pelo menos, alguns actos procedimentais<sup>(95)</sup>. Por último, ainda que se

---

<sup>(93)</sup> Se se reparar, isto prende-se com um dos pressupostos habitualmente afirmados para que se diga ter existido violação do princípio da tutela da confiança: uma actuação contraditória com as expectativas que frustra o investimento de confiança. De facto, se a actuação posterior não é exactamente igual à que se antecipava, mas não prejudica o investimento de confiança, a situação acaba por não ter relevância suficiente para permitir invocar o princípio.

<sup>(94)</sup> JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *As medidas excepcionais*, pp. 44, 51 ss., teciam duras críticas ao regime de produção retroactiva de efeitos do Decreto-Lei n.º 34/2009 por, precisamente, abranger procedimentos de ajuste directo com consulta (hoje, correspondentes à consulta prévia) e mesmo procedimentos concursais, argumentando que tal poderia gerar desigualdades graves entre o adjudicatário e os participantes nesses procedimentos, já que estes tinham confiado numa certa situação procedimental, posteriormente alterada. Mas, precisamente, essa crítica é insusceptível de ser apontada ao regime agora criado.

<sup>(95)</sup> Não sendo esta a sede para desenvolver a questão, recorde-se que não é líquida a questão de saber qual o desvalor que afecta um procedimento, e correspondente contrato, que tenham sido levados a cabo com inobservância do procedimento devido, em todas as cambiantes do problema (ausência de procedimento, procedimento indevido, etc.). São conhecidos os termos da discussão: na

entendesse que o desvalor decorrente da violação do regime aplicável seria o da nulidade, também não parece questionável que o legislador possa conformar, por acto legislativo (com efeitos retroactivos), esse desvalor, dando-lhe um conteúdo e regime diferentes do regime-regra da nulidade; nem parece que os valores em causa se oponham, neste caso, à conformação retroactiva do regime da nulidade.

Em suma: a sanção, por via de acto legislativo, de actos e contratos é uma solução que suscita fundadas reservas, à luz do imperativo de juridicidade da actuação administrativa, e há, certamente, muitos contextos em que a mesma não poderia realizar-se (por exemplo, a sanção retroactiva de actos lesivos de direitos, liberdades e garantias, que seria logo vedada pelo art. 18.º, n.º 3, da Constituição; ou a sanção de um acto em violação de expectativas legítimas nele baseadas por um particular, que ofenderia os princípios da segurança jurídica e da boa fé, decorrentes do art. 3.º da Constituição). Também se pode acrescentar que, num plano de política legislativa, a produção retroactiva de efeitos convalidantes de actos e contratos administrativos é um mecanismo a evitar e prevenir a todo o custo, pelas dúvidas que, justificadamente, levanta, e pela desconfortável sensação, que pode criar-se, de ser possível praticar actos ilegais confiando na subsequente cobertura por uma lei. Contudo, o que cabe perguntar é se essa repulsa ou estranheza que, em abstracto, se pode afirmar quanto a tal figura, se concretiza em razões normativas bastantes para afastar, *nos casos aqui em apreço*. E a esse respeito, como se viu, há razões ponderosas para responder negativamente: não só muitos procedimentos e contratos feitos sem respeitar o “direito escrito” estariam ao abrigo da figura do estado de necessidade (e portanto, seriam, na sua origem, válidos), como a sanção em procedimentos só com um participante é completamente diferente de eventual sanção em procedimentos competitivos, devendo ainda acrescentar-se que a sanção retroactiva é uma possibilidade aberta, em geral, em todos os casos de actos administrativos anuláveis.

---

vigência do CPA de 1991, discutiu-se se o desvalor seria a nulidade, por falta de elemento essencial, com base no art. 133.º, n.º 1, ou a anulabilidade, nos termos gerais. Na vigência do CPA de 2015, a questão permanece, mas agora, eliminada a cláusula geral de nulidade, em torno do art. 161.º, n.º 1, alínea I), que comina com a nulidade a preterição total do procedimento legalmente devido. No presente caso, deve notar-se que não se está a preterir um procedimento concorrencial por um procedimento não concorrencial: a diferença, neste caso, é entre levar a cabo um ajuste directo ao abrigo do regime geral do CCP, ou um ajuste directo ao abrigo do art. 2.º, ou, depois, do art. 2.º-A, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

## V. Nota conclusiva

A presente situação de pandemia, e em particular o regime excepcional de contratação pública aprovada a seu propósito, suscitam diversas reflexões. Uma delas é a que deve levar a reconhecer, com humildade, que em certas situações, mesmo regimes específicos que, de forma bem intencionada, apelam a uma conciliação entre celeridade e transparência, podem ter de ceder perante a força inelutável dos factos, em homenagem à necessidade de protecção de bens e valores de maior importância. Não pondo em causa essa necessidade, há que saber encontrar, nesses casos, meios de devida compensação: se não é possível assumir o devido formalismo na fase prévia à contratação, há que fazer um reforço sério dos controlos e formalidades *a posteriori*, em especial no que diz respeito às formalidades de transparência e fundamentação, mas também a formalidades que são verdadeiras garantias da sã concorrência e da defesa do interesse público no cumprimento do contrato, como sucede com a habilitação e a prestação de caução.

A actuação em emergência convoca, igualmente, uma atitude e uma metodologia específicas para pensar e aplicar a sujeição da administração pública ao direito. Mesmo na actuação em estado de necessidade, o agente administrativo não actua fora do direito, mas actua num contexto em que a validade das suas acções é medida essencialmente pela capacidade para ponderar e equilibrar princípios e interesses divergentes, num quadro mais incerto, quer em termos de dados de facto, quer em termos de clareza das respostas do direito, do que quando se actua sujeito a normas que regulam a sua conduta ao pormenor. Isso deve ser tido em conta, designadamente, quando as entidades de controlo forem avaliar a conduta dos decisores nestes períodos.

A metodologia de abordagem normativa ao problema da emergência na contratação pública ganharia em ser pensada de forma sistemática e, porventura, revista em alguns aspectos. Desde logo, há que ponderar que o sistema jurídico foi mudando e a disponibilidade de meios de contratação pública céleres é hoje bem maior do que no passado. Há que olhar com outra atenção para o regime geral da contratação pública e reconhecer que muitos dos instrumentos gerais são mobilizáveis com rapidez em situações de urgência: a Comunicação de 1 de Abril de 2020 da Comissão Europeia, que criticámos em alguns aspectos, é certa ao notar este ponto em concreto.

O art. 28.º da LBPC, que é aquilo que, no direito português, mais se aproxima de um regime geral de contratação pública em situação de emergência, padece claramente de um problema de desactualização profunda:

oriundo de uma época anterior ao CCP, o seu desajuste torna-se patente, pela sua limitação temática ao ajuste directo, e por ignorar a evolução do entendimento dos princípios gerais mesmo em sede de utilização do ajuste directo (ou outros procedimentos por convite) abaixo dos limiares europeus. Essa desactualização é também evidente no facto de o regime ser constantemente posto de lado quando seria necessário. Porventura, as lições dadas pelas crises recentes e em particular por aquela que atravessamos aconselham que se aproveite para concretizar proposta já feita entre nós<sup>(96)</sup> e no estrangeiro<sup>(97)</sup>, de regular, de forma global, o tema da contratação de emergência, o que, para ser feito com a amplitude devida, não deveria limitar-se a uma revisão do art. 28.º da LBPC, que tem o seu âmbito delimitado pela protecção civil.

Por outro lado, a reacção do legislador através de iniciativas avulso nem sempre apresenta a maior coerência e clarividência: designadamente, seria talvez mais acertado, simples e eficaz, subir, transitoriamente, de modo mais decidido, os limites de contratação por ajuste directo e consulta prévia, ainda que com as devidas cautelas decorrentes da jurisprudência europeia em matéria de contratos de valor inferior aos limiares e da implementação de adequadas ressalvas de transparência e auditoria *ex post*, do que remeter as entidades adjudicantes, sobretudo, para a aplicação do ajuste directo por urgência imperiosa<sup>(98)</sup>. A criação de regimes jurídicos de carácter excepcional, vigorando, por vezes, por longos meses, ou mesmo anos, assentes no pressuposto de subsunção generalizada de contratos à figura do ajuste directo por urgência imperiosa (ou outro fundamento material qualquer) é problemática. Não nos parece que o principal problema levantado seja de constitucionalidade ou mesmo de desconformidade dos diplomas, em si, face ao direito europeu, já que é duvidoso que os princípios (designadamente, o da proporcionalidade) tenham densidade suficiente para permitir um juízo que diga que o regime *como um todo* é inconstitucional, ou viola direito europeu<sup>(99)</sup>. O que se passa é que se pode criar um problema de percepção, que induza as entidades adjudicantes em

---

(96) Cf., por último, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 84-85.

(97) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO/FLAVIO AMARAL GARCIA, “Desastres naturais e as contratações emergenciais”, p. 26.

(98) Observação semelhante, a propósito do regime do Decreto-Lei n.º 70/2018, já tinha sido feita por MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 77.

(99) Deste modo, não conseguimos acompanhar as conclusões relativas a potenciais inconstitucionalidades tiradas por MARCO CALDEIRA, “Problemas de constitucionalidade”, *cit.*, não obstante aderirmos aos pressupostos de que parte.

erro. Como se frisou acima, os fundamentos materiais de ajuste directo, tal como são equacionados pelo direito europeu, são fundamentos a aferir *em concreto*, porque só essa aferição em concreto garante que a sua aplicação se mantém dentro de um quadro de excepcionalidade. Aprovar uma lei dizendo taxativamente, ou sugerindo, que uma série indefinida e abstracta de contratos, a celebrar no futuro, para períodos tão longos como 18 meses (cf. *supra*), preenchem os pressupostos da urgência imperiosa, ou mesmo *alguns* desses pressupostos, não é, por si só, automaticamente gerador de contratos desconformes ao direito europeu, mas cria riscos evidentes de pelo menos alguns desses contratos ficarem fora da cobertura dos pressupostos exigentes do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP e das disposições de direito europeu que lhe correspondem. Esse risco será tanto maior quanto mais o próprio legislador alongue o prazo de vigência dos regimes e/ou os prazos dos contratos celebrados ao seu abrigo, e quanto mais insistir em “sugerir” a utilização do ajuste directo por urgência imperiosa em domínios da actuação administrativa nos quais a imperiosidade da urgência seja pouco evidente.

*Junho de 2020*



# DIRECTIVA ECN+ E A NOVA ERA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

## Desafios e limites

*Por Miguel Gorjão-Henriques  
e Alberto Saavedra<sup>(1)</sup>*

*«Procedural fairness has been a hot topic within the competition law community for some time. However, a series of bad behaviours by competition authorities worldwide have made procedural fairness more important as a global issue»*

D. DANIEL SOKOL, «Editorial»,  
*Journal of European competition Law & Practice*, 2019, Vol. 10, n. 4, p. 197

1. Os próximos tempos prometem ser significativos para a reforma do direito da concorrência português. Na continuação da linha de uma reforma por década da legislação da concorrência nacional — com os seus marcos principais em 1972, 1983, 1993, 2003 e 2012 —, 2021 é o ano em que tem de ser transposta para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva (UE) 2019/1<sup>(2)</sup> que visa reforçar a eficácia do chamado *public enforcement* ou *aplicação pública* do direito da concorrência pelas autoridades

---

(1) MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES é Doutor em Direito e Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra, além de advogado, sócio da Sérvulo & Associados. ALBERTO SAAVEDRA tem um LL.M em direito da Concorrência e da União Europeia e é advogado na Sérvulo & Associados. As opiniões são estritamente pessoais. Os autores não escrevem segundo o novo Acordo Ortográfico mas respeitam a ortografia adoptada por instituições ou particulares.

(2) Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.12.2018 que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (JO, L 11, de 14.1.2019, pp. 3-33). A Directiva é comumente apelidada de “Directiva ECN+” por as autoridades da concorrência dos Estados membros fazerem parte da *European Competition Network* (ECN).

nacionais da concorrência<sup>(3)</sup>. Trata-se de mais um passo, complementar à reforma da *aplicação privada* do direito da concorrência (conhecido pelo anglicismo *private enforcement*), com a Diretiva (UE) 2014/104, transposta pela Lei n.º 23/2018<sup>(4/5)</sup>. Ao contrário desta, contudo, a transposição da Diretiva (UE) 2019/1, a seguir-se o modelo preconizado pelo Anteprojecto da Autoridade da Concorrência (AdC), vai implicar uma revisão profunda da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que aprovou o Regime Jurídico da Concorrência (RJC), pois tornou-se pretexto para uma reforma global que excede em muito o objecto a que tendia e as restrições constitucionais a que deveria estar sujeita.

2. As palavras que se seguem não cobrem muitos e diversos aspectos da Directiva ou das suas implicações no direito e política da concorrência, nem outros aspectos mais relacionados com a dogmática do direito da União Europeia. Seria impossível, no espaço limitado disponível, e dada a complexidade de muitas questões que aqui se suscitam.

3. A Diretiva (UE) 2019/1 é adoptada ao abrigo de uma dupla base jurídica (arts. 103.º e 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, TFUE), que combina processo legislativo ordinário (114.º) com actos não legislativos (103.º) e num domínio no qual, curiosamente, o tratado de Lisboa introduziu — na linha da defunta Constituição de 2004 — uma “competência exclusiva” da União [art. 3.º, n.º 1, alínea *b*)]. Apresenta-se, no entanto, como acto legislativo — o que significa, desde logo, uma limitação à sua impugnabilidade por particulares *ex vi* do art. 263.º TFUE.

---

<sup>(3)</sup> As expressões anglo-saxónicas normalmente utilizadas de “*public enforcement*” e de “*private enforcement*” podem traduzir-se, respectivamente, por “aplicação por iniciativa de entidades públicas e aplicação no âmbito de litigância privada” (assim, JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA, “Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência — A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária”, in *Revista de Concorrência e Regulação (RCR)*, Ano 5, n.º 19, 2014, p. 61).

<sup>(4)</sup> Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.11.2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados membros e da União Europeia — JO, L 349, 5.12.2014, pp. 1-19.

<sup>(5)</sup> O número 26 da *RCR* contém um dossier especial sobre o processo de transposição da Diretiva 2014/104/UE (Ano 7, 2016), na qual os signatários e a Sêrvulo & Associados participaram (<[http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta\\_Publica\\_PrivateEnforcement.aspx?lst=1&Cat=2016](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta_Publica_PrivateEnforcement.aspx?lst=1&Cat=2016)>).

4. Foquemo-nos aqui em algumas **vertentes da sua dimensão jus-concorrencial** e numa sua apresentação singela. A directiva afirma ter uma dupla finalidade: (i) atribuir às autoridades da concorrência dos Estados membros (adiante, ANC) competência para uma aplicação mais eficaz das normas de concorrência da União Europeia (em particular, dos arts. 101.º e 102.º do TFUE; e, assim, (ii) garantir o bom funcionamento do mercado interno. Ela foca-se em proporcionar às autoridades de concorrência “*garantias de independência, (...) meios e (...) competências de execução e de aplicação de coimas necessários à aplicação eficaz dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, de modo a que a concorrência no mercado interno não seja falseada e a que os consumidores e as empresas não sejam prejudicados por leis e medidas nacionais que impeçam as autoridades nacionais da concorrência de aplicarem as regras de forma eficaz*”<sup>(6)</sup>.

Não é estranho este impulso da União. Por um lado, o princípio da autonomia processual dos Estados membros tem sofrido uma significativa erosão e há uma tensão centrípeta da União, tendente a estender o *level playing field* substancial a um domínio também processual e procedimental, numa lógica natural da crescente integração entre as ordens jurídicas, que procura sempre novos objectivos e velhas justificações. Por outro lado, a harmonização é o resultado do modelo descentralizado resultante do Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>(7)</sup>, em que 85% dos casos são decididos pelas autoridades nacionais. A isto a Comissão Europeia adita um argumento quantitativo, aliás de difícil substanciação: os danos decorrentes de cartéis não detectados ascenderia a um valor, astronómico, entre 181 e 320 mil milhões de euros, o equivalente a 3% do PIB da UE<sup>(8)</sup>. É neste contexto de aplicação descentralizada das normas da União que, nos documentos preparatórios<sup>(9)</sup>, tinham sido já identificados diversos factores que reduziam a efectividade das ANC, a saber:

- a) Ausência de poderes efectivos para aplicação de coimas dissuasivas;

---

(6) Art. 1.º, n.º 1 da Directiva (UE) 2019/1.

(7) Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. [101.º] e [102.º] do Tratado — JO, L 1, de 4.1.2003, p. 1.

(8) *Impact Assessment — Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market* SWD(2017) 114, p. 9, disponível em <[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/impact\\_assessment\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/impact_assessment_report_en.pdf)>.

(9) Ver “*Summary report of the replies to the Commission’s Public Consultation on Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers*”, disponível em <[https://ec.europa.eu/competition/consultations/2015\\_effective\\_enforcers/Summary\\_report\\_of\\_replies.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/Summary_report_of_replies.pdf)>.

- b) Divergências nos programas de clemência dos Estados membros, que desencorajaria a sua utilização por empresas infractoras; e
- c) Falta de salvaguardas que assegurassem que as ANC pudessem agir independentemente e tivessem os necessários recursos para fazer o *enforcement* das regras de direito da concorrência.

5. É neste e este o contexto em que a proposta surge e a Directiva nasce. É impossível sintetizar os seus propósitos, impacto e conteúdo. A tarefa tornar-se-ia, aliás, inviável, se não se analisar a directiva, tendo presente o princípio da atribuição (art. 5.º TUE), os limites que a própria Constituição assina à integração europeia de Portugal (expressa no n.º 4 do art. 8.º da Constituição) e o âmbito objectivo e material das suas disposições normativas, expostas em 37 preceitos legais, em vez dos prolixos 77 parágrafos dos considerandos, não vinculativos.

As suas disposições abordam questões tão diversas como (i) a “independência” das ANC (art. 4.º); (ii) os meios ao dispor destas (art. 5.º); (iii) a cooperação administrativa no quadro da UE e, em particular, da ECN (arts. 24.º-29.º e 33.º); (iv) a protecção dos direitos fundamentais (art. 3.º, 29.º, 31.º); (v) a harmonização dos meios de prova admissíveis (art. 32.º); (vi) as competências inspectivas (arts. 6.º-12.º); (vii) as competências sancionatórias (arts. 13.º-16.º); (viii) a harmonização da clemência (arts. 17.º-23.º); ou (ix) a cooperação com os tribunais nacionais (art. 30.º).

Não seria de estranhar que, com tal amplitude de objectivos e importância de soluções, a proposta, a tocar em aspectos muito sensíveis da lei da concorrência e do regime dos ilícitos contra-ordenacionais, a Directiva tivesse sido objecto de uma apreciação cuidada pelos parlamentos nacionais, ao abrigo dos Protocolos anexados aos Tratados e relativos *aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e ao papel dos parlamentos nacionais*. Estranhamente, ou talvez não, a sua passagem pela Assembleia da República não suscitou qualquer debate ou sequer *estado de alma* aos deputados da Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas ou, mais grave ainda, da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias<sup>(10)</sup> ou da Comissão de Assuntos Europeus, que produziu um inenarrável parecer a 6 de Junho de 2017<sup>(11)</sup>. Isto é,

---

<sup>(10)</sup> À qual nem sequer foi submetida, v. Proposta de Directiva COM(2017) 142, em <<https://www.parlamento.pt/europa/Paginas/DetalleIniciativaEuropeia.aspx?BID=25076>>.

<sup>(11)</sup> Da autoria da S.ª Deputada Isabel Pires, pode ser consultado em <[www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt)>. Em suma, o parecer limita-se a dizer que a iniciativa da Comissão está “em conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” por os seus objectivos só poderem “ser adequa-

aliás, extremamente bizarro, tanto mais quanto o exercício de atribuições pela União Europeia exclui a “competência” dos Estados membros — seja onde já não existam, como é quanto às competências exclusivas (como é a da alínea *a*) do n.º 1 do art. 3.º do TFUE, relativa ao “*Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*”) ou no caso das competências partilhadas [alínea *a*] do n.º 2 do art. 4.º, quanto ao mercado interno], que se tornam exclusivas pelo seu exercício<sup>(12)</sup>. Aliás, este art. 114.º é uma das bases jurídicas da Diretiva (UE) 2019/1, o que mostra que a União Europeia exerceu a sua atribuição enquanto “competência partilhada”. Ora isto significa que deveria o nosso parlamento, antes do natural — e forçoso, por a Directiva se debruçar sobre matéria de competência legislativa reservada da Assembleia da República — acompanhamento em sede de transposição, determinar se, na verdade, as matérias nela propostas se revelavam compatíveis com o nosso ordenamento jurídico-constitucional<sup>(13)</sup>. E temos as maiores dúvidas que essa compatibilidade, por mais *amiga* do direito da União que seja a perspectiva do legislador ou do intérprete, se possa afirmar, pelo menos a ser implementada através do projecto em análise.

6. A descrição de uma pretensa ausência de poderes efectivos para aplicação de coimas dissuasivas ao nível da União, é desmentida pelo endurecimento do *enforcement* e do número de casos nos vários Estados membros e, de modo particular, em Portugal. A AdC vem aumentando significativamente — com a actual presidência do seu conselho de administração — o nível de *enforcement*, quer na detecção de alegadas práticas restritivas da concorrência, quer quanto ao nível das coimas, aliás na sequência de possibilidades normativas que a Lei n.º 19/2012 já dava ou que, em qualquer caso, a Autoridade tem entendido que lhe dá, consoante os casos<sup>(14)</sup>.

---

mente realizados através da adoção de medidas comunitárias” (*sic*), acompanhado de alguns “pontos de preocupação” do relator (e não acompanhados por quaisquer outros membros), apesar de nem sempre claros, nomeadamente quanto à reserva da competência da autorização de buscas aos juizes, ao valor mínimo e máximo das coimas, à promoção da clemência ou sobre a plataforma de partilha de decisões das ANCs no quadro da ECN.

<sup>(12)</sup> Sobre o ponto, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Atribuição e Harmonização na União Europeia: o caso dos medicamentos*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 78, 88, 519 e 688, com mais indicações.

<sup>(13)</sup> Compete à Assembleia da República “pronunciar-se, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência legislativa reservada” [art. 161.º, alínea *n*] da Constituição].

<sup>(14)</sup> Sobre o desequilíbrio entre a posição da AdC e a das empresas introduzido pela Lei n.º 19/2012 (actual RJC), GONÇALO ANASTÁCIO/ALBERTO SAAVEDRA, “A Nova Lei da Concorrência Portuguesa — Notas Preliminares”, *ROA*, Ano 73, Vol. I, 2013, pp. 328-330.

O efeito de prevenção geral e especial é indiscutível. De 2017 e 2019 a AdC aplicou coimas no valor de €391,07 milhões em 11 decisões condenatórias, realizou diligências de busca e apreensão em 23 processos e adoptou 9 notas de ilicitude<sup>(15)</sup>.

7. Em termos da **entrada em vigor da Directiva (UE) 2019/1 na ordem jurídica** da União, esta ocorreu a 4 de Fevereiro de 2019. Mas a vigência na ordem da UE não se confunde com a sua vigência ou aplicação nos Estados membros: o prazo de transposição termina apenas a 4 de Fevereiro de 2021. E esta circunstância não pode nem deve ser menosprezada. Como se sabe, as directivas só vinculam o Estado “quanto ao resultado a alcançar, deixando (...) às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”<sup>(16)</sup> para atingir esse resultado. Assim, antes da transposição (e não apenas do termo do “prazo para transposição”) uma directiva não pode criar, por si só, quaisquer obrigações para os particulares/empresas. É esta a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>(17)</sup>. Já sobre o modo de transposição das directivas pelos Estados membros destinatários, a jurisprudência é também clara: as suas “disposições (...) devem ser aplicadas com carácter obrigatório incontestável, com especificidade, precisão e clareza necessárias, a fim de ser satisfeita a exigência da segurança jurídica”<sup>(18)</sup>.

8. É neste enquadramento que decorreram os **trabalhos preparatórios da transposição da Directiva (UE) 2019/1**. A AdC, apesar do seu estatuto de autoridade administrativa independente, foi nomeada pelo Ministério da Economia e da Transição Digital como “serviço responsável”<sup>(19)</sup> pela

---

<sup>(15)</sup> *Resultados AdC — 2017, 2018, 2019*, disponível em <[http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Noticias/Documents/Resultados%20AdC%202017-2019.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/Resultados%20AdC%202017-2019.pdf)>.

<sup>(16)</sup> Ver art. 288.º, § 3, do TFUE.

<sup>(17)</sup> O Tribunal de Justiça recusa a possibilidade de produção de efeito directo (acórdão *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, de 6.10.1970, proc. C-9/70, EU:C:1970:78, §§ 13 a 15). Com efeito, “a autonomia normativa dos Estados só pode ficar posta em causa se e enquanto, da adopção de tais medidas nacionais, resulte a prática impossibilidade de, no termo do prazo fixado para a sua transposição, se poder realizar resultado definido pela directiva” (MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9.ª ed., 2019, Almedina, p. 267).

<sup>(18)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.5.1999, *Comissão c. França*, proc. C-225/97, EU:C:1999:252, § 37.

<sup>(19)</sup> Curiosa esta designação da AdC como “serviço”, ela que é uma autoridade administrativa independente. Criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de Janeiro, e hoje regulada pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, a AdC é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira. Esse carácter independente sairá reforçado com a transposição da Directiva em análise (considerandos 3, 5, 8, 10, 17, 18, 22, 25 e 76; e ainda

apresentação da “proposta de transposição da Directiva”<sup>(20)</sup>. É um facto ciclicamente recordado em todas as longitudes europeias<sup>(21)</sup>: a bizarria de ter o “polícia”, o “procurador” e o “juiz” primacial das práticas restritivas da concorrência a “fazer” a lei. Aqui, realce-se que o procedimento teve um nível inusitado de transparência formal que se impõe saudar: a AdC (i) constituiu um grupo de trabalho interno; e (ii) um grupo de trabalho com personalidades externas; (iii) organizou um *workshop* consultivo sobre o tema; (iv) criou na sua página electrónica uma secção dedicada ao tema<sup>(22)</sup>; (v) lançou uma consulta pública sobre o anteprojecto de diploma por si elaborado; e (vi) preparou e divulgou o relatório final e um Anteprojecto final que submeteu ao Governo. Mas isso não impediu alguns *stakeholders* de questionar a bondade da solução: o TCRS exprimiu mesmo formalmente a sua “discordância quanto ao procedimento adotado. Consideramos que a atividade legislante pressupõe equidistância relativamente aos interesses em confronto, o que pode não ser inteiramente conseguido quando a própria Directiva reforça os poderes da entidade que assume o projeto legislativo”<sup>(23)</sup>. De facto, muitas das propostas soluções, além de não resultarem das normas da Directiva nem serem impostas por esta, são marcadamente unilaterais. Como autoridade independente, a AdC deve assumir como seus objectivos, ao lado da eficiência e efectividade da sua acção, a protecção dos direitos fundamentais das empresas e das pessoas singulares ou colectivas objecto de investigações, dimensão fundamental num Estado de Direito democrático<sup>(24)</sup>. Mas a leitura

---

arts. 1.º, n.º 1 e 4.º) e constitui um dos *leitmotiv*. Em termos laterais, é de aplaudir a proposta de eliminação do auto-financiamento da AdC por percentual das coimas que aplique. A perda de receita (40% do valor das coimas) é compensada pelo reforço da taxa — para 6,25% — aplicável ao montante total das receitas próprias das entidades reguladoras sectoriais (art. 35.º, n.º 7, e n.º 3 dos seus Estatutos).

<sup>(20)</sup> Comunicado da AdC “Consulta Pública sobre a proposta de anteprojecto de transposição da Directiva ECN+”, de 25.10.2019.

<sup>(21)</sup> MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 118-121, em particular na nota 264, então a propósito da Comissão: “a centralização na Comissão dos poderes de legislador, polícia, procurador e juiz coloca largos problemas de legitimidade e de controlo”.

<sup>(22)</sup> <[http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-pública-sobre-proposta-de-anteprojecto-de-transposição-da-Directiva-“ECN-”.aspx?lst=1&Cat=2019](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-pública-sobre-proposta-de-anteprojecto-de-transposição-da-Directiva-“ECN-”.aspx?lst=1&Cat=2019)>.

<sup>(23)</sup> *Pronúncia dos Juizes do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em relação à Proposta de Anteprojecto de Transposição da Directiva ECN+ Alterações à Lei da Concorrência*, p. 1.

<sup>(24)</sup> No plano europeu, a celeridade e a eficácia não assumem uma posição preponderante quando confrontadas com os direitos fundamentais. Como refere o Tribunal Geral, “as exigências ligadas ao respeito do princípio da presunção de inocência não podem ser alteradas com base em considerações ligadas à preservação dos objetivos de rapidez e de eficácia (...), por mais louváveis que essas exigências sejam” (acórdão de 10.11.2017, *NEX e ICAP c. Comissão Europeia*, proc. T-180/15, EU:T:2017:795, §268).

atenta do Anteprojecto revela que, no que excede a transposição da Diretiva (UE) 2019/1 (mas não só), este não contribui positivamente nem para uma visão mitigada de administração paritária nem para o reconhecimento do princípio da igualdade de armas entre a AdC e as empresas visadas pelas investigações, erigido em princípio fundamental no quadro dos instrumentos de direitos fundamentais entre nós vigentes<sup>(25)</sup>. Muitas das alterações propostas visam resolver interpretações controvertidas e consolidar práticas jurisdicionais e administrativas em nome da efectividade. Algumas das soluções, além de maximalistas, não ponderam devidamente os direitos, liberdades e garantias, antes pretendendo *à outrance* “alcançar uma maior eficácia e celeridade na tramitação dos recursos”<sup>(26)</sup> ou ainda “clarificações destinadas a evitar uma litigância excessiva e potencialmente dilatária sobre questões processuais”<sup>(27)</sup>. Introduzindo “soluções que, não sendo estritamente indispensáveis para que a transposição seja formalmente cumprida, se considerou serem importantes para que os objetivos da Diretiva sejam implementados com efetividade em Portugal”<sup>(28)</sup>.

9. Será o caso? É ponto a apreciar, ainda que sem exaustividade. O RJC já contém inúmeras disposições legais que garantem **propósitos efficientistas na condução do processo**, em termos, aliás, que suscitem justas dúvidas sobre a sua conformidade constitucional, como sejam: (i) a consagração do efeito devolutivo dos recursos contra decisões que apliquem coimas<sup>(29)</sup>; (ii) a plena jurisdição do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), a implicar o afastamento da proibição da *reformatio in pejus*<sup>(30)</sup>; (iii) a improrrogabilidade do prazo de recurso de decisões condenatórias, fixado em 30 dias úteis<sup>(31)</sup> (ao contrário, o RJC não determina prazos peremptórios para o inquérito ou para a instrução)<sup>(32)</sup>; (iv) prazos dilatados de prescrição e de suspensão da prescri-

---

(25) Para a CEDH, que assegura não só uma igualdade de armas formal, mas também substancial, MARCO CARVALHO GONÇALVES, «42. Direito a um processo equitativo e público», *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, UCP, Lisboa, 2019, pp. 947-948.

(26) AdC, *Exposição de Motivos*, §166.

(27) AdC, *Exposição de Motivos*, §186.

(28) AdC, *Exposição de Motivos*, §5.

(29) Art. 84.º, n.º 4 e n.º 5, do RJC. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 776/2019, de 17.12.2019 (plenário) decidiu não julgar inconstitucional a norma do art. 84.º, n.º 5, do RJC (DR, II, n.º 28/2020, de 10.2.2020).

(30) Art. 88.º, n.º 1 do RJC.

(31) Art. 87.º, n.º 1 do RJC.

(32) Arts. 24.º e 29.º do RJC.

ção<sup>(33)</sup>. Ao que acresce a repetida e implícita ideia de “culpabilizar os queixosos pelo facto de terem tirado partido das vias de recurso à sua disposição no direito interno”, que o TEDH não considera legítima<sup>(34)</sup>.

**10.** A Directiva (UE) 2019/1 só se aplica a infracções aos arts. 101.º (práticas restritivas da concorrência) e 102.º (abusos de posição dominante) do TFUE<sup>(35)</sup>. Uma directiva não pode legislar fora das atribuições da União e aplicar-se a práticas que não convoquem a aplicação do direito da UE. O que significa que, quanto às normas nacionais equivalentes (arts. 9.º e 11.º do RJC), a sua aplicabilidade depende da “aplicação paralela no mesmo processo”<sup>(36)</sup> nacional das normas da União<sup>(37)</sup>.

O **objectivo de harmonização processual** é expresso na frase segundo a qual, “caso o direito nacional da concorrência e o direito da União sejam aplicados em paralelo, será essencial que as ANC tenham as mesmas garantias de independência, meios e a competência necessária em matéria de execução e aplicação de coimas, por forma a garantir que o resultado obtido não seja diferente”<sup>(38)</sup>. Não se percebe, no entanto, porque é que o resultado não poderá ser diferente, pois a factualidade (mormente, a nacional, em condições em que a autoridade nacional é a melhor colocada para o processo ou mesmo a única) pode ser assaz diversa.

**11.** E o Anteprojecto da AdC “estende o respetivo âmbito de aplicação às infrações puramente domésticas” por razões como a unidade do sistema jurídico, a igualdade de tratamento e a interpretação uniforme entre ambos os ordenamentos jurídicos, a certeza jurídica e, note-se, a redução

<sup>(33)</sup> Art. 74.º do RJC.

<sup>(34)</sup> Acórdão de 26.6.2018, *Pereira Cruz e outros c. Portugal*, proc. 56396/12 e outros, § 243 (disponível em <[<sup>\(35\)</sup> Art. 1.º, n.º 2, em articulação com as definições constantes dos n.ºs 1 e 2 do art. 2.º da Directiva 2019/1.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-184454%22]%7D>: «Quant au comportement des requérants, la Cour constate avec le Gouvernement que ceux-ci ont introduit de nombreux recours et demandes devant les juridictions nationales, ce qui peut effectivement avoir contribué à l’allongement de la procédure, comme la cour d’appel l’a relevé dans son arrêt du 23 février 2012 (paragraphe 108). Néanmoins, la Cour rappelle sur ce point que l’on ne peut pas reprocher aux requérants d’avoir tiré parti des voies de recours que leur ouvrait le droit interne (Habran et Dalem c. Belgique, n.ºs 43000/11 et 49380/11, § 126, 17 janvier 2017)».</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>(36)</sup> Art. 1.º, n.º 2, da Directiva 2019/1.

<sup>(37)</sup> O direito da UE não se aplica a práticas que não sejam susceptíveis de afectar sensivelmente a concorrência no mercado interno. Na hipótese inversa, a aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE tanto é assegurada pela Comissão Europeia como pelas autoridades nacionais da concorrência (ANC) dos Estados membros, nos termos do regime resultante do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

<sup>(38)</sup> Preâmbulo da Directiva 2019/1, §3.

da litigiosidade “em função da geografia”, aliás por uma desconstrução tautológica do critério de atribuição da União<sup>(39)</sup>.

Como se poderia demonstrar, as razões não procedem. E nem é preciso constatar, como refere Victor Calvete, a “ingenuidade em jogar *by the book* quando os outros não o fazem”<sup>(40)</sup> ou o paroquialismo de manter a velha ideia portuguesa da *carruagem da frente*, impondo às empresas nacionais respostas e obrigações mais draconianas do que aquelas impostas nas outras jurisdições. Mas se tal se fizesse sempre se impor, em qualquer caso, que (i) fosse uma via de dois sentidos; (ii) estritamente respeitadora do nosso enquadramento jurídico-constitucional; e (iii) não implicando uma aplicação abstracta e apriorística das proibições dos arts. 101.º e 102.º TFUE.

**12.** O Anteprojecto prevê também que o **regime geral das contra-ordenações** (“RGCO”) se passe a aplicar aos processos de práticas restritivas já não subsidiariamente e *qua tale* mas “*com as devidas adaptações*”<sup>(41)</sup> (art. 13.º, n.º 1, do RJC). Não é este o momento apropriado para se apreciar o nível de indeterminação que uma tal solução impor, em processos contra-ordenacionais<sup>(42)</sup>. Importa reter, pelo contrário, que o legislador da União não estava preocupado com quaisquer dificuldades particulares da nossa AdC: o objectivo da directiva era e é de acomodar as diversas tradições e modelos normativos existentes nas agora 27 ordens jurídicas dos Estados membros, de matriz mais administrativa ou acusatória (contra-ordenacional)<sup>(43)</sup>. E por isso não implica uma qualquer opção fundamental e inovatória para o legislador português: da Directiva (UE)

---

<sup>(39)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §7.

<sup>(40)</sup> Como refere este professor, «67% das preocupações jus-concorrenciais da Comissão (medidas pelas sanções pecuniárias) têm a ver com comportamentos de empresas fora da União» e, nos EUA, «o total de sanções pecuniárias pagas (...) por empresas norte-americanas por infracções puramente internas ao Direito *antitrust* foram apenas 2% do total», do que resulta que “as preocupações jus-concorrenciais da *Antitrust Division* incidem, de novo pela métrica das sanções, em 98% sobre empresas não-americanas (e sobre empresas americanas só quando concertadas com empresas estrangeiras) (VICTOR CALVETE, «Regulação da concorrência: *the bigger story*», *Garantias de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, Gomes, Carla Amado, et al. (Coordenadores), AAFDL Editora, 2020, pp. 604-605).

<sup>(41)</sup> Art. 13.º, n.º 1 do Anteprojecto.

<sup>(42)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §9. Funda-se no considerando 40 da directiva, segundo o qual “a aplicação de sanções deve ter lugar quer em processos próprios, nomeadamente processos administrativos, quer em processos judiciais de natureza não penal”.

<sup>(43)</sup> Sistemas que repartem as competências entre a autoridade administrativa (responsável pela condução da investigação e acusação) e os tribunais (que condenam e determinam a coima, em processos judiciais de natureza penal ou não penal).

2019/1 não advém uma qualquer necessidade de afastamento da matriz contra-ordenacional dos processos por práticas restritivas da concorrência<sup>(44)</sup>.

Por outro lado, se é verdade que “o processo sancionatório da concorrência tem particularidades e regras distintas”, aliás “os processos”, a verdade é que essa crescente especialização normativa nos regimes processuais na área da concorrência — e noutras áreas da grande regulação — não prejudica a aplicação subsidiária do regime geral das contra-ordenações. E não se vê como se pode dizer que o RJC é “inclusivamente mais garantístico do que as soluções daquele diploma”<sup>(45)</sup>.

**13.** O Anteprojecto prevê ainda que o **RJC seja interpretado de modo conforme ao direito da União Europeia**, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>(46)</sup>; que a sua aplicação não pode tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a eficácia e uniformidade do direito da concorrência da União Europeia<sup>(47)</sup>; e que deve respeitar os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>(48)</sup>.

Trata-se de proclamações genéricas que, parecendo-o, não são inócuas. Em particular, não são necessárias, no sentido de impostas pelo direito da UE. Mas também não são compatíveis com a autonomia dogmática dos tipos contra-ordenacionais e processuais nacionais. Finalmente, quando decorrem de princípios gerais, não carecem de qualquer recepção legislativa num instituto particular. Teme-se, pelo contrário, que a sua consagração possa ter um efeito prático contraproducente face à própria intenção do proponente legislador: o de prolongar excessivamente os processos, pois só o Tribunal de Justiça é competente, em sede de reenvio prejudicial, para assegurar a uniformidade na interpretação e aplicação do tratado (art. 19.º, n.º 1, do TUE), e os termos em que os reenvios para este são obrigatórios não permitirão uma utilização *abusiva* — mas recorrente — da teoria do *acto claro*<sup>(49)</sup>.

---

(44) Do RJC resulta que os processos por práticas restritivas da concorrência são de matriz sancionatória.

(45) AdC, *Exposição de Motivos*, §9.

(46) Art. 2.º, n.º 3 do Anteprojecto.

(47) Art. 2.º, n.º 4 do Anteprojecto.

(48) Art. 2.º, n.º 5 do Anteprojecto.

(49) Não existe a obrigação de efectuar um reenvio prejudicial se a norma é de tal modo evidente que não deixa lugar a qualquer dúvida razoável. Contudo, os pressupostos de uma tal dispensa são extremamente exigentes (acórdão de 6.10.1982, *Cilfit*, proc. C-283/81, EU:C:1982:335).

É evidente a desnecessidade e inconveniência de plasmar em lei nacional avulsa princípios que decorrem da Constituição, dos Tratados<sup>(50)</sup> e da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A seguir-se este caminho, seria necessário positivizar todos os outros princípios gerais, ainda que sejam directamente aplicáveis (*i.e.*, enunciados por Regulamento da UE) ou, qualquer que seja a sua fonte, tenham efeito directo. Por outra via, tais princípios gerais de direito da União são aplicáveis não só ao direito da concorrência, como a todos os outros ramos do direito. A esta luz se compreende que a menção a tais princípios seja feita no preâmbulo da Diretiva (UE) 2019/1<sup>(51)</sup>, desprovido de vinculatividade, e não na sua parte dispositiva, a única juridicamente vinculativa, não sendo necessária nem conveniente a sua reprodução legislativa. A afirmação, como é feita, não é conforme aos parâmetros de uma legística adequada e marca uma atitude pouco moderna e evoluída, não exigida pelo direito da UE.

**14.** Aliás, cumpre notar que não se pode afirmar uma qualquer superioridade moral das normas garantísticas nacionais face às da UE. O nível de protecção dos direitos fundamentais ao nível nacional deve ser equivalente ou superior à protecção conferida pelo direito da União Europeia. Pense-se, por exemplo, nas limitações que o direito da UE (e o Tribunal de Justiça da União Europeia) impõem à Comissão Europeia quanto a investigações prospectivas (as chamadas “*fishing expeditions*”), e que impedem que a Comissão Europeia, em inspecções-surpresa (os *dawn-raids*), procure outros elementos de prova relativos a outras potenciais violações das regras da concorrência da União para além das violações que constituem o objecto da investigação em curso<sup>(52)</sup>. Seria assim corolário positivo a aceitação, agora formal e em letra de lei, de um patamar garantístico que respeitasse as garantias dadas pelo direito da União, que não tem sido assegurado em alguma jurisprudência nacional, que invoca, em relação a buscas realizadas por indícios de infracção ao art. 101.º TFUE, o princípio da autonomia processual dos Estados e do ordenamento jurídico nacional para negar o respeito por regras de *procedural fairness* que na União Europeia são percebidas como fundamentais. E que deveriam

---

<sup>(50)</sup> Ver n.º 3 do art. 4.º e alínea *a*) do art. 267.º do TFUE.

<sup>(51)</sup> Os princípios da efectividade e da interpretação conforme ao direito da UE vêm referidos nos considerandos 3, 14, 31, 42, 46, 47, 72 e 76 da Directiva n.º 2019/1.

<sup>(52)</sup> Acórdãos do Tribunal de Justiça de 18.6.2015, *Deutsche Bahn e o. c. Comissão*, proc. C-583/13P, EU:C:2015:404; de 17.10.1989, *Dow Benelux c. Comissão*, proc. C-85/87, EU:C:1989:379; e acórdãos do Tribunal Geral de 14.11.2012, *Prysmian*, T-140/09, EU:T:2012:597; e de 14.11.2012, *Nexans*, proc. T-135/09, EU:T:2012:596.

também ser estritamente garantidos pela nossa ordem jurídico-constitucional, embora não o sejam, justamente pelo invocado carácter nacional das buscas<sup>(53)</sup>.

Assim, parece que não deverá o novo diploma exceder a referência suposta no n.º 1 do art. 3.º da Directiva aos princípios gerais do direito da UE e da Carta dos Direitos Fundamentais<sup>(54)</sup>, “porque”, como bem refere a AdC, “a credibilidade da política de concorrência depende de forma determinante da rigorosa observância dos direitos fundamentais das empresas no âmbito das investigações conduzidas pela AdC”<sup>(55)</sup>. O mais relevante seria a consagração, agora formal, do princípio de um padrão máximo de protecção dos direitos fundamentais dos visados, quando estejam em causa infracções aos arts. 101.º e 102.º do TFUE, únicas normas a que o referido art. 3.º da Directiva (UE) 2019/1 se pretende aplicar.

**15.** Outra alteração é a de substituir o **conceito de “visado”** pelo de “empresa investigada”. Trata-se de mais um passo de distanciamento face ao conceito de “arguido” empregue pela anterior lei da concorrência (art. 51.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003), com as garantias constitucionais e legais que lhe eram associadas. A Lei n.º 19/2012 havia introduzido o conceito de visado, o que a doutrina logo percebeu que poderia “originar áreas de indefinição no que respeita a aplicabilidade de «acquis» jurisprudencial respeitante a tratamento de arguidos em sede contra-ordenacional”<sup>(56)</sup>. E de facto instaurou-se uma indesejada indefinição sobre o conteúdo e alcance do estatuto das empresas, quando alvos de uma investigação pela AdC. Como refere Lobo Moutinho, “a escolha de uma nova designação, diversa da de ‘arguido’, que é usada pelo RGCO, indicaria uma intenção

---

<sup>(53)</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4.3.2020, proc. 71/18.3YUSTR-D.L2. O Tribunal da Relação de Lisboa negou a aplicação aos processos nacionais das regras da União Europeia, mesmo quando as buscas da AdC se baseavam na infracção do art. 101.º, n.º 1, TFUE. Não é conforme a suspensão momentânea de uma diligência para apresentar um mandado de autoridade judiciária mais alargado obtido dias antes, enquanto indícios fortuitos são procurados com afincio em dias já posteriores à emissão mas não à apresentação dos mandados. E recusando-se a AdC a proceder à imediata apreensão das “evidências” baseadas no mandado anterior. E por este exemplo se vê que existe em Portugal um sério problema de justiça processual e de respeito pelo princípio da igualdade de armas, aliás identificado em termos mais amplos (D. DANIEL SOKOL, «The new procedural fairness in Competition Law: global developments», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, n.º 4, 2019, pp. 197-198).

<sup>(54)</sup> Art. 2.º, n.º 5, do Anteprojecto.

<sup>(55)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §12.

<sup>(56)</sup> LUÍS SILVA MORAIS, “A Reforma do Direito Português da Concorrência no Contexto Europeu e Internacional — Visão Geral e Impacto da Adoção do Princípio da Oportunidade”, apresentação em *powerpoint* na conferência do IDEFF “Perspetivas sobre a Reforma do Regime de Defesa da Concorrência”, em 11.5.2012.

de diferenciação que fosse além do mero jogo de palavras — muito ao gosto do mundo das aparências em que vivemos, mas que se não pode nem deve presumir na legislação — com o que ficam dúvidas sobre a possibilidade de remeter a questão para o RGCO e, muito mais ainda, para o Código de Processo Penal”<sup>(57)</sup>.

Com o novo Anteprojecto, pretende-se dar mais um passo e eliminar a referência a “visado”, passando apenas o inquérito a incidir sobre “empresas investigadas”. Para a AdC “sendo o termo ‘visado’, utilizado na LdC, estranho à Diretiva e ao direito da concorrência, e a fim de assegurar consistência e uniformidade da respetiva aplicação, optou-se pela utilização do termo ‘empresa’ investigada, tal como empregue na Diretiva e no direito da UE”<sup>(58)</sup>. Nesta lógica, os “visados” enquanto *sujeitos* com direitos processuais, passariam assim a ser *objecto* de uma investigação enquanto “empresas investigadas”. Mas estas alterações não advêm da Diretiva (UE) 2019/1. O seu propósito velado é, dizemos, o de eliminar uma discussão material existente nos tribunais sobre se a realização de buscas impõe a qualidade de visado, com os direitos inerentes que a lei assegura aos visados/arguidos, ou mesmo se o nosso ordenamento é compatível com buscas a empresas que nem sequer são visadas ou “investigadas”. Ora, melhor será que, a reformar-se o direito da concorrência, se clarifiquem, com transparência, direitos e deveres das empresas visadas ou investigadas.

**16.** O actual RJC, na sequência do *Memorando sobre a condicionalidade económica* de 2011 que o justificou, atribuiu à AdC a possibilidade de conferir **graus de prioridade no exercício dos seus poderes**, sem que isso signifique a aceitação de uma Administração desligada do princípio constitucional da legalidade<sup>(59)</sup>, o que seria tanto mais grave quanto a AdC

---

<sup>(57)</sup> JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 74.º”, in *Lei da Concorrência — Comentário Conimbricense*, Manuel Porto, et al. (Coord.), M. Gorjão-Henriques (Dir.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 898.

<sup>(58)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §14.

<sup>(59)</sup> No sentido do acolhimento de um princípio de oportunidade mitigado (atentos os parâmetros estabelecidos na lei), que tem como escopo garantir uma maior eficiência na actividade da AdC, ver GONÇALO ANASTÁCIO/ALBERTO SAAVEDRA, A Nova Lei da Concorrência Portuguesa, *cit.*, p. 330. Para um exemplo de uma acção administrativa especial interposta com vista à impugnação de acto administrativo de decisão de arquivamento de denúncia de práticas ilícitas à AdC e com vista à abertura de inquérito, ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.1.2017, proc. n.º 11/15.1YQSTR.S1. *En passant*, mas certamente, o Supremo Tribunal no mesmo duto acórdão interroga-se sobre as incongruências do RJC: “não se compreende que no âmbito do recurso das próprias decisões de aplicação das coimas por verificação de contraordenações se considere que o recurso apenas seguirá até ao

constitui uma autoridade administrativa independente. A definição de prioridades não é naturalmente inviável e é, aliás, necessária, mas a Diretiva (UE) 2019/1, no art. 4.º, n.º 5, não a impõe e, pelo contrário, admite que os Estados membros podem obrigar as autoridades a “apreciar denúncias formais”. Bem se justifica que assim seja, no quadro nacional. É que a “falta de interesse comunitário” que a jurisprudência *Automec* do Tribunal de Justiça<sup>(60)</sup> reconheceu como legítima à Comissão Europeia, partia do pressuposto de que as infracções ao direito da UE poderiam ser apreciadas por autoridades estaduais ou infra-estaduais. Mas não é essa a circunstância, em Portugal, o que impõe à AdC um dever acrescido de respeito pela legalidade. A obrigação de actuar apenas em caso de infracções graves pode levar a AdC a só agir no caso de *hard core restrictions* ou de restrições pelo objecto/objectivo e isso pode revelar-se muito nocivo para a manutenção de uma concorrência efectiva no território nacional e violador, até, do princípio da legalidade a que a AdC está constitucionalmente vinculada<sup>(61)</sup>.

**17. As diligências de busca, exame, recolha e apreensão** “dependem de autorização da autoridade judiciária competente”<sup>(62)</sup>. Para a AdC, “o critério essencial para aferir da necessidade de intervenção de um juiz de instrução prende-se com o tipo de poderes a exercer no decurso das diligências. Nesse sentido, eliminou-se a referência expressa ao juiz de instrução e ao Ministério Público no art. 21.º da LdC, na medida em que a competência do juiz de instrução ou do Ministério Público para a prática de determinados atos dependerá da matéria em causa, designadamente, do tipo de prova a que seja necessário aceder no âmbito da diligência”<sup>(63)</sup>. Na verdade, não tem apenas que estar relacionado com o tipo de prova, pois pode logo ter que ver com a própria “empresa investigada”. Pelo contrário, um padrão elevado de protecção dos direitos fundamentais deveria levar a nova legislação a declarar que as buscas ao abrigo de poderes sancionató-

---

tribunal da Relação (cf. art. 89.º, n.º 1, do NRJC), sem possibilidade de recurso, ainda que restrito a matéria de direito, para o STJ; ou seja, no actual regime, o STJ é competente para averiguar da exatidão ou não do ato administrativo que não permitiu a abertura de inquérito a partir da denúncia apresentada, mas já não é competente para apreciar a exatidão ou não da qualificação jurídica contraordenacional aplicada ao facto realizado, ou a exatidão ou não da coima aplicada em casos em que esta pode chegar aos milhares de euros”.

<sup>(60)</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18.9.1992, *Automec c. Comissão*, proc. T-24/90, EU:T:1992:97.

<sup>(61)</sup> Art. 4.º, n.º 5, da Directiva n.º 2019/1.

<sup>(62)</sup> Arts. 18.º, n.º 2 e 21.º do Anteprojecto.

<sup>(63)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §59.

rios devem sempre resultar de autorização do juiz de instrução criminal, dada a extensão dos poderes que a Autoridade se arroga já hoje, e que este deve emitir uma decisão livre de acordo com os elementos disponíveis no momento da análise do pedido de autorização judicial feito pela AdC<sup>(64)</sup>, cabendo também ao juiz, avaliar o preenchimento dos critérios e limites legais à concessão de tal mandado de busca.

Também aqui as alterações não resultam da Diretiva (UE) 2019/1, que ressalva expressamente a aplicabilidade dos “requisitos previstos no direito nacional para a autorização prévia por parte de uma **autoridade judicial nacional** à realização de tais inspeções”<sup>(65)</sup>. Ao arrepio da Diretiva (UE) 2019/1 e das obrigações que impendem sobre o Estado português quanto a uma adequada transposição para o seu direito interno, a AdC mantém a actual redacção do art. 20.º, n.º 1 do RJC em que tais diligências são “autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária” (que a AdC interpreta como podendo ser o Ministério Público). Em face do alargamento sem precedentes do âmbito material de elementos que podem ser buscados e a sua sensibilidade em termos de direitos fundamentais, não se percebe como possam ser permitidos à AdC, no quadro de contra-ordenações contra a concorrência, poderes mais extensos e intensos dos que resultam da Lei do Cibercrime, incluindo quanto à emissão do mandado, à validação e à visualização de tais elementos apreendidos. A possibilidade de prosseguir a pesquisa de informação e selecção de cópias ou extractos nas instalações da própria AdC, e não nas instalações da empresa buscada, só é permitida/imposta na Diretiva (UE) 2019/1 quanto a “cópias ou extratos dos documentos controlados”, e não com a latitude que consta do Anteprojecto<sup>(66)</sup>, sendo por isso útil a referência preambular no sentido de os “direitos de defesa das empresas continuem a ser devidamente respeitados”<sup>(67)</sup>. Assim, deve assegurar-se, no mínimo, que a empresa, ou os seus mandatários legais, possam acompanhar a diligência, para assegurar o respeito pelos direitos, liberdades e garantias, ainda que aquela ocorra nas instalações da AdC, assim se garantindo o res-

---

<sup>(64)</sup> As diligências de busca e apreensão terem de ser concedidas sempre que a AdC estiver “em condições de demonstrar que existem motivos razoáveis para suspeitar de infração” (art. 18.º, n.º 2 do Anteprojecto) afigura-se inconstitucional por a fundamentação da AdC — para o exercício de tais poderes e respectiva extensão — ser vaga e por permitir a interpretação de que a apreciação da autoridade judiciária poderá ser inferior à da plena jurisdição.

<sup>(65)</sup> Ver art. 6.º, n.º 3 da Directiva n.º 2019/1, realce nosso.

<sup>(66)</sup> Confronte-se o art. 18.º, n.º 10 do Anteprojecto com a alínea e) do n.º 1 do art. 6.º da Directiva n.º 2019/1.

<sup>(67)</sup> Considerando 33 da Directiva n.º 2019/1.

peito pela legalidade e, em particular, pelos direitos de defesa, que não devem ceder a uma lógica “eficientista” estrita<sup>(68)</sup>.

A realização de diligências nas instalações da AdC irá agudizar ainda mais a violação dos direitos de defesa das empresas quando esteja em causa a apreensão digital em massa de documentos e de correspondência electrónica. Como já tem salientado a doutrina, “a apreensão digital em massa de documentação não permite a um interessado invocar, por exemplo, a existência de segredo profissional para se opor à apreensão de um determinado documento, ou ao juiz, quando presente, controlar a natureza da documentação apreendida, tendo em conta que aquando da extração informática com base em palavras chave, não é possível aceder a cada um dos documentos copiados e respetivo conteúdo. Neste sentido, imagine-se que no âmbito de uma busca informática seguida da apreensão massiva de documentação resultante dessa pesquisa foram apreendidos documentos sujeitos a segredo profissional. Naturalmente que o interessado na invocação de segredo profissional não teve sequer possibilidade de apresentar reclamação ao abrigo do disposto no art. 77.º do EOA, visto que o método de pesquisa informática utilizado seleciona milhares de documentos de uma vez só, não permitindo o exercício de qualquer escrutínio *in loco*, isto é, no momento em que a diligência é efetuada. Nestas circunstâncias, é evidente que deve ser facultado ao potencial interessado a possibilidade de, depois de analisada toda a documentação apreendida, com base na cópia da mesma facultada pela AdC, suscitar uma eventual reclamação com base em violação do segredo profissional ao abrigo do disposto no art. 77.º do EOA. Aliás, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu no acórdão de 14 de Setembro de 2017 (proc. 34774/15.0T8LSB-D.L.1), com base numa interpretação atualista, adaptada à evolução digital da apreensão de prova, que «Se a reclamação se refere a documentos ou objectos cuja apreensão o advogado pretende pôr em causa, obviamente que só quando este tiver conhecimento dos documentos ou objectos que foram apreendidos, é que estará em condições de decidir se deve reclamar»<sup>(69)</sup>. Será útil que se considere, aliás, a proposta da Câmara de Comércio Internacional (*ICC Portugal — International Chamber of Commerce*), na con-

---

(68) Para a AdC, “a possibilidade de as diligências continuarem em instalações diversas das instalações da destinatária, seja nas instalações da ANC, seja noutras designadas para o efeito, é um reflexo da evolução tecnológica associada a este tipo de diligências, orientado para a minimização do impacto das mesmas no normal funcionamento da destinatária” — AdC, *Exposição de Motivos*, §63.

(69) TÂNIA LUÍSA FÁRIA/DANIEL BENTO ALVES, “Buscas e Apreensões eletrónicas no direito da concorrência em Portugal: limites e notas práticas ou os peixes e o corvo marinho”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 52, 2019, p. 149.

sulta pública que antecedeu o actual RJC, ainda que passível de adaptação. Em síntese, aí se estabelece uma triangulação e concordância prática entre: (i) a possibilidade de a AdC realizar diligências nas suas próprias instalações, como previsto na Directiva<sup>(70)</sup>; (ii) a previsão do acompanhamento das diligências pelas empresas visadas; e (iii) o controlo da adequação e proporcionalidade pelo juiz de instrução.

**18.** A realização de **buscas domiciliárias** depende de autorização prévia do juiz de instrução. A Directiva (UE) 2019/1 harmoniza sob a mesma égide a busca a “outras instalações, terrenos ou meios de transporte” e aos “domicílios privados” (n.º 1 do art. 7.º). Cria-se aí um critério de “suspeita razoável”, de que existe, fora das empresas, prova pertinente para demonstrar prática de infracção ao RJC<sup>(71)</sup>. Mas a directiva mantém referência à necessária intervenção de uma “autoridade judicial nacional” e não “judiciária”, não se justificando por aí a alteração do RJC para supressão do critério da “fundada suspeita”, pois não se vê como a “suspeita razoável” possa não ser “fundada” e ser decretada pelo juiz de instrução, no caso de diligências tão intrusivas para os direitos, liberdades e garantias.

**19.** Adicionalmente, se a preocupação é transpor a Directiva (UE) 2019/1, deve reter-se que esta permite, além do acesso a instalações, terrenos e meios de transportes, a inspecção e realização de cópias ou extractos de “livros e outros registos” ou de “documentos” (art. 6.º). Pelo contrário, em ponto algum se refere a Directiva a uma genérica “prova”, como consta do Anteprojecto. A Directiva (UE) 2019/1 não o exige<sup>(72)</sup>, não o supõe nem seria compatível com o princípio segundo o qual as restrições aos direitos, liberdades e garantias, e em geral aos direitos fundamentais, devem ser limitados ao necessário. Saliente-se mesmo que, quanto às buscas abrangidas pelo art. 7.º (*i.e.*, outras instalações...) o legislador da União não refere sequer “registos”, mas tão somente “livro ou outros documentos”<sup>(73)</sup>. Do mesmo modo, o facto de uma directiva prever buscas a “domicílios privados” não é também, assinala-se, a panaceia contra problemas de constitucionalidade há muito identificados, desde antes da adopção da actual lei da concorrência. Como várias participantes na consulta pública de então exprimiram, a previsão de buscas domiciliárias é de mais do que duvidosa

---

(70) Alínea *c*) do n.º 1 do art. 6.º da Directiva.

(71) Art. 19.º, n.º 1 do Anteprojecto.

(72) Ver art. 7.º, n.º 1 e considerando 34 da Directiva n.º 2019/1.

(73) Contra a dupla referência que consta das alíneas *b*) e *d*) do n.º 1 do art. 6.º da Directiva.

constitucionalidade, mormente por violação dos arts. 1.º, 2.º, 18.º 26.º e 34.º, n.º 1, da CRP. Para ser mantida no quadro da *amizade* ao direito da UE<sup>(74)</sup>, tem de ser num enquadramento que respeite os “princípios do Estado de Direito democrático” (n.º 4 do art. 8.º da Constituição), a exigir ponderação e equilíbrio ao legislador nacional pois, como recorda a pena autorizada de Cardoso da Costa, «a aplicação do direito da União *in foro domestico* não pode conduzir em qualquer caso ao desrespeito dos “princípios fundamentais do Estado de direito democrático”» e «isso mais não significa senão que o primado haverá de ceder face ao que afinal representa o núcleo duro e irredutível da Constituição»<sup>(75)</sup>.

Ao abrigo do RJC<sup>(76)</sup>, a AdC, no requerimento de autorização para buscas domiciliárias, tem de fundamentadamente “mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas (...)”. É chocante a supressão destes requisitos — essenciais para que o juiz de instrução possa aferir da legalidade, necessidade e proporcionalidade do pedido —, que não é exigida por qualquer disposição da Diretiva (UE) 2019/1, nem compatível com os direitos fundamentais que serão postos em crise face a eventuais ilícitos de mera ordenação social (vida privada, protecção do domicílio, imagem, etc.).

**20.** O Anteprojecto alarga ainda esta possibilidade de buscas domiciliárias à investigação de supostos **abusos de dependência económica**<sup>(77)</sup>, um ilícito que não está previsto ao nível da União<sup>(78)</sup>, não é objecto da Directiva e relativamente ao qual está hoje expressamente excluída a utilização destes meios de investigação.

Em síntese, apesar de as contra-ordenações corresponderem a um desvalor ético bem diferente daquele relativo aos crimes<sup>(79)</sup>, o Antepro-

<sup>(74)</sup> MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Atribuição e harmonização*, cit., p. 293.

<sup>(75)</sup> JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «Constituição portuguesa e Direito da União Europeia (Quatro apontamentos)», *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, p. 9. Sobre a matéria, claro, paira ainda o ainda recente acórdão do *Bundesverfassungsgericht* de 5 de Maio de 2020, onde este Tribunal recordou que lhe compete defender a Constituição alemã contra actos *ultra vires* da União Europeia, matéria que aqui se não aborda (2BvR 859/15).

<sup>(76)</sup> Art. 19.º, n.º 2 do RJC.

<sup>(77)</sup> O art. 19.º (sobre buscas domiciliárias) remete para o art. 12.º (abuso de dependência económica), ambos do Anteprojecto de RJC.

<sup>(78)</sup> Como é sabido as infracções ao direito da concorrência correspondem aos arts. 101.º (práticas restritivas) e 102.º (abuso de posição dominante), ambos do TFUE.

<sup>(79)</sup> Acórdãos do TC n.º 574/95, de 18.10.1995, proc. 357/94; n.º 297/2016, de 12.5.2016, proc. 1056/15.

jecto atribui ainda poderes mais vastos (ou menores restrições) à AdC do que aqueles que são atribuídos às autoridades judiciais para efeitos de investigação de crimes<sup>(80)</sup>.

**21. Quanto aos elementos que podem ser alvo das diligências de busca e apreensão** pela AdC, o Anteprojecto é claro: “passou a incluir-se mensagens de correio eletrónico lidas ou não lidas e mensagens instantâneas, bem como os suportes de onde tais documentos podem ser obtidos, prevendo expressamente a possibilidade de acesso a informação guardada em dispositivos móveis e sistemas informáticos, desde que acessíveis à empresa, associação de empresas ou pessoa sujeita à busca e relacionadas com a empresa, associação de empresas ou pessoa singular”<sup>(81)</sup>. Supostamente tal alteração tem “por base o disposto no art. 6.º e nos considerandos 30 a 32 e 35 da Diretiva”<sup>(82)</sup>.

Mas não há qualquer referência que o justifique no art. 6.º da Directiva nem em qualquer outra disposição normativa da Directiva. A expressão “correio eletrónico” só consta do considerando 35 e a respeito dos pedidos de informações. E com relevantes limitações, nomeadamente pelo princípio da proporcionalidade. Repita-se: em ponto algum da parte dispositiva da Directiva (UE) 2019/1 se prevê a possibilidade de *acesso* (com ou sem aviso prévio) a “dispositivos e equipamentos” nem a correio electrónico. O acesso é previsto a “instalações, terrenos e meios de transporte”<sup>(83)</sup>. O Anteprojecto menoscaba inteiramente a natureza jurídica das Directivas e da relação jurídica entre o direito dos Estados membros e o Direito da União Europeia, tornando-se por isso um desserviço à integração europeia de Portugal, à autonomia da nossa ordem jurídica e à dignidade da nossa Constituição. Não é por acaso que as disposições preambulares não constam da parte juridicamente vinculativa da Directiva (UE) 2019/1, muitas vezes fruto das particularidades inerentes ao procedimento legislativo da União e à necessidade de obtenção de consensos. É justamente para que, unidos na diversidade, seja possível assegurar o pleno respeito pelo direito da União Europeia, e sejam respeitadas em cada Estado membro as funções do Estado e os direitos, liberdades e garantias, como aliás resulta impositivamente do Tratado da União Europeia, desde logo e sem limitação, no art. 4.º. A AdC procura

---

<sup>(80)</sup> Essa incongruência é bem visível na reforma que a AdC pretende imprimir em todo o RJC, bem exemplificada no caso das buscas domiciliárias.

<sup>(81)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §58.

<sup>(82)</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>(83)</sup> Ver art. 6.º, n.º 1, alínea a), da Directiva n.º 2019/1.

“ancorar a transposição da Diretiva ECN+ não apenas no articulado desta Diretiva ECN+, mas igualmente nos respectivos considerandos, por vezes reconhecendo a estes últimos uma vinculatividade autónoma que extravasa o seu papel de meros auxiliares interpretativos das normas da Diretiva com o intuito de caucionar soluções que não só não decorrem da mesma como suscitam fundadas dúvidas (inclusive jurisprudenciais) no plano interno, mormente à luz do enquadramento contraordenacional do Direito da Concorrência”<sup>(84)</sup>.

O ponto deve ser proclamado do pináculo do nosso edifício jurídico, como Estado de Direito democrático. De nenhuma norma da Diretiva (UE) 2019/1 resulta o direito das autoridades da concorrência de acederm, mormente em diligências de busca e apreensão, a correspondência electrónica ou, em geral, a “informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros, livros, registos ou mensagens de correio electrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas, qualquer que seja o suporte, estado ou local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou outros dispositivos não previamente identificados com precisão, acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a busca e relacionadas com a empresa investigada”<sup>(85)</sup>. E ainda bem, pois isso redundaria, em Portugal, na violação de diversos preceitos constitucionais e dos próprios princípios do Estado de Direito democrático.

Pelo contrário, a Directiva distingue entre o que pode ser objecto de inspecções (arts. 6.º e 7.º) e o âmbito das provas que podem ser trazidas

---

<sup>(84)</sup> LUÍS SILVA MORAIS, *Observações à Consulta Pública sobre Proposta de Anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE (Diretiva ECN+)*, Janeiro 2020, p. 6, com apoio em Karl Riesenhuber (ed.), *European Legal Methodology*, Intersentia, 2017.

<sup>(85)</sup> Ver art. 18.º, n.º 1, alínea b) do Anteprojecto. Diz-nos ainda o art. 31.º, n.º 2 do Anteprojecto que “[c]onstituem meios de prova admissíveis, entre outros não expressamente proibidos, quaisquer documentos, declarações orais ou escritas, mensagens electrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas, gravações nos termos do disposto no art. 167.º do CPP, ficheiros e quaisquer outros objetos que contenham informações, qualquer que seja a fonte, o formato e o suporte em que tais informações se encontrem armazenadas, não sendo aplicável nessa medida o disposto no art. 42.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social no que respeita à intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e à reserva da vida privada”. Segundo a AdC, “o n.º 2 do art. 31.º da LdC reflete o art. 32.º da Diretiva, mencionando expressamente os tipos de prova admissíveis, incluindo mensagens electrónicas não lidas ou apagadas, gravações e outros ficheiros, independentemente do suporte” (*Exposição de Motivos*, §161).

**perante** autoridades nacionais da concorrência (art. 32.º), estabelecendo que são realidades diversas, e bem, os “documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações”. Como está bem de ver, o facto de poderem ser usados todos estes meios de prova para provar infracções ao direito da concorrência não significa que as autoridades os possam inspeccionar e apreender a todos.

22. Esta leitura é a mais conforme aos princípios fundamentais da ordem jurídica de um Estado de Direito democrático, para mais considerando a origem e antecedentes da Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976. O procedimento de transposição não pode nem deve ignorar os princípios fundamentais do ordenamento jurídico-constitucional português, nomeadamente do n.º 4 do art. 34.º, onde se lê que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Assim, a possibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico e de mensagens instantâneas configura uma violação do princípio constitucional do sigilo da correspondência. Elucida-nos Paulo Pinto de Albuquerque, que “as comunicações já recebidas pelo destinatário e guardadas em suporte digital estão incluídas no âmbito da proibição legal, como resulta do disposto no art. 189.º do CPP. Por exemplo, as mensagens de email (já abertas ou não) arquivadas no computador ou as mensagens arquivadas no cartão de telemóvel não podem ser aproveitadas como meio de prova de uma contra-ordenação”<sup>(86)</sup>. Dispensamo-nos de explicar com exaustividade as fundamentações que demonstram, no plano doutrinário, que não são permitidas, para o exercício de poderes sancionatórios em matéria contra-ordenacional, buscas, exames, recolhas e apreensões de mensagens de correio electrónico. Em apertada síntese, “na falta de uma definição legal clara de ‘documento’ para efeitos da aplicação do n.º 1 do art. 20.º do RJC, a protecção do sigilo das comunicações deve ser a fronteira que separa a mensagem de correio electrónico, protegida pelo sigilo, do documento em suporte digital, não protegido pelo sigilo, e, por isso, passível de apreensão”<sup>(87)</sup>.

---

<sup>(86)</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 159.

<sup>(87)</sup> GONÇALO ANASTÁCIO/DIANA ALFAFAR, “Artigo 20.º”, *cit.*, p. 343. Confluindo em idêntica tese de recusa de admissibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico em sede contra-orde-

A solução propugnada no Anteprojecto seria também contrária ao art. 42.º do RGCO, que proíbe especificamente a intromissão na correspondência. Em suma, não há argumento de direito da UE ou nacional que justifique a apreensão de correspondência. E que não pode ser hoje também esse o sentido da lei em vigor resulta abundante o esforço do Anteprojecto em prever a consagração expressa que já não tinha sido lograda aquando da discussão da Lei n.º 19/2012, contra já então o parecer da AdC junto da Assembleia da República. Assim se justifica, e verbera, a proposta feita de excluir, na aferição da admissibilidade dos meios de prova, a aplicação do “disposto no art. 42.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social no que respeita à intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e à reserva da vida privada”<sup>(88)</sup>. O art. 32.º da Diretiva (UE) 2019/1 não exige a solução proposta no Anteprojecto e o considerando 73 do preâmbulo, desprovido de valor jurídico obrigatório, não pode impor-se à Constituição portuguesa, ao princípio do Estado de Direito democrático e ao direito à reserva da vida privada, previsto e protegido no art. 26.º, n.º 1, da CRP e no art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

23. E, mesmo que fossem legítimos e aplicáveis os preceitos constantes do CPP, sempre seria obrigatória a intervenção de um juiz de instrução criminal<sup>(89)</sup>. É também a solução que resulta da Lei do Cibercrime<sup>(90)</sup>, que regula a apreensão de correio electrónico. Como refere o Anteprojecto, aí não se considera **o correio electrónico como documento**, mas correspondência protegida pelo n.º 4 do art. 34.º da CRP, sendo uma tal equiparação “ilegítima”<sup>(91)</sup>. E com isso não fica em causa nem a efectividade dos poderes da autoridade nem o sentido útil da lei actual, pois “ao permitir a apreensão de documentos independentemente da sua natureza

---

nacional, mas com argumentos distintos, JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO DURO, “Artigo 18.º”, *cit.*, pp. 318 a 321). JOÃO CONDE CORREIA, pronuncia-se em idêntico sentido, apesar de não ser no âmbito do direito da concorrência: o direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada, consagrado no art. 34.º, n.º 1 da CRP e arts. 75.º a 78.º do Código Civil protege toda a espécie de comunicação interpessoal, privada ou não, efectuada por intermédio da correspondência e das telecomunicações, independentemente do meio técnico utilizado e do seu conteúdo, impedindo a sua violação ou devassa por terceiros ou pelo Estado (“Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da C.R.P.)?”, in *Revista do Ministério Público*, ano 20, n.º 79, pp. 51 e ss.).

<sup>(88)</sup> Art. 31.º, n.º 2, *in fine*, do Anteprojecto.

<sup>(89)</sup> Arts. 179.º do CPP e 32.º, n.º 4, da Constituição.

<sup>(90)</sup> Art. 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

<sup>(91)</sup> Sentença do Juízo de Instrução Criminal do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 11.11.2019, *Lusíadas e o. c. AdC*, processo n.º 3039/19.9T9LSB.

ou do seu suporte, poderá assim abranger, não a apreensão de correio electrónico que se encontre na caixa de entrada, mas sim [a] que se encontre, por exemplo, impresso em papel, ou de um qualquer documento armazenado em suporte digital (como um documento em formato word ou excel)”<sup>(92)</sup>. Assim sendo, a solução proposta no Anteprojecto é inconstitucional, não resulta da Diretiva (UE) 2019/1 e é desconforme e contrária ao ordenamento jurídico vigente.

**24.** O Anteprojecto admite agora que as **gravações** só serão admissíveis, como meio de prova, nas condições previstas no art. 167.º do CPP<sup>(93)</sup>, superando-se assim uma redacção anterior que, ainda assim, não permitia gravações ocultas. São provas nulas as imagens de vídeo e de áudio obtidas sem o consentimento ou conhecimento do visado, através de câmara ou gravador oculto<sup>(94/95)</sup>. As proibições de prova do art. 126.º do CPP dirigem-se não apenas aos agentes do Estado que exercem funções investigativas ou jurisdicionais no processo, mas a toda e qualquer pessoa particular<sup>(96)</sup>. O n.º 8 do art. 32.º da CRP e o n.º 1 do art. 126.º do CPP, quando fazem menção a ofensas à integridade moral das pessoas, estas podem traduzir-se na utilização de meios enganosos<sup>(97)</sup>. Do mesmo modo, neste como noutros domínios sancionatórios, o visado/arguido tem o direito a não fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção em questão, cujo ónus da prova recaia sobre a AdC<sup>(98)</sup>. Finalmente, a previsão de gravações ocultas só era afirmada num

<sup>(92)</sup> GONÇALO ANASTÁCIO/DIANA ALFAFAR, “art. 20.º”, *cit.*, p. 343.

<sup>(93)</sup> Art. 31.º, n.º 2 do Anteprojecto que procede à transposição do art. 32.º da Directiva.

<sup>(94)</sup> Arts. 118.º, n.º 3, 126.º, 167.º, n.º 1 do CPP, art. 199.º do Código Penal e arts. 18.º, 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8 da CRP e ainda o art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais — v.g. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3.5.2006, proc. 83/2006-3.

<sup>(95)</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Sobre a Valoração, Como Meio de Prova em Processo penal, das gravações produzidas por Particulares”, Separata do número especial do BFDC, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, pp. 5 ss.

<sup>(96)</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP à luz da CRP e da CEDH*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 335 e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, *cit.*, p. 197.

<sup>(97)</sup> Art. 126.º, n.º 2, alínea a), última parte, do CPP.

<sup>(98)</sup> Na doutrina nacional com amplas referências jurisprudenciais, MARTA CAMPOS, “De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas”, *RCR*, Ano IX, n.º 36, Outubro a Dezembro de 2018, pp. 81 a 118. TIAGO DA COSTA ANDRADE, “Nemo Tenetur se Ipsum Accusare: Um Novo Olhar a Partir do Direito da Concorrência, no Sentido da sua Extensão ao Processo Contra-ordenacional e às Pessoas Colectivas”, in *RCR*, Ano VIII, n.º 31, 2017, pp. 179-214; VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo Tenetur se Ipsum Accusare e Concorrência Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *RCR*, Ano I, n.º 1, 2010, pp. 175-198.

considerando da Directiva, não vinculativo. E a sua admissibilidade, não sendo necessária, seria também violadora do princípio do *nemo tenetur*, além do princípio da reserva da vida privada, também um direito, liberdade e garantia protegido pelo art. 26.º da CRP. O art. 32.º da Directiva (UE) 2019/1, aliás, não se refere às possibilidades decorrentes das diligências de busca e apreensão, mas apenas quanto à licitude de utilização de meios de prova *perante* as autoridades de concorrência. Ou seja, que essas provas não devem ser consideradas provas proibidas pelo direito nacional, para criar um *level playing field* na garantia pública do direito da concorrência. E, claro, só faz sentido abranger gravações (e igualmente comunicações ou documentos), alojados em dispositivos pessoais ou profissionais, que sejam atinentes à empresa<sup>(99)</sup> ou acessíveis a esta<sup>(100)</sup>. Neste sentido, existirá um legítimo direito de recusa dos destinatários em prestar informações que sejam respeitantes à reserva da vida privada ou pessoal dos colaboradores e seus familiares, precisamente por não consubstanciar uma informação relativa à vida da empresa ou por esta acessível<sup>(101)</sup>.

**25.** O Anteprojecto inclui duas propostas alterações ao RJC que bulem directamente com o **segredo profissional de advogado**. Pela primeira, os advogados “internos” (ou advogados *in-house*) não se poderão valer das salvaguardas conferidas a advogados “externos”<sup>(102)</sup>, em que é obrigatória, sob pena de nulidade, a presença do juiz de instrução, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente<sup>(103)</sup>. Isso significaria que os contactos e informações que envolvam advogados “internos” poderiam ser objecto de apreensão e seria desconsiderado o regime de segredo profissional de advogado, salvo quanto à prática de actos próprios de advogado<sup>(104)</sup>. Isso implicaria, potencialmente, que, numa diligência de busca e apreensão, a AdC poderia visualizar toda a actividade e documentação de um advogado (incluindo os actos próprios da

---

<sup>(99)</sup> Considerando 30 da Directiva (UE) 2019/1.

<sup>(100)</sup> Considerando 35 da Directiva (UE) 2019/1.

<sup>(101)</sup> Com este mesmo entendimento no plano do direito laboral, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15.12.2016, processo n.º 208/14.1TTVFR-D.P1.

<sup>(102)</sup> Art. 19.º, n.º 7 do RJC.

<sup>(103)</sup> Nos termos do art. 19.º, n.º 8 do Anteprojecto, “(...) não é considerada uma busca em escritório de advogado a realizada em instalações ou locais afetos a trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado”. Ou seja, as garantias e os direitos não são assegurados em termos equivalentes às “buscas em escritório de advogado”.

<sup>(104)</sup> Art. 20.º, n.º 6 do Anteprojecto e Exposição de Motivos, §193.

profissão), e ulteriormente escolher aqueles documentos que entende poder apreender por não constituírem actos da profissão, sem qualquer mediação judicial ou participação da Ordem dos Advogados. Mas qual a razão para uma tal limitação de um direito fundamental consagrado na nossa Constituição de 1976 de modo tão marcado? A única razão apresentada é o professo “objetivo de reforçar a eficácia dos poderes de investigação da AdC”<sup>(105)</sup> e pretensamente “os argumentos apresentados [na Consulta Pública] foram devidamente ponderados face ao dever de conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”<sup>(106)</sup>.

Mas a distinção não tem relevo (nem pode ter) face à ordem jurídico-constitucional portuguesa e aos princípios do Estado de Direito democrático<sup>(107)</sup>, tal como resultam do consenso do regime democrático, entre advogados internos e advogados externos<sup>(108)</sup>. O Anteprojecto dá uma machadada vital na independência dos advogados e põe em causa os valores fundamentais da nossa Constituição. E isso é tão mais grave quanto a Diretiva (UE) 2019/1 não se refere ao assunto<sup>(109)</sup>, não implicando a transposição da Diretiva qualquer alteração ao regime constitucional que salvaguarda a independência dos advogados, fora das condições já hoje previstas no RJC, e com as devidas cautelas legais, designadamente, despacho de autorização e presença do Juiz de Instrução Criminal, bem como de representante da Ordem dos Advogados<sup>(110)</sup>.

Acrescente-se que a própria AdC reconhece que “a proteção do sigilo profissional do advogado no âmbito de processos contraordenacionais por infração às regras nacionais de concorrência, abrangerá quer os advogados

---

<sup>(105)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §193.

<sup>(106)</sup> AdC, *Relatório sobre a Consulta Pública*, de 31.3.2020, §102.

<sup>(107)</sup> Aliás o valor da inviolabilidade do domicílio do advogado encontra-se garantida não só pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa como pelo art. 8.º da CEDH.

<sup>(108)</sup> Por todos, na doutrina nacional, LUÍS MIGUEL ROMÃO/ALEXANDRE MESTRE, “Conteúdo e Extensão do Direito à Confidencialidade das Comunicações entre Advogado e Cliente à Luz do Direito Comunitário e do Direito Nacional — Parte I”, in *RCR*, Ano VII, n.º 25, 2016, p. 71 e ss.; e, dos mesmos autores, Parte II, in *RCR*, Ano VIII, n.º 32, 2017, p. 51 e ss., com o capítulo 2.2. dedicado à «Situação dos “advogados internos” no direito português».

<sup>(109)</sup> Pelo contrário, o art. 31.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2019/1 refere-se ao segredo profissional numa lógica garantística.

<sup>(110)</sup> Ver art. 180.º, n.º 2, do CPP e os arts. 76.º e 92.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro, que aprova o EOA, e o Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de Dezembro e Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional [v. Regulamento n.º 94/2006 OA (2.ª Série), de 25.5.2006; Conselho Geral — Regulamento de dispensa de segredo profissional, DR, II, n.º 113 (12.6.2006), p. 8588-8589], os quais não estipulam excepções em termos de sigilo profissional consoante o vínculo laboral. Considere-se o Parecer n.º E-07/07 do Conselho de Geral da OA, de 27.6.2007, em que o advogado de empresa é igualmente merecedor da protecção do sigilo profissional.

independentes quer os advogados que exercem a sua atividade em regime de subordinação (advogados de empresa ou *in-house lawyers*), desde que se encontrem registados na Ordem dos Advogados portuguesa ou em entidades congêneres de outros países”<sup>(111)</sup>.

Como a Ordem dos Advogados já antes exprimiu, «por um lado, importa assegurar o respeito pela proteção constitucional conferida ao patrocínio forense e, por outro lado, importa não reduzir a sua aplicação prática mediante a criação de uma distinção entre advogados em “prática independente” e dos “advogados de empresa” — a qual, não está refletida nem no Estatuto da Ordem dos Advogados — aprovado por Lei da Assembleia da República (...) —, nem é subscrito pela Ordem dos Advogados nem pelos tribunais Portugueses”<sup>(112)</sup>. Enfatizadamente, “esta disposição é atentatória do Estado de Direito, sendo de lamentar que, em pleno século XXI, o Estado ou algumas entidades públicas queiram ver na Advocacia algum tipo de inimigo ou entrave à realização da Justiça”<sup>(113)</sup>. Como declarou o Tribunal da Relação do Porto, no dever de sigilo dos advogados “está em causa o direito fundamental e constitucional de acesso ao direito (art. 20.º, da CRP) que implica, entre outras coisas, o correspondente patrocínio judiciário, com a particular relação de confiança entre o advogado e o seu cliente, a defesa de dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes. Acresce ainda que a plenitude de um Estado de Direito Democrático (art. 2.º da CRP), não só exige um poder judicial independente, como tem subjacente o exercício de uma advocacia livre e responsável, sendo ambas a cara e a coroa da mesma moeda, que o exercício dos direitos de cidadania (...)”<sup>(114)</sup>. Ainda na jurisprudência, “um advogado de empresa tem os direitos, faculdades, vinculações e obrigações prescritos no EOA, não podendo ser diferenciado em função da sua qualidade. Por outro lado, é também infundado desconsiderar a qualidade de advogado quando este exerça a sua profissão através de contrato de trabalho, pois os valores e prerrogativas que pautam a sua atividade mantêm-se integralmente (...). Também o advogado de empresa está sujeito ao dever de sigilo profissional enquanto advogado, pelo que, em

---

<sup>(111)</sup> AdC, *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos arts. 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio e dos arts. 101.º e 102.º do TFUE*, de 22.3.2013, §197.

<sup>(112)</sup> *Observações do Conselho Geral da Ordem dos Advogados em sede da Consulta Pública sobre a Proposta de anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/ UE (Diretiva ECN+)*, de 23.12.2019 p. 7.

<sup>(113)</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>(114)</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.10.2011, proc. 3559/05.2TAVNG.P1.

consequência, as regras que visam precisamente salvaguardar e possibilitar o exercício desse dever por parte do advogado, como é o caso das atinentes às buscas e apreensão de correspondência são-lhe aplicáveis (arts. 177.º e 180.º do Código de Processo Penal e 70.º e 71.º do EOA)”<sup>(115)</sup>.

Diga-se ainda, que, na Exposição de Motivos para a Consulta Pública, era referida a jurisprudência *Akzo*<sup>(116)</sup> do Tribunal de Justiça, para propor esta alteração legislativa, perspectiva essa ulteriormente abandonada no texto justificativo do Anteprojecto submetido. E bem. Com efeito, o caso *Akzo* diz respeito a um processo contra-ordenacional da Comissão Europeia e não a um processo contra-ordenacional nacional (envolvendo qualquer autoridade nacional de concorrência). A Comissão Europeia agiu no quadro do art. 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que estabelece as suas competências e âmbito de actuação e que, no art. 3.º, define o “regime de competências paralelas” entre a Comissão Europeia e os Estados membros, na aplicação do direito da concorrência. E esse paralelismo de regimes processuais não implica qualquer harmonização fora do quadro harmonizado pelo próprio direito da União. Aliás, as disposições do Regulamento n.º 1/2003 não têm nenhuma incidência directa e expressa sobre o alcance da protecção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. Como refere a advogada-geral Juliane Kokott, “se é a Comissão a realizar a diligência de instrução, as regras para tal são fixadas pelo direito da União; se é uma autoridade nacional a realizar a diligência de instrução, as regras para tal são fixadas pela legislação nacional (como está agora expressamente previstos no art. 22.º, n.º 2 do regulamento 1/2003)”<sup>(117)</sup>. E mais refere esta advogada-geral que “nem o princípio da segurança jurídica nem os direitos de defesa exigem que o direito da União e o direito nacional, nos seus respectivos âmbitos de aplicação, se baseiem nos mesmos critérios”<sup>(118)</sup>. Assim, da jurisprudência *Akzo* não decorre qualquer obrigação de desprotecção dos advogados na sua função democrática essencial de contribuir para a realização da justiça. Como aí se lê: “o Tribunal de Justiça decidiu que o direito da União e o direito nacional da concorrência consideram as práticas restritivas sob ângulos diferentes. (...) Nestas condições, as empresas cujas instalações tenham sido inspeccionadas, no âmbito de investigações em matéria de con-

---

<sup>(115)</sup> Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 17.1.2008, *Unilever Jerónimo Martins, L. da*, processo n.º 572/07.9TYLSB.

<sup>(116)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.9.2010, *Akzo/Comissão*, proc. C-550/07, EU:C:2010:512.

<sup>(117)</sup> Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott de 29.4.2010, apresentadas no processo *Akzo/Comissão*, proc. C-550/07, EU:C:2010:229, §128.

<sup>(118)</sup> *Idem*, §133.

corrência, podem determinar os seus direitos e obrigações em relação às autoridades competentes e ao direito aplicável, como, por exemplo, o tratamento de documentos susceptíveis de serem apreendidos no decurso dessa investigação e a questão de saber se as empresas em causa podem invocar a protecção da confidencialidade das comunicações com os assessores jurídicos. (...). O princípio da segurança jurídica não obriga a recorrer, para os dois tipos de procedimento acima mencionados, a critérios idênticos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes”<sup>(119)</sup>. E, continua Juliane Kokott, “a questão de saber se essa harmonização se deveria realizar, constitui uma questão jurídico-política, cuja apreciação compete exclusivamente ao legislador da União”<sup>(120)</sup>. E o silêncio da Diretiva (UE) 2019/1 é da maior eloquência.

Por último, considerando a parametricidade fundamental do EOA<sup>(121)</sup>, não faz sentido que um diploma específico venha introduzir avulsamente uma tão esdrúxula solução face ao regime aplicável à profissão, pondo em causa a unidade do sistema jurídico<sup>(122)</sup>.

**26.** Segundo o Anteprojecto, na **responsabilização das “empresas”**<sup>(123)</sup> incluem-se:

- a) A título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam a mesma unidade económica à data da prática da infração e que exerciam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infração; e
- b) As pessoas coletivas ou entidades equiparadas indicadas no n.º 7 e as pessoas que integram os sucessores económicos da empresa infratora”<sup>(124)</sup>.

<sup>(119)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, *Akzo, cit.*, §§103 a 105.

<sup>(120)</sup> Advogada-Geral Juliane Kokott, a propósito do sigilo profissional, *Akzo, cit.*, §134.

<sup>(121)</sup> O advogado em regime de subordinação tem assegurados todos os instrumentos, garantias, deveres e prerrogativas que são garantidos ao advogado em regime de profissional liberal, o que é bem revelador da intenção do legislador em equiparar ambos (por ex., art. 73.º, n.º 2 e n.º 3, do EOA). Também o Código de Trabalho reconhece que “[a] sujeição à autoridade e direcção do empregador não prejudica a autonomia técnica do trabalhador inerente à atividade prestada, nos termos das regras legais ou deontológicas aplicáveis” (art. 116.º).

<sup>(122)</sup> A actividade leginterpretativa reclama uma *hermenêutica sistémica* das disposições legais, na unidade do sistema jurídico — JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 188 e ss.

<sup>(123)</sup> Empresas na acepção do art. 3.º do Anteprojecto. Veja-se ainda acima a mudança de terminologia do conceito de “visado” para “empresa investigada”.

<sup>(124)</sup> Sobre o conceito de “influência determinante” presume-se a sua existência naqueles

Estas alterações não estão previstas nem são impostas pela Diretiva (UE) 2019/1. Como resulta da jurisprudência nacional, a responsabilidade de uma empresa não depende da existência de uma relação de grupo, mas sim de ser considerada autora à luz do art. 16.º do RGCO<sup>(125)</sup>. Numa espécie recente, a Farminvest S.G.P.S. foi absolvida da responsabilidade pela infracção imputada ao grupo a que pertencia por não ter domínio do facto ilícito e, conseqüentemente, não poderia ter sido considerada autora. Não é, assim, pacífico que “o conceito de empresa utilizado naquelas disposições (...) encontra-se alicerçado na noção de unidade económica, sendo aplicado pelas ANC [autoridades nacionais de concorrência] e pelos tribunais nacionais (...)”<sup>(126)</sup>. Do mesmo modo, a indeterminação da imputação de comportamentos contra-ordenacionais em relação a pessoas singulares e colectivas que não infringiram o direito da concorrência, não é conforme aos princípios da legalidade e tipicidade contra-ordenacional, da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória e da segurança jurídica. Também é criticável qualquer caminho para uma responsabilização contra-ordenacional objectiva de empresas-mãe face a infracções cometidas por filiais ou subsidiárias, e que em termos tão amplos violaria os princípios constitucionais da culpa e do *in dubio pro reo*.

A solução preconizada é redundante e inútil. Diz o art. 13.º, n.º 5, da Diretiva (UE) 2019/1 que “para efeitos de aplicação de coimas a sociedades-mãe e a sucessores legais e económicos das empresas, os Estados membros asseguram que seja aplicável o conceito de empresa”<sup>(127)</sup>. Esta é a norma que estaria a ser transposta<sup>(128)</sup>. Contudo, a aplicabilidade do conceito de *empresa* já resulta do actual do art. 3.º do RJC<sup>(129)</sup>. O art. 73.º, na redacção resultante do Anteprojecto, remete para a noção de empresa ali prevista, assim se “explicitando a compatibilização deste conceito com as regras de imputação e responsabilidade pela prática de infracções às regras de concorrência, bem como o âmbito subjetivo da imputação e responsabilidade nos casos de fusão, cisão e transformação de pessoas colectivas ou entidades equiparadas, bem como nos casos de sucessão econó-

---

casos em que uma “uma pessoa exerce sobre outra quando detém 90 % ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário” (art. 73.º, n.º 3, do Anteprojecto).

<sup>(125)</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.6.2017, *ANF e o. c. AdC*, proc. n.º 36/16.0YUSTR.L1.

<sup>(126)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §101.

<sup>(127)</sup> A redacção da versão autêntica da Diretiva em língua portuguesa não é correcta.

<sup>(128)</sup> Refere-se ainda o considerando 46 da Directiva, que certamente não é passível de transposição — AdC, *Exposição de Motivos*, § 104.

<sup>(129)</sup> Assim o reconhece a AdC na *exposição de motivos*, § 102.

mica”<sup>(130)</sup>. Todavia, o estabelecimento de uma presunção legal poderá gerar incerteza e afastar a noção de empresa daquela que é própria deste ramo do direito. Recorde-se que “o legislador estabeleceu uma presunção legal de existência de uma única entidade económica quanto a grupos onde exista uma relação de domínio, sendo os critérios do n.º 2 do art. 3.º RJC decalcados dos elementos previstos no art. 486.º do Código das Sociedades Comerciais, diferindo apenas no facto de se valorizar a existência de relações de interdependência e não apenas de domínio, como sucede com esta última norma (...)”<sup>(131)</sup>, como por exemplo, a detenção de uma participação maioritária no capital<sup>(132)</sup>. Mas constata-se que, neste art. 73.º do Anteprojecto, estende-se o conceito de *influência determinante* a situações em que “uma pessoa exerce sobre outra quando detém 90% ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário”<sup>(133)</sup>. Para além da inconsistência entre presunções *iuris tantum* aplicáveis à noção de empresa (arts. 3.º e 73.º), o patamar de 90% pode revelar-se arbitrário, mesmo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>(134)</sup>.

27. Nos termos do Anteprojecto, no caso das contra-ordenações mais graves, o **montante máximo da coima** aplicável não poderá “exceder 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras, nos termos do art. 3.º”<sup>(135)</sup>. A solução propugnada não corresponde exactamente à do art. 15.º da Diretiva (UE) 2019/1, segundo a qual o valor máximo da moldura abstracta da coima corresponde ao montante equivalente a “10% do volume de negócios global total da empresa”.

Se o Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador uma ampla liberdade de fixação dos montantes das coimas aplicáveis e que as sanções aplicadas devem ser “efectivas”, “proporcionadas” e “dissuasoras”<sup>(136)</sup>, tendo em vista assegurar o efeito preventivo das mesmas<sup>(137)</sup>, tal

<sup>(130)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §104.

<sup>(131)</sup> MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2.ª ed., AAFDL, 2018, p. 265.

<sup>(132)</sup> Art. 3.º, n.º 2, alínea a) do RJC que não sofre alterações.

<sup>(133)</sup> Art. 73.º, n.º 3, do Anteprojecto.

<sup>(134)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.9.2009, *Akzo Nobel NV e outros c. Comissão*, proc. C-97/08 P, EU:C:2009:536, §60.

<sup>(135)</sup> Art. 69.º, n.º 4 do Anteprojecto, por referência àquelas contra-ordenações que vêm referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do art. 68.º.

<sup>(136)</sup> Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 304/94, n.º 574/95 e n.º 547/00, todos disponíveis in <[www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)>.

<sup>(137)</sup> Caso contrário, os destinatários das normas não se sentirão incentivados a respeitá-las.

liberdade de definição de limites às coimas não inclui situações de “manifesta e flagrante desproporcionalidade ou de excessiva amplitude entre os limites mínimo e máximo”<sup>(138)</sup>. Ora, parece ser esse o caso quando o montante máximo da coima aplicável se fixe em “10% do volume de negócios total, a nível mundial”<sup>(139)</sup>, e a amplitude da moldura contra-ordenacional é susceptível de violar de uma forma intolerável quer o princípio da legalidade previsto nos n.ºs 1 e 3 do art. 29.º da Constituição quer o princípio da proibição das sanções de duração ilimitada ou indefinida, previsto no art. 30.º, n.º 1, da Constituição. Em face desta alteração projectada, as palavras do Tribunal da Relação de Lisboa assumem uma maior acuidade: “a variação no tempo do valor máximo da coima ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e, acrescentamos agora, da própria complexidade do processo, como acontece no indicado preceito da lei de 2012, que mandou atender ao «exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência», é, a nosso ver, claramente violador do corolário do princípio da legalidade *nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*”<sup>(140)</sup>. Mas a solução é também atentatória do princípio da igualdade, nomeadamente entre aqueles grupos empresariais que tenham uma dimensão multinacional e aqueles que actuam predominantemente em Portugal<sup>(141)</sup>. Apesar de o montante da coima ser determinado com base numa percentagem de volume de negócios relacionada com a infracção, a qual é tipicamente circunscrita ao território nacional<sup>(142)</sup>, são concebíveis situações em que duas empresas co-visadas, que cometeram exactamente a mesma infracção e que até têm a mesma dimensão nacional, sejam alvo de coimas díspares. Isto será assim, porquanto o limite máximo de 10% do volume de negócios em termos de coima será aferido em relação ao grupo econó-

---

Neste sentido, PAULO OTERO/FERNANDA PALMA, “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *RFDUL* (Separata), 1996, n.º 2, pp. 562 e 563.

<sup>(138)</sup> Acórdãos do Tribunal Constitucional citados acima.

<sup>(139)</sup> Realce nosso. Art. 69.º, n.º 2 do Anteprojecto. Quanto a associações de empresas coloca-se o mesmo problema de inconstitucionalidade, pois está em causa o limite de “10% do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, do conjunto de pessoas que integrem as empresas associadas” (art. 69.º, n.º 5 do Anteprojecto).

<sup>(140)</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.3.2015, proc. 204/13.6YUSTR.L1-3.

<sup>(141)</sup> Assim, “[q]uando uma empresa é composta por uma pluralidade de pessoas coletivas, consubstanciando aquilo que comumente se designa como grupo económico, a responsabilidade contraordenacional é imputada à pessoa que directamente a cometeu e, igualmente, à pessoa ou pessoas que sobre ela exerçam influência determinante”. (*Exposição de Motivos*, §104).

<sup>(142)</sup> AdC, *Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Utilizar na Aplicação de Coimas no âmbito do art. 69.º, n.º 8, do RJC*, § 17.

mico e não apenas em relação àquela empresa em concreto. Assim, se do cálculo da coima resultar um montante que exceda o tecto de 10%, o grupo económico de raiz nacional verá a sua coima reduzida a 10% do volume de negócios nacional, mas o grupo económico que tem uma dimensão multinacional terá um *cap* superior (e não verá a sua coima reduzida). Tendo em mente a incumbência prioritária do Estado em “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas”<sup>(143)</sup>, as restrições de direitos, liberdades e garantias apenas poderão acontecer nas situações permitidas pela Constituição e na medida do estritamente necessário para garantia dos direitos ou interesses constitucionalmente previstos<sup>(144)</sup>. Neste enquadramento torna-se clara a clivagem entre o objecto tutelado e a sanção aplicável, o que concorre para a violação do princípio constitucional de que as penas devem ser limitadas a assegurar os direitos e interesses constitucionalmente previstos.

**28.** Formalmente, mantêm-se os **prazos de prescrição** de 5 e 3 anos, consoante a gravidade das infracções jus-concorrenciais<sup>(145)</sup>. Mas a proposta alteração das causas de suspensão/interrupção permitirá uma radical extensão dos prazos de prescrição, agravando ainda a situação já criticada antes da actual lei da concorrência: “a genérica consagração da possibilidade de uma tão longa duração de suspensão do prazo de prescrição abre espaço a que, sem dificuldade, processos contra-ordenacionais possam beneficiar de prazos de prescrição efectivos de 8 anos (nos casos, menos graves, com um prazo-base de 3 anos) ou de 10 anos e meio (nos casos, mais graves, com um prazo base de 5 anos). Prazos manifestamente excessivos tendo em conta a natureza dos processos em causa, i.e., relativos a ilícitos de mera ordenação social, sujeitos à aplicação de sanções mediante um processo estritamente administrativo, marcado pela exigência de celeridade e de economia processual, justificada pela urgência na garantia de cumprimento generalizado daquelas normas e de particular eficácia na consequente prevenção de comportamentos contra-normativos. (...) Ora, neste contexto, dificilmente se compreende um regime de prescrição que, ao invés do que resultaria das particulares preocupações de política legislativa no sentido de uma regulação da marcha de processo caracterizada por particulares restrições de tempo, antes e de modo paradoxal, privilegia

---

<sup>(143)</sup> Art. 81.º, alínea f) da CRP.

<sup>(144)</sup> Art. 18.º, n.º 2 da CRP.

<sup>(145)</sup> Art. 74.º, n.º 1 do RJC que não sofre alterações no Anteprojecto.

o prolongamento temporal do período de pendência de um processo contra-ordenacional em sede de concorrência”<sup>(146)</sup>.

Segundo o Anteprojecto, a interrupção da prescrição ocorre com a notificação do acto a qualquer uma das “pessoas que possam responder pela infração em virtude de fazerem parte da mesma unidade económica”<sup>(147)</sup>. Mas como a responsabilidade das pessoas colectivas é de natureza pessoal, é notoriamente excessivo que a notificação de um qualquer acto a uma qualquer pessoa colectiva — ainda que não seja a directamente investigada — possa interromper a prescrição relativamente a uma outra empresa que é investigada. Do mesmo modo, a interrupção do prazo de prescrição só poderá ocorrer com a comunicação da existência do processo, dos factos investigados e de eventuais prazos para praticar actos<sup>(148)</sup>.

Igualmente criticável é a solução de suspender os prazos de prescrição na pendência dos recursos contra decisão da AdC, sem qualquer limitação temporal<sup>(149)</sup>. E ainda a previsão de que o prazo de prescrição das sanções só se começa a contar a partir do dia em que se torna definitiva ou que transita em julgado a decisão que determinou a sua aplicação<sup>(150)</sup>. Como alerta o Supremo Tribunal Administrativo (STA), «a suspensão da prescrição do procedimento por infração, por força de interposição de recurso judicial, sem qualquer limitação temporal, constitui um desvio ao regime de prescrição previsto no Decreto-Lei n.º 433/82, (...), constante dos arts. 27.º a 28.º, por inexistência de um prazo máximo para a atuação da pretensão punitiva, afastando-se, assim, o princípio de que “a prescrição do procedimento tem sempre lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo da prescrição acrescido de metade, **com o inerente sacrifício dos princípios da certeza e segurança jurídicas**»<sup>(151)</sup>. Constatava-se, todavia, que este contributo do STA, em sede de auscultação pública, não motivou a modificação no Anteprojecto submetido ao Governo.

Novamente, trata-se de acolher causas de suspensão/interrupção que não resultam da Diretiva (UE) 2019/1 nem contribuem para uma melhor coordenação do “regime de competências paralelas”. É verdade que a

---

<sup>(146)</sup> JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 74.º”, *cit.*, pp. 901-902.

<sup>(147)</sup> Art. 74.º, n.º 3, do Anteprojecto.

<sup>(148)</sup> A interrupção da prescrição ocorre quando é “dado conhecimento do acto àquele contra quem o direito pode ser exercido” (n.º 4 do art. 323.º do Código Civil).

<sup>(149)</sup> Art. 74.º, n.º 9, do Anteprojecto.

<sup>(150)</sup> Art. 74.º, n.º 10, do Anteprojecto.

<sup>(151)</sup> Observações do STA, com o assunto “Consulta Pública sobre o anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva ECN+”, de 9.12.2019, p. 2, realce nosso.

solução se louva no art. 29.º da Diretiva (UE) 2019/1. Todavia, este supõe justamente a existência de investigações paralelas pelas autoridades nacionais e ou a Comissão Europeia, no âmbito do regime de “competências paralelas” instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. E não em casos em que apenas esteja em causa o *public enforcement* pela AdC. Como aí se lê, “[o]s Estados membros asseguram que os prazos de prescrição da aplicação pelas autoridades nacionais da concorrência de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias (...) se suspendem ou interrompem na pendência dos processos de aplicação **perante as autoridades nacionais da concorrência de outros Estados-Membros ou da Comissão**, relativamente a uma infração (...)”<sup>(152)</sup>. E o n.º 2 liga-se ao n.º 1, dispondo que “[o]s prazos de prescrição para a aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias por parte de uma autoridade nacional de concorrência são suspensos ou interrompidos enquanto a decisão dessa autoridade nacional da concorrência for objeto de recurso pendente perante um tribunal de recurso”. Para tal, no Anteprojecto “eliminou-se a limitação temporal do período de suspensão constante no atual n.º 7 do art. 74.º da LdC bem como o n.º 4 (...)”<sup>(153)</sup>. Todavia, à *boleia* desta norma<sup>(154)</sup>, é aditado um n.º 9 ao art. 74.º do RJC, que nada tem a ver com a transposição da Directiva e estabelece uma solução que põe em causa os princípios da segurança e certeza jurídicas, e da presunção de inocência, sendo justificada por meras preocupações eficientistas de pendor unilateral. Importa antever o resultado deste prolongamento inusitado dos prazos de perseguição sancionatória das “empresas investigadas”: “de acordo com o significado jusfundamental (...) apontado à prescrição, as condições legalmente qualificadas como causas de suspensão ou de interrupção do decurso do prazo de prescrição, pelo efeito imediato que importam no prolongamento temporal da possibilidade de ilisão da presunção de inocência e na limitação da liberdade do visado/arguido, deverão ser apenas admitidas quando compatíveis com as exigências impostas à limitação válida dessa mesma liberdade pessoal asseguradas pela identificação, em cada causa de interrupção e de suspensão, de razões materiais capazes de justificar cada uma

---

<sup>(152)</sup> Não realçado no original.

<sup>(153)</sup> AdC, *Exposição de Motivos*, §153.

<sup>(154)</sup> Quanto à falta de uma restrição temporal máxima para a suspensão do prazo da prescrição, “manteve-se a proposta inicial de ausência de limitação pelo período de tempo em que a decisão da AdC for objeto de recurso judicial, **uma vez que se trata de uma opção do legislador da União que o legislador nacional não pode afastar**” (Relatório sobre a Consulta Pública, de 31.3.2020, §79, nosso realce). Nada de mais errado e que foi objecto de ampla contestação nas observações dos intervenientes da Consulta Pública.

delas como razão atendível para aquela limitação e para o consequente prolongar da ameaça de sanção”<sup>(155)</sup>. A consequência será, ainda mais, a de tornar o regime da prescrição “em instrumento eficaz (...) de suprimento de possível ineficácia administrativa na perseguição do incumprimento de regras de concorrência, mediante a fácil convalidação do prazo-regra de prescrição de cada processo contra-ordenacional no mais generoso regime supletivo (...) bem longe dos, comparativamente, modestos prazos-regra de 3 ou de 5 anos, contados corridos”<sup>(156)</sup>.

E tanto mais quanto a suspensão dá-se “sem qualquer limitação temporal”, numa espécie de suspensão *ad aeternum* que vai contra a regra do RGCO, segundo a qual a pendência de um recurso judicial “não pode ultrapassar seis meses”<sup>(157)</sup>, pondo em causa os direitos fundamentais consagrados na Constituição, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou na Carta dos Direitos Fundamentais. Como refere o Conselho Superior da Magistratura, “não só o legislador nacional vai para além da Directiva, como se suscitam dúvidas sobre a constitucionalidade desta norma, considerando a inexistência de limite temporal à suspensão da prescrição do procedimento contra-ordenacional nos casos aí previstos. Consta-se que este regime se apresenta mais gravoso do que o previsto no art.º 120.º, n.º 1 al. e), n.º 4 e n.º 5 do Código Penal, o que é manifestamente contrário aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico nacional, não devendo o regime contra-ordenacional ser mais gravoso para o arguido do que o regime penal”<sup>(158)</sup>. O regime da prescrição e suas suspensões/interrupções viola ainda o art. 3.º, n.º 3 da Directiva<sup>(159)</sup> que, em linha com o art. 6.º, n.º 1, da CEDH, determina que “[o]s Estados membros asseguram que os processos de aplicação perante as autoridades nacionais da concorrência são conduzidos dentro de um prazo razoável”<sup>(160)</sup>. Tão mais chocante é quanto, se mesmo contra crimes se consagram na lei limites à suspensão de prazos prescricionais<sup>(161)</sup>, não é razoável que, em contra-ordenações, seja simplesmente afastada a fixação de um prazo-limite de prescrição que

---

<sup>(155)</sup> JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 74.º”, *cit.*, p. 894.

<sup>(156)</sup> *Idem*, pp. 896-897.

<sup>(157)</sup> Art. 27.º-A, n.º 2 do RGCO.

<sup>(158)</sup> Parecer do CSM, de 19.12.2019, “Alterações legislativas decorrentes da transposição da Directiva n.º 2019/1/UE, proc. 2019/GAVPM/4141, p. 5.

<sup>(159)</sup> Contrariando mesmo expressamente a mesma ideia, expressa no considerando 14 da Directiva.

<sup>(160)</sup> Como refere MARIA BENEDITA URBANO, na contagem do tempo “interessa sobretudo a identificação dos tempos inúteis” («43. Duração excessiva do processo», *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, *cit.*, vol. II, pp. 965-979).

<sup>(161)</sup> Art. 120.º, n.º 2 do Código Penal.

confira certeza e segurança jurídica às empresas visadas. Nas palavras do Tribunal Constitucional, “(...) se, por um lado, o legislador se apresenta como um lutador contra a eventual morosidade processual e um defensor do estabelecimento de uma «paz social» resultante de um desejo de se evitar uma possível eternização dos processos, que se manteriam sempre pendentes se fossem sendo praticados diversos actos judiciais e processuais geradores do efeito interruptivo da prescrição, como se acha determinado para os crimes, por outro, não faz sentido que, para ilícitos de menor gravidade, como o são as contra-ordenações, se venha ou possa vir a apresentar como um defensor da lentidão da justiça, como um partidário de uma possível ineficiência da Administração em conseguir resolver os problemas ligados à prescrição do procedimento das coimas, por considerar não ser aplicável ao respectivo regime o quadro muito mais apertado previsto para os crimes e que ele próprio, legislador, veio também entender ser aplicável à prescrição das «coimas»”(162).

## Conclusão

**29.** Não foi possível abordar boa parte das temáticas<sup>(163)</sup> que são suscitadas pela revisão do RJC<sup>(164)</sup>, a pretexto da transposição da Diretiva (UE) 2019/1. Não se exclui a legitimidade do legislador em rever o RJC com a amplitude que pretender. Mas a metodologia e as alterações propugnadas são, porventura, excessivas e deslocadas de uma reflexão serena e crítica sobre as soluções do actual RJC, por contraposição ao escopo relativamente modesto da Diretiva (UE) 2019/1, como refere Wouter Wils<sup>(165)</sup>.

---

<sup>(162)</sup> Acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 6/2001, de 8.3.2001, publicado em Diário da República n.º 76/2001, Série I-A de 30.3.2001.

<sup>(163)</sup> Por exemplo, não foi escrutinado um sem número de matérias que o Anteprojecto modifica estruturalmente e de modo significativo: pedidos de elementos; inquirições de pessoas colectivas e singulares (incluindo durante as buscas, sobre factos ou documentos relacionados com a infracção); procedimentos de clemência, de transacção e arquivamento mediante imposição de condições; elaboração de versões não confidenciais e respectivo acesso por parte de co-visadas e de terceiros; recursos judiciais e seus efeitos (em que se arrepiou caminho face à solução proposta em discussão pública, que era a de retomar a solução tradicional, conferindo efeito suspensivo aos recursos de decisões condenatórias, e que foi apoiada pela generalidade dos participantes na Consulta Pública); sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de contratação pública por parte de qualquer pessoa que integre a empresa infractora (na aceção ampla do art. 3.º do RJC); etc.

<sup>(164)</sup> Já para não falar dos restantes diplomas que são alterados para além do RJC: Estatutos da AdC, CPP, Código dos Contratos Públicos e Lei de Enquadramento Orçamental.

<sup>(165)</sup> Segundo WOUTER WILS, “one could of course ask the question whether, in the interest not

Esperemos que este contributo possa lançar algumas pistas para o desejável debate sobre a harmonização entre as preocupações de maior eficácia e celeridade na tramitação dos processos com a salvaguarda dos princípios. Na esteira de Dworkin, fazemos nossa a ideia de que “os princípios são directivas que se impõem, não porque promovam ou garantam finalidades económicas ou sociais, mas porque são exigências de justiça, de equidade ou de outra dimensão do senso moral, que os tribunais não podem deixar de tomar em consideração; os tribunais devem ser o lugar dos princípios”<sup>(166)</sup>.

---

*only of the efficient functioning of the ECN but also of equal treatment of complainants throughout the EU, the status and rights of complainants should not be fully harmonised for all authorities within the ECN. That would however go beyond the relatively modest ECN+ Proposal, but could conceivably be a further step for the future*” (“Competition Authorities: Towards More Independence and Prioritisation? — The European Commission’s ‘ECN’ Proposal for a Directive to Empower the Competition Authorities of the Member States to Be More Effective Enforcers”, 26.6.2017, King’s College London Law School Research Paper No. 2017-39, p. 45, disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3000260>>).

<sup>(166)</sup> ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, «53. Princípios do processo penal português e a Convenção», *Comentário, cit.*, p. 1141.

# PROCURA-SE: CORAGEM POLÍTICA PARA REFORMAR O CÓDIGO DE DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS

*Por* Patrícia Akester(\*)

## *SUMÁRIO:*

**1. Introdução.** **2. Uma manta de retalhos.** **3. A cópia pirata.** **3.1.** As exceções e limitações. **3.2.** A licitude de origem. **3.3.** A orientação do TJUE neste campo. **3.4.** Consequências. **4. O registo da obra.** **4.1.** O imperativo internacional. **4.2.** A lei doméstica. **4.3.** Incumprimento da norma internacional. **5. As medidas tecnológicas de protecção do direito de autor.** **5.1.** Quadro normativo internacional. **5.2.** A Directiva sobre a Sociedade da Informação. **5.3.** O art. 217.º do CDADC de 1985. **5.4.** O art. 221.º do CDADC de 1985. **5.5.** Conclusão. **6. A Directiva Mercado Único Digital.** **7. Epílogo.**

## **1. Introdução**

Publiquei recentemente a segunda edição do meu Código de Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado (Editora Almedina, 2019) o que me obrigou, naturalmente, a ler, a examinar cuidadosamente e a fornecer o meu entendimento sobre cada artigo dessa lei. Cheguei à conclusão de que o nosso Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC 1985) requer vigorosa e urgente reforma e elencarei cinco razões, a título de exemplo, que me levam a fazer tal afirmação.

---

(\*) Fundadora, Gabinete de Propriedade Intelectual/Intellectual Property Office (GPI/IPO) Associate, CIPIL, University of Cambridge.

## 2. Uma manta de retalhos

Em Portugal, a publicação do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos monta a 1985<sup>(1)</sup>. Sucede que, ao longo dos anos, o Código foi alvo de múltiplas alterações que visaram adaptar a legislação interna à legislação comunitária, nem sempre de forma muito coerente<sup>(2)</sup>.

Infelizmente, directivas houve que foram transplantadas para tal diploma<sup>(3)</sup> e outras que foram implementadas através de diplomas autónomos<sup>(4)</sup>.

Mesmo as Directivas que foram transplantadas para o Código, nem sempre o foram de forma integral, havendo, pois, que ter em conta tanto o preceituado no Código como no diploma que opera a implementação em causa. Por exemplo, tendo o art. 67.º (2) do CDADC de 1985 esclarecido que a garantia das vantagens patrimoniais resultantes da exploração da obra constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da pro-

---

(1) Para melhor entendimento da evolução histórica do direito de autor em Portugal, *vide* VISCONDE DE CARNAXIDE, *Tratado da Propriedade Literária e Artística*, Porto, 1918, pp. 15-30; L. F. REBELLO, *Garret, Herculano e a Propriedade Literária*, SPA/Publicações D. Quixote, 1999; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 39-50.

(2) *Vide* P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 283-378.

(3) Por exemplo, a Directiva sobre a Sociedade de Informação. Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (Dir. 2001/29/CE). *Vide* P. AKESTER, «Implementation of the InfoSoc Directive in Portugal», *Entertainment Law Review*, 16:1, 2005, p. 7; P. AKESTER, *Portugal*, in B. Lindner e T. Shapiro (coordenadores), *Copyright in the Information Society: A Guide to National Implementation of the EC Directive*, Edward Elgar, 2.ª ed, 2019; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 339-358.

(4) Por exemplo, a Directiva sobre os Programas de Computador. Directiva do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (Dir. 2009/24/CE, versão codificada, que foi transposta pelo Decreto-Lei 252/94. Decreto-Lei 252/94, de 20 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei 334/97, de 27 de Novembro, texto consolidado. *Vide* B. CZARNOTA e R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe: a Guide to the EC Directive*, Butterworths, 1991; T. Dreier, «The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs», *European Intellectual Property Review*, 9, 1991, p. 319; J. M. A. BERKENS e G.O. M. ALKEMADE, «Software Protection: Life After the Directive», *European Intellectual Property Review*, 12, 1991, p. 476; J. HUET e J. GINSBURG, «Computer programs in Europe: A comparative analysis of the 1991 EEC Software Directive», *Columbia Journal of Transnational Law*, 30, 1992, p. 327; P. CORDEIRO e M. LOPES ROCHA, *Protecção jurídica do software*, Edições Cosmos, 1995; E. R. KROKER, «The Computer Directive and the Balance of Rights», *European Intellectual Property Review*, 5, 1997, p. 247; R. SAAVEDRA, *A Protecção Jurídica do Software e a Internet*, Sociedade Portuguesa de Autores, Publicações/D. Quixote, 1998; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 287-298.

tecção legal, o art. 68.º (1) do CDADC de 1985 avança que essa exploração pode ser feita «por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser». Trata-se de uma fórmula aberta e flexível que permite o ajustamento, *inter alia*, em função da evolução tecnológica. Em seguida, dispõe o art. 68.º (2) do CDADC de 1985, exemplificativamente, sobre os diversos modos de exploração da obra, estatuidando que assiste ao autor, entre outros, o direito exclusivo de executar (ou autorizar a execução por terceiro) certos actos. Mas a protecção advinda do art. 68.º (2) do CDADC de 1985 é complementada pelos seguintes diplomas:

- Decreto-Lei 252/94, de 20 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei 334/97, de 27 de Novembro, que procedeu à transposição da Directiva sobre os Programas de Computador (**direito de dispor do programa de computador**);
- Decreto-Lei 332/97 de 27 de Novembro, alterado pelas Leis 24/2006, de 30 de Junho, e 16/2008, de 1 de Abril, que procedeu à transposição da Directiva sobre o Aluguer e o Comodato (**direitos de aluguer e de comodato**);
- Decreto-Lei 333/97, de 27 de Novembro, que procedeu à transposição da Directiva sobre a Radiodifusão por Satélite e a Retransmissão por Cabo (**direitos de transmissão por satélite e de retransmissão por cabo**); e
- Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho, que procedeu à transposição da Directiva sobre as Bases de Dados (**direito de dispor da base de dados**).

Ou seja, o art. 68.º (2) do Código confere certos direitos ao autor, mas os direitos do autor não se esgotam nesse artigo. Há que ter em conta diplomas avulsos que subsistem à margem do Código e que estabelecem, por exemplo, o direito de dispor do programa de computador, direitos de aluguer e de comodato, direitos de transmissão por satélite e de retransmissão por cabo e o direito de dispor da base de dados.

Esta manta de retalhos que rege o Direito de Autor dificulta uma interpretação clara e coesa do quadro normativo jusautorais, que já de si tutela matéria complexa.

### 3. A cópia pirata

#### 3.1. As exceções e limitações

A outorga do direito de autor é acompanhada de exceções e limitações a esse direito, as quais consistem em preceitos integrados, nas leis de direito de autor, que restringem o direito de explorar a obra<sup>(5)</sup>. Tais restrições têm como premissa o papel fundamental das obras literárias e artísticas no plano do estudo, da instrução e do saber. É dessa função de foro cultural e social desempenhada pelas obras literárias e artísticas que deriva a colocação de restrições aos direitos exclusivos dos autores, com vista a facilitar o acesso à educação, à cultura e ao conhecimento.

As utilizações livres e as licenças de natureza compulsória configuraram-se como as restrições mais significativas. As utilizações livres das obras, nos termos estabelecidos pela lei, são, em regra, gratuitas embora possam estar sujeitas a uma remuneração equitativa, enquanto das licenças compulsórias advém, por norma, para o autor, o direito de obter essa remuneração equitativa que é fixada na falta de acordo entre as partes pela autoridade competente<sup>(6)</sup>.

Grosso modo, existem três categorias de exceções e limitações: (i) as que salvagam, fundamentalmente, os direitos do indivíduo (autorizando, por exemplo, a reprodução para uso privado e não comercial), (ii) as que tutelam interesses de cariz comercial (tolerando, por exemplo, a descompilação de programas de computador para efeitos de interoperabilidade) e (iii) as que se destinam a promover a disseminação da informação e do conhecimento para o bem comum (permitindo, por exemplo, que certas entidades, como bibliotecas, arquivos, museus e estabelecimentos de ensino executem certos actos).

#### *A cópia privada*

No que toca às exceções e limitações que incidem apenas sobre o direito à reprodução, o art. 5.º (2) (a)-(b) da Directiva sobre a Sociedade da

---

<sup>(5)</sup> C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention*, OMPI, 1978, parágrafos 9.6-9.13; S. RICKETSON e J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006, parágrafos 13.03-13.37; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 117-132.

<sup>(6)</sup> Organização Mundial da Propriedade Intelectual, *Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights*, OMPI, 1978, p. 144.

Informação foi implementado pelo art. 75.º (2) (a) do CDADC de 1985, que autoriza:

- A reprografia, isto é, a reprodução de obra, para fins exclusivamente privados, em papel (ou suporte similar), realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica (ou processo com resultados semelhantes), com excepção das partituras; e
- A cópia privada, ou seja, a reprodução em qualquer meio, analógico ou digital, realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais (quer directos, quer indirectos).

Consequentemente, a cópia privada é hoje aplicável tanto ao campo do analógico como do digital.

### 3.2. A licitude de origem

Ainda na sequência da implementação da Directiva sobre a Sociedade da Informação no ordenamento jurídico nacional, o conceito de licitude de origem foi introduzido no art. 75.º (3) do CDADC de 1985, preceito esse que autoriza, na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução, a distribuição de exemplares desde que licitamente reproduzidos. Isto é, fez-se depender a legalidade da distribuição dos exemplares da licitude da sua reprodução.

Visto que o art. 68.º do CDADC de 1985 circunscreve o direito de distribuição ao âmbito dos exemplares tangíveis, deve concluir-se que o requisito da licitude de origem não se aplica ao digital.

Uma vez que a única referência ao conceito de «licitude de origem» se circunscreve ao art. 75.º (3) do CDADC de 1985, não sendo essa licitude exigida no âmbito da cópia privada, legitima-se a execução de cópias a partir de cópias ilícitas, isto é, a partir de cópias que não tenham sido, por sua vez, reproduzidas licitamente – como frequentemente sucede quando são feitos downloads através dos sistemas Peer to Peer ou P2P<sup>(7)</sup>.

Tal conclusão apenas pode ser afastada, casuisticamente, mediante o recurso à chamada *regra dos três passos*, constante do art. 75.º (4) do CDADC de 1985, em casos em que a aplicação da excepção atinja a explo-

---

(7) Vide P. AKESTER, «Copyright and the P2P Challenge», *European Intellectual Property Review*, 3, 2005, p. 106.

ração normal da obra ou cause um prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor<sup>(8)</sup>.

### 3.3. A orientação do TJUE neste campo

Segundo o TJUE o regime de cópia privada doméstico não pode ser considerado conforme ao Direito da União Europeia, devendo o art. 5.º (2) (b) da Directiva sobre a Sociedade da Informação ser interpretado no sentido de que não abrange a cópia privada efectuada a partir de uma fonte ilícita<sup>(9)</sup>.

Declarou aquele Tribunal que o art. 5.º (2) (b) da Directiva sobre a Sociedade da Informação proíbe os titulares de direitos de invocarem os seus direitos no âmbito da feitura de cópias privadas das suas obras, mas não os manda tolerar violações dos seus direitos quando tais violações acompanham a realização dessas cópias.

Salientou, o TJUE, que as legislações dos Estados Membros devem distinguir em função da natureza lícita ou ilícita da fonte a partir da qual é efectuada uma reprodução para uso privado, sob pena de violarem certos requisitos estabelecidos no art. 5.º (5) da Directiva sobre a Sociedade da Informação.

De acordo com aquele Tribunal, «admitir que essas reproduções possam ser efectuadas a partir de uma fonte ilícita fomentaria a circulação de obras contrafeitas ou pirateadas, diminuindo assim necessariamente o volume das vendas ou de outras transacções legais relativas às obras protegidas, pelo que prejudicaria a sua exploração normal», sendo que «tal seria susceptível de provocar (...) um prejuízo injustificado aos titulares do direito de autor»<sup>(10)</sup>.

---

(8) Vide M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: an analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, Kluwer Law International, 2004; Organização Mundial do Comércio, *Report of the Panel established under Article 6 of the Dispute Settlement Understanding and Article 64 (1) of the TRIPS Agreement: United States. Section 110 (5) of the US Copyright Act*, in *Dispute Settlement Reports*, Cambridge University Press, 2008.

(9) *ACI Adam BV e outros v. Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, Acórdão do TJUE, Processo C-435/12, 10 de Abril de 2014.

(10) *ACI Adam BV e outros v. Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, Acórdão do TJUE, Processo C-435/12, 10 de Abril de 2014, 39-40.

### 3.4. Consequências

A questão não é metafísica, tendo consequências práticas. A lei portuguesa legítima, por exemplo, downloads através de sistemas Peer to Peer ou P2P, como os sistemas Kazaa, Limewire, BearShare, Morpheus e Acquisition, que estabelecem conexão a redes como a rede Gnutella, permitindo o acesso a outros sistemas e a partilha de cópias piratas.

## 4. O registo da obra

### 4.1. O imperativo internacional

A nível internacional, a Convenção de Berna<sup>(11)</sup> assenta em certas regras fundamentais, uma das quais consiste na concessão de protecção independentemente do cumprimento de quaisquer requisitos formais. Com efeito, de acordo com o art. 5.º (2) da Convenção de Berna, «o gozo e o exercício destes direitos não estão subordinados a qualquer formalidade».

Enquanto a Convenção de Berna impede a exigência de quaisquer formalidades como requisito de protecção, a Convenção Universal sobre Direito de Autor<sup>(12)</sup> exige o seu cumprimento, considerando, contudo, satisfeitas quaisquer formalidades exigidas pela legislação interna de um

---

<sup>(11)</sup> Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas, 1886, acto de Paris, 1971. Vide C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention*, OMPI, 1978; J. CAVALLI, *La genèse de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, Imprimeries Réunies, 1986; A. BOGSCH, «The First Hundred Years of the Berne Convention», *Copyright*, 22, 1986, p. 322; M. STOJANOVIC, «Quel avenir pour la Convention de Berne?», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 130, 1986, p. 3; E. ULMER, «One Hundred Years of the Berne Convention», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 17: 6, 1986, p. 707; S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886-1986*, Kluwer, 1987; S. RICKETSON, «The Shadow Land of Bern: a Survey of the Hidden Parts of the Berne Convention — Part I», *European Intellectual Property Review*, 7, 1988, p. 197; S. RICKETSON, «The Shadow Land of Bern: a Survey of the Hidden Parts of the Berne Convention — Part II», *European Intellectual Property Review*, 9, 1988, p. 267; S. RICKETSON, «The Shadow Land of Bern: a Survey of the Hidden Parts of the Berne Convention — Part III», *European Intellectual Property Review*, 2, 1989, p. 58; S. RICKETSON e J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 381-394.

<sup>(12)</sup> Artigo III (1) da Convenção Universal sobre Direito de Autor. P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 395-398.

Estado Contratante se todos os exemplares da obra apresentarem o símbolo © acompanhado do nome do titular de direitos e da indicação do ano da sua primeira publicação.

Dada a aplicação generalizada da Convenção de Berna, o cumprimento de formalidades como condição de protecção apenas é exigido como condição de protecção por um pequeno número de países, número esse que diminui à medida que aumenta a aderência ao Acordo TRIPS<sup>(13)</sup>, o qual impõe, neste campo, a observância do disposto na Convenção de Berna.

Refira-se que os Estados Unidos, na sequência da sua adesão tardia à Convenção de Berna aboliram, com grande relutância, a exigência do cumprimento de formalidades para subsistência de protecção autoral, tendo mantido, não obstante, o sistema de registo, de depósito e de *copyright notice* para outros efeitos. Por exemplo, o registo é requisito indispensável para a interposição de uma acção judicial em relação a obras norte-americanas e a ausência de depósito é punível com multa<sup>(14)</sup>.

#### 4.2. A lei doméstica

Na senda do art. 5.º (2) da Convenção de Berna, o art. 12.º do CDADC de 1985, estabelece que a protecção autoral é reconhecida independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade.

Em conformidade com o art. 5.º (2) da Convenção de Berna e com o art. 12.º do CDADC 1985, dita o art. 213.º desse diploma que a protecção autoral não depende do preenchimento de qualquer formalidade, incluindo o registo.

Todavia, esta norma geral encontra-se sujeita a algumas excepções, podendo em certos casos o registo ter carácter constitutivo e afastando-se, então, a lei doméstica do referido art. 5.º (2) da Convenção de Berna.

---

<sup>(13)</sup> TRIPS. Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, Marraquexe, 1994. Vide C.M. CORREA, «TRIPS, Copyright and Related Rights», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 25: 4, 1994, p. 543; M.A. HAMILTON, «TRIPS: Imperialistic, Outdated and Overprotective», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May 1996, 29, p. 613; D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*, 3.ª ed., Sweet e Maxwell, 2008; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 405-412.

<sup>(14)</sup> Vide Secções 401-412, Copyright Act of 1976 and Related Laws Contained in Chapter 17 of the United States Code.

Com efeito, há que interpretar os arts. 214.º a 216.º do CDADC de 1985 à luz do DL n.º 143/2014, de 26 de Setembro, Registo de Obras Literárias e Artísticas, uma vez que este último diploma atribui efeito constitutivo aos factos previstos em tais artigos.

O DL n.º 143/2014, de 26 de Setembro tomou como premissa que o registo é, em regra, facultativo, sem prejuízo, segundo o art. 213.º do CDADC de 1985, «do disposto no artigo seguinte», tendo concluído que o legislador havia pretendido atribuir efeito constitutivo não apenas aos factos elencados no art. 214.º do CDADC de 1985 mas também, ao disposto nos arts. 215.º e 216.º do CDADC de 1985.

Resulta do art. 214.º do CDADC de 1985 que o registo é necessário para efectividade da protecção legal no que toca ao título da obra não publicada e aos títulos dos jornais e outras publicações periódicas, o art. 215.º do CDADC de 1985 elenca factos que se encontram sujeitos a registo, incluindo os que «importem constituição, transmissão, oneração, alienação, modificação ou extinção do direito de autor» e decorre do art. 216.º do CDADC de 1985 que o nome literário ou artístico pode ser registado em benefício do criador de obra anteriormente registada, para mero efeito da publicação do seu uso.

Como referido supra há que interpretar os arts. 214.º a 216.º do CDADC de 1985 à luz do DL n.º 143/2014, de 26 de Setembro, Registo de Obras Literárias e Artísticas, diploma esse que atribui efeito constitutivo aos factos previstos em tais artigos.

### 4.3. Incumprimento da norma internacional

Note-se que a interpretação subjacente a tal Decreto Lei não coloca dificuldades em geral, gerando, todavia, uma questão crucial que se prende com a constituição do direito de autor.

À sombra da Convenção de Berna a constituição do direito de autor não pode estar sujeita a registo, isto é, o direito de autor tem de emergir com o mero acto de criação da obra (quer se trate de um livro, de uma peça musical ou teatral, de um filme, de um programa de computador ou de uma base de dados).

Ao exigir o registo como condição de protecção a nossa lei afasta-se da Convenção de Berna, exigência essa que tem de ser eliminada para que se ponha termo a tal violação da lei internacional.

## 5. As medidas tecnológicas de protecção do direito de autor

### 5.1. Quadro normativo internacional

A tecnologia digital trouxe consigo novas modalidades de violação de direitos, permitindo a execução de actos ilícitos em grande escala, com enorme facilidade e rapidez, e praticamente com ausência de custos. Constatados os desafios resultantes da tecnologia digital e os prejuízos daí advenientes para as indústrias culturais, estas recorreram às medidas tecnológicas para impedir ou restringir o acesso e/ou a reprodução de conteúdos sem autorização. Para evitar que essas medidas tecnológicas fossem neutralizadas impunemente, consagrou-se legislação internacional, regional e nacional contra a neutralização dessas medidas<sup>(15)</sup>.

No plano internacional, a protecção das medidas tecnológicas foi consagrada, pela primeira vez nos Tratados OMPI de 1996<sup>(16)</sup>; no art. 11.º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e no art. 18.º do Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas.

### 5.2. A Directiva sobre a Sociedade da Informação

Na União Europeia, as obrigações respeitantes às medidas tecnológicas decorrentes dos Tratados da OMPI foram implementadas através do art. 6.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação<sup>(17)</sup>, artigo esse que

---

<sup>(15)</sup> Vide D. S. MARKS, B. H. TURNBULL, «Technical protection measures: the intersection of technology, law and commercial licences», *European Intellectual Property Review*, 2000, p. 198.

<sup>(16)</sup> Tratado da OMPI sobre Direito de Autor. Tratado da OMPI sobre direito de autor, Genebra, 1996 e Tratado da OMPI sobre interpretações ou execuções e fonogramas, Genebra, 1996. Vide M. FLINT, «WIPO Diplomatic Conference — Bern Convention meets the new technologies», *Copyright World*, 66, 1997, p. 9; J. REINBOTHÉ e S. VON LEWINSKI, «The New WIPO Treaties: a First Resume», *European Intellectual Property Review*, 4, 1997, p. 171; H. ROSENBLATT, «The WIPO Diplomatic Conference, The Birth of Two New Treaties», *Computer Law e Security Review*, 13: 5, 1997, p. 307; T.C. VINJE, «The New WIPO Copyright Treaty: a Happy Result in Geneva», *European Intellectual Property Review*, 5, 1997, p. 230; J. REINBOTHÉ e S. VON LEWINSKI, «The WIPO Treaties 1996 — Ready to Come into Force», *European Intellectual Property Review*, 2002, p. 199; M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2000; J. REINBOTHÉ e S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths, 2002; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 413-430.

<sup>(17)</sup> Vide P. AKESTER, *A Practical Guide do Digital Copyright Law*, Sweet e Maxwell, 2008, parágrafos 6.01-6.209; P. AKESTER, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, 2013, pp. 209-221.

proíbe a neutralização de «medidas tecnológicas eficazes», bem como as actividades (incluindo o fabrico, a distribuição de dispositivos ou componentes e as prestações de serviços) que sejam promovidas para neutralizar a protecção em causa.

Não obstante a protecção jurídica conferida contra a neutralização de medidas tecnológicas, os Estados Membros devem promover, segundo o mesmo preceito, medidas voluntárias tomadas pelos titulares de direitos de modo a garantir o funcionamento de certas excepções ou limitações (que denominaremos de «excepções ou limitações privilegiadas»).

A directiva não elucida devidamente o conceito de «medidas voluntárias», pressupondo-se que tais medidas possam incluir a disponibilização ao beneficiário de uma excepção ou limitação privilegiada, de uma cópia descodificada da obra em causa ou de uma chave de descodificação.

O art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade da Informação elenca de forma clara e taxativa o leque de excepções ou limitações privilegiadas:

- A reprodução, em papel ou suporte semelhante, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes;
- Os actos específicos de reprodução, praticados por bibliotecas, por estabelecimentos de ensino, por museus acessíveis ao público ou por arquivos;
- As gravações efémeras de obras realizadas por organismos de radiodifusão;
- As reproduções de transmissões radiofónicas, efectuadas por instituições sociais, tais como hospitais ou prisões;
- A utilização, unicamente com fins de ilustração, para efeitos de ensino ou de investigação científica;
- A utilização a favor de pessoas portadoras de deficiências; e
- A utilização para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais.

Ou seja, prevendo o art. 5.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação vinte e uma excepções e limitações, o art. 6.º (4) apenas acautela o funcionamento de sete. Consequentemente, as excepções e limitações que não são ressalvadas pelo art. 6.º (4) podem ser neutralizadas, livremente, através da utilização de medidas tecnológicas.

Verificada a ausência de intervenção dos titulares de direitos, a intervenção dos Estados Membros surge, a título subsidiário, sob a forma de medidas adequadas. Note-se que a directiva não define o conceito de «medidas adequadas», havendo uma mera referência, no quinquagésimo primeiro considerando, à «alteração de uma medida de carácter tecnológico implementada» ou a «outros meios».

#### *A lei doméstica*

Até há pouco tempo o Estado português seguia a lei comunitária. Sucede que o Código foi alterado há cerca de 2 anos por certa lei: a Lei 36/2017, de 2 de Junho, que garantiu o exercício dos direitos dos beneficiários das utilizações livres de obras (Lei 36/2017), permitindo a neutralização dessas medidas bem para além do que é autorizado pelo art. 6.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação. Senão vejamos.

### **5.3. O art. 217.º do CDADC de 1985**

Em cumprimento do art. 6.º da Directiva sobre a Sociedade da Informação, o art. 217.º (1) do CDADC de 1985, tutela os titulares de direitos de autor e conexos, bem como do direito *sui generis* em bases de dados (mas não dos programas de computador) contra a neutralização de qualquer «medida eficaz de carácter tecnológico».

Em seguida, o art. 217.º (2) do CDADC de 1985 estabelece o conceito de «medidas de carácter tecnológico».

Na sua anterior redacção entendia a lei por «medidas de carácter tecnológico» toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizados pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, não devendo considerar-se como tais:

- a) um protocolo;
- b) um formato;
- c) um algoritmo;
- d) um método de criptografia, de codificação ou de transformação.

A actual redacção, decorrente da alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017, não classifica nem tutela como medidas tecnológicas aquelas

que impeçam ou restrinjam as utilizações livres previstas no art. 75.º (2), no art. 81.º, do art. 152.º (4) e do art. 189.º (1) do CDADC de 1985.

Pretende o legislador que as medidas de carácter tecnológico não constituam um obstáculo ao exercício pelos beneficiários das utilizações livres, em geral<sup>(18)</sup>.

Sendo certo que esta alteração legislativa pode ser vista como uma «medida adequada» à sombra do art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação (*vide supra*), é também verdade que o preceito comunitário elenca, de forma taxativa o leque de excepções ou limitações cujo funcionamento deve ser garantido.

*Conclui-se, pois, que a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 ao art. 217.º (3) do CDADC de 1985 vai para além do permitido pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, afastando a tutela das medidas tecnológicas que impeçam ou restrinjam as utilizações livres praticamente no seu todo e não apenas as que impeçam ou restrinjam o exercício de excepções ou limitações privilegiadas.*

#### 5.4. O art. 221.º do CDADC de 1985

O art. 221.º do CDADC de 1985 trata da interacção entre as medidas tecnológicas e as excepções e limitações, matéria que a nível comunitário é regida pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade da Informação, o qual prevê, *inter alia*, que os titulares de direitos tomem medidas voluntárias para garantir a convivência harmoniosa entre as mesmas.

Na sua anterior redacção afirmava o art. 221.º (1) do CDADC de 1985 que as medidas eficazes de carácter tecnológico não deviam constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas nos arts. 75.º (2) (a), (e), (f), (i), (n), (p), (q), (r), (s) e (t), 81.º (b), 152.º (4) e 189.º (1) (a), (c), (d), e (e).

*A actual redacção, decorrente da alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017, é ainda mais abrangente, havendo que concluir, como se fez em relação ao art. 217.º (3) do CDADC de 1985, que também aqui a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 vai*

---

<sup>(18)</sup> Resposta pedido de parecer/contributos sobre os Projectos de Lei 406/XIII2 (GPBE) e 4523/XI112 (GPPCP), Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Cultura, 29 de Julho de 2013.

*muito para além do permitido pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, afastando a tutela das medidas tecnológicas que impeçam ou restrinjam as utilizações livres praticamente no seu todo e não apenas das que impeçam ou restrinjam o exercício de excepções ou limitações privilegiadas.*

Passando ao art. 221.º (3) do CDADC de 1985, que também releva neste contexto, na sua anterior redacção, estabelecia este preceito de forma inovadora que perante a ausência das «mediadas voluntárias» (referidas no art. 221.º (2) do CDADC de 1985 na sua anterior redacção), se uma medida eficaz de carácter tecnológico impedisse ou restringisse o uso ou a fruição de uma excepção ou limitação por parte de um beneficiário que tivesse legalmente acesso ao bem protegido, o lesado podia solicitar à Inspeção-Geral das Actividades Culturais o acesso aos meios depositados.

A actual redacção do art. 221.º (2) do CDADC de 1985, decorrente da alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017, abandona a referência à Inspeção-Geral das Actividades Culturais e ao referido recurso a meios depositados junto de tal entidade.

Afirma, sim, não tutelar qualquer medida eficaz de carácter tecnológico que impeça ou restrinja o uso ou a fruição livre de uma obra por parte de um beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido ou que tenha sido aplicada sem autorização do titular de direitos de autor ou de direitos conexos.

*A actual redacção pode ser vista como uma «medida adequada» à sombra do art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, mas mais uma vez há que concluir, como se fez em relação ao art. 217.º (3) do CDADC de 1985, que também aqui a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 vai para além do permitido pelo art. 6.º (4) da Directiva sobre a Sociedade de Informação, afastando a tutela das medidas tecnológicas que impeçam ou restrinjam as utilizações livres praticamente no seu todo e não apenas as que impeçam ou restrinjam o exercício de excepções ou limitações privilegiadas.*

## 5.5. Conclusão

A tutela das medidas tecnológicas gerou alguma controvérsia ao nível da sociedade civil, por se ter verificado que, por um lado, essas medidas podem impedir o beneficiário de uma excepção ou limitação de beneficiar

da mesma ou vedar aos membros do público o acesso a obras e a prestações ainda que estas se encontrem no domínio público e, por outro lado, encontrando-se tais medidas tecnológicas tuteladas pela lei a sua neutralização será punida ainda que as medidas em causa tenham os referidos efeitos indesejáveis<sup>(19)</sup>.

Respondendo às preocupações dos últimos anos no que toca aos possíveis efeitos secundários da protecção das medidas eficazes de carácter tecnológico, dita a Declaração Acordada Relativamente ao art. 15.º do Tratado de Pequim, que nada neste artigo impede que uma das Partes Contratantes proceda à adopção de medidas eficazes e necessárias para garantir que um beneficiário possa desfrutar de excepções e limitações previstas na legislação nacional dessa Parte Contratante, em conformidade com o art. 13.º, quando (i) se verifique a aplicação de medidas tecnológicas a uma prestação audiovisual, (ii) o beneficiário de uma excepção ou limitação tenha acesso legítimo a tal prestação e (iii) os titulares de direitos em causa não tomem medidas apropriadas e eficazes para permitir que o beneficiário possa gozar dessa excepção ou limitação.

À sombra desta declaração uma Parte Contratante poderá permitir, em circunstâncias restritas, a neutralização de uma medida tecnológica aplicada de acordo com o art. 15.º, quando tal medida impeça o gozo de uma excepção ou limitação no âmbito de uma prestação audiovisual por quem tenha acesso legítimo à mesma.

Acrescenta a Declaração Acordada Relativamente ao art. 15.º do Tratado de Pequim que as obrigações previstas nesse preceito não são aplicáveis às prestações que não são tuteladas ou cuja protecção já expirou.

Consequentemente, podem ser aplicadas medidas tecnológicas a prestações audiovisuais que não merecem tutela autoral ou cuja tutela já expirou, mas a neutralização dessas medidas não será penalizada pela lei. Legítima é, pois, a neutralização de medidas tecnológicas aplicadas a prestações que não são tuteladas ou cuja protecção já expirou. Caso contrário, prolongar-se-ia a longevidade da protecção da prestação audiovisual em causa, por meio de medidas tecnológicas, quando a própria lei já

---

(19) Vide S. DUSOLLIER, «Exception's and technological measures in the European Copyright Directive of 2001 — an empty promise», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 34, 2003, p. 62; T. FOGED, «US v. EU anti-circumvention legislation: preserving the public's privileges in the digital age?», *European Intellectual Property Review*, 2002, p. 525; P. AKESTER, «Technological accommodation of conflicts between DRM and freedom of expression: the first empirical assessment», Social Science Research Network, 2009 e P. AKESTER, «The Impact of Digital Rights Management on Freedom of Expression — the First Empirical Assessment», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 1, 2010, p. 31.

não oferece protecção — cenário que tem vindo a ser denominado de *digital lock up*.

O art. 7.º do Tratado de Marraquexe, de 2013, vai mais longe, ao impor a adopção, pelas Partes Contratantes, de medidas que garantam que a tutela jurídica contra a neutralização de medidas tecnológicas não impeça as pessoas com incapacidade visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso de beneficiar das excepções e limitações estabelecidas nesse Tratado.

No entanto, nem os Tratados OMPI sobre Direito de Autor e sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, nem a Directiva sobre a Sociedade da Informação permitem, por ora, a alteração legislativa introduzida pela Lei 36/2017 *supra* descrita.

E este incumprimento tem consequências práticas. Por exemplo, a Amazon e a Apple, utilizam medidas tecnológicas no campo dos E-Books (respectivamente, Mobipocket e FairPlay DRM) para impedir a cópia e a disseminação ilícitas de livros em formato digital e em Portugal, hoje, a eliminação dessas medidas tecnológicas é permitida, em geral, em violação da lei comunitária (que apenas tal autoriza em casos restritos).

## 6. A Directiva Mercado Único Digital

Por último, como sabemos, a famosa Directiva Mercado Único Digital<sup>(20)</sup> terá de ser transposta para o território nacional a breve trecho. O processo de transposição não será fácil porque a Directiva deixa múltiplos conceitos em aberto<sup>(21)</sup>.

Por exemplo:

- Que *prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha* são abrangidos pelo art. 13.º (art. 17.º de acordo com a nova numeração)?

---

<sup>(20)</sup> Directiva 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Directivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

<sup>(21)</sup> M. SENFLEBEN, «Bermuda Triangle — Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market», Social Science Research Network, 2019; A. SAVIN, «Harmonising Private Law in Cyberspace: The New Directives in the Digital Single Market Context, Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 19-35.

- Como se devem manifestar os *best efforts* das grandes plataformas no sentido de obterem autorização para uso de conteúdos protegidos pelo direito de autor?
- Em sede de medidas tecnológicas para evitar actos ilícitos nos sistemas das grandes plataformas, em que consistem *medidas adequadas e eficazes*?
- Em sede de medidas tecnológicas para evitar actos ilícitos nos sistemas das grandes plataformas, quando é que o processo é *demasiadamente oneroso em termos financeiros* para as grandes plataformas?
- No que respeita aos professores e alunos, em que circunstâncias concretas estão *facilmente disponíveis no mercado acordos de licenciamento adequados às necessidades e especificidades dos estabelecimentos de ensino*?
- No que toca a partilhas executadas online pelos utilizadores, em que se traduzem *proventos insignificantes*?
- No atinente à possibilidade de os utilizadores executarem hiperligações a notícias, a que montam *excertos curtos*?

O difícil processo de negociação, a intensa polémica e os constantes anúncios da iminente morte da Internet levaram à introdução, no texto eventualmente aprovado, de soluções de compromisso sob a forma de múltiplos conceitos vagos que agora carecem de estudo e de preenchimento a nível nacional.

## 7. Epílogo

Tendo em conta (i) que legislador doméstico terá de alterar a lei de direito de autor para efeitos de transposição da Directiva sobre o Direito de Autor no Mercado Único Digital para o território nacional, (ii) que temos hoje uma legislação de direito de autor que inclui, a nível básico, não apenas o Código, mas, também, diplomas avulsos, o que dificulta, por demais, uma interpretação clara e coesa de normas cruciais e (iii) o incumprimento de normas comunitárias e internacionais, urge reformar o Código de Direito de Autor e Direitos Conexos com coerência e absoluto respeito pelos preceitos comunitários e internacionais a que o Estado português se encontra obrigado.

Em suma, o Código é hoje uma manta de retalhos sem nexo e inclui violações da lei internacional e da lei comunitária que devem ser eliminadas. Impõe-se que o legislador proceda à urgente reforma do Código com coerência e com absoluto respeito pelos preceitos internacionais e comunitários a que o Estado português se encontra obrigado. Não basta a implementação da Directiva Mercado Único Digital para dotar o país de uma lei robusta e com sentido para esta área.

*Haja coragem!*

# A COVID-19 E A (RE)DESCOBERTA DO REGIME RELATIVO AO USO DE MEIOS TELEMÁTICOS NO FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS SOCIAIS

Por Paulo de Tarso Domingues(\*)

## SUMÁRIO:

1. A Covid-19 e a (re)descoberta do regime relativo ao uso de meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais. 2. A consagração vanguardista dos meios telemáticos no CSC, com a reforma de 2006. 3. Traços axiais do regime. 4. O recurso à telemática: a convocatória. 5. A informação preparatória da assembleia. 6. A inclusão de assuntos na ordem do dia. 7. Os instrumentos de representação. 8. A realização da assembleia: os novos modelos de AG. 9. O voto eletrónico. 10. A ata e a respetiva assinatura.

## 1. A Covid-19 e a (re)descoberta do regime relativo ao uso de meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais

Os tempos inauditos criados pela Covid-19, e que obrigaram a uma situação de confinamento e recolhimento por parte das pessoas, tornaram premente — em todas áreas e esferas de ação, seja ao nível pessoal, familiar, profissional, cultural, comercial, industrial, etc. — o recurso aos modernos meios telemáticos de comunicação<sup>(1)</sup>. As sociedades não fica-

---

(\*) Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Sócio da Abreu Advogados.

(1) Que permitindo a realização de reuniões virtuais, conseguiram — dada a possibilidade de contacto áudio e vídeo —, em grande medida, esbater o afastamento físico e social que foi imposto às pessoas.

ram também — obviamente! — imunes aos efeitos desta pandemia, tendo a mesma originado perturbações no normal funcionamento dos órgãos societários, em especial, no que respeita à realização das assembleias gerais<sup>(2)</sup>, que levaram, de resto, o legislador a intervir sobre a matéria, por forma a tentar minimizar as consequências e as dificuldades que — para aquelas reuniões de sócios — resultavam do referido confinamento a que as pessoas foram sujeitas.

Com efeito, através do DL 10-A/2020, de 13 de março, o legislador veio prorrogar, para 30 de junho, o prazo para a realização das assembleias gerais anuais de aprovação de contas (cf. art. 18.º deste diploma). Por outro lado, com a Lei 1-A/2020, veio estabelecer-se a possibilidade de as reuniões dos órgãos colegiais de quaisquer entidades públicas ou privadas (onde se incluem, *il va sans dire*, as sociedades) poderem ser realizadas com recurso a meios telemáticos (cf. art. 5.º, n.º 1 do diploma). Apesar da manifesta amplitude desta norma<sup>(3)</sup>, a verdade é que a mesma — por ser tão genérica — deixou por resolver inúmeros problemas e questões que se suscitam com a possibilidade de as reuniões dos órgãos colegiais serem realizadas de forma virtual. Para referir apenas alguns: como é que se convocam os participantes para reunião? Como se controla a sua identificação? De que forma é que podem participar na reunião: apenas por áudio ou por imagem e som? Como se assegura a autenticidade e a segurança das declarações dos participantes?

Importa, por isso, descobrir (ou redescobrir) o regime do ordenamento jurídico português aplicável nesta sede — o qual, apesar de já se encontrar consagrado e em vigor desde 2006, manteve-se, na nossa *praxis* societária, quase completamente na penumbra —, por forma a tentar compreender se é possível e viável, e em que termos, o recurso aos meios telemáticos para o funcionamento dos órgãos societários. A presente análise não respeita, pois, ao, chamemos-lhe assim, “regime Covid” — i. é, às soluções legais que, com caráter transitório<sup>(4)</sup>, foram aprovadas para fazer face à situação extraordinária criada pela Covid-19 —, mas ao regime geral consagrado no nosso ordenamento jurídico sobre esta matéria, que já

---

(2) Tenha-se presente que, por regra, as contas das sociedades devem ser aprovadas pelos sócios até ao final do mês de março (cf. art. 65.º, n.º 5 CSC), tendo sido, precisamente, nesse período que a pandemia se disseminou entre nós.

(3) O texto da norma é o seguinte: “A participação por meios telemáticos, designadamente vídeo ou teleconferência de membros de órgãos colegiais de entidades públicas ou privadas nas respetivas reuniões, não obsta ao regular funcionamento do órgão, designadamente no que respeita a quórum e a deliberações, devendo, contudo, ficar registado na respetiva ata a forma de participação”.

(4) Como é o caso das duas normas a que acima se fez referência.

era aplicável antes da pandemia e que o continuará a ser após a mesma ter cessado.

É, pois, esse o caminho que aqui nos propomos fazer, revisitando um texto que redigimos sobre esta temática, logo em 2006<sup>(5)</sup>, no ano em que com a grande reforma operada no Código das Sociedades Comerciais, levada a cabo pelo DL 76-A/20076, de 29 de março, se passou a consagrar expressamente a possibilidade de recurso, no âmbito societário, a estas ferramentas. A presente análise, retomando esse texto, terá em conta as alterações legislativas entretanto ocorridas<sup>(6)</sup>, bem como as reflexões e o amadurecimento de ideias que o tempo sempre proporciona.

## 2. A consagração vanguardista dos meios telemáticos no CSC, com a reforma de 2006

É curioso notar que, um pouco paradoxalmente<sup>(7)</sup>, o direito das sociedades — *v.g.*, quanto à matéria de que agora cuidamos: o funcionamento dos órgãos sociais, *maxime* da assembleia geral — manteve-se refratário relativamente aos novos meios de comunicação que foram surgindo durante o século XX, nomeadamente o telegrama, o telefone, o telex, o faxe, etc.<sup>(8)</sup>. Contudo, no dealbar do século XXI, este ramo do

---

(5) Cf. o texto “Os meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais. Uma primeira aproximação ao regime do CSC”, que corresponde à nossa intervenção proferida no dia 15 de dezembro de 2006, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no congresso “Reformas do Código das Sociedades”, organizado pelo IDET — Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, e que se encontra publicado em *Reformas do código das sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007.

(6) Nomeadamente o aditamento de um novo n.º 10 ao art. 384.º CSC, efetuada pelo DL 49/2010, de 19 de maio; a alteração ao art. 4.º-A CSC levada a cabo pelo DL 79/2017, de 30 de junho; e a eliminação das ações ao portador, efetuada pela Lei 15/2017, de 3 de maio.

(7) Dados os princípios da liberdade de forma e celeridade nas operações negociais que subjazem a todo o direito comercial. Cf. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, Vol. II, *Sociedades comerciais — Doutrina geral*, Coimbra, 1968, p. 33 ss.; e COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 12.ª ed., 2019, p. 25 ss.

(8) Vide ULRICH NOACK, “Moderne Kommunikationsformen vor den Toren des Unternehmensrechts“, *ZGR*, 3/1998, p. 592 ss. Cf., entre nós, p. ex., o art. 249.º, n.º 4 CSC (a exigência de uma “carta”, como instrumento necessário para a representação do quotista em AG); o art. 380.º, n.º 2 CSC, que contém, para o mesmo efeito, no que respeita às SA, a exigência de “um documento escrito, com assinatura”; o art. 248.º, n.º 3 CSC (exigência de carta registada para a convocatória da AG nas SQ); nas SA, antes das alterações introduzidas pelo DL 111/2005, de 08 de Julho, a convocatória deveria ser publicada, nos termos dos arts. 377.º, n.º 2 e 167.º CSC, no Diário da República e num jornal da localidade da sede; etc.

Direito não conseguiu ficar imune à “marcha triunfal”<sup>(9)</sup>, à atração irresistível desse “admirável mundo novo” que se abriu com a Internet<sup>(10)</sup>, começando-se a assistir em direito comparado à consagração dos meios telemáticos pelas legislações societárias mais progressistas. Com efeito, embora com matizes e graus diferentes, a possibilidade de utilização das novas tecnologias de informação — nomeadamente no que respeita ao funcionamento dos órgãos societários — foi sendo prevista e regulada em diversos ordenamentos jurídicos. Assim, nos EUA, o Estado de Delaware, que é indiscutivelmente “the leading state of incorporation”<sup>(11/12)</sup>, alterou, em 2001, a sua *Delaware General Corporation Law*, no sentido de consagrar, em termos bastante generosos, o recurso aos modernos meios eletrônicos por parte das *corporations*<sup>(13)</sup>. Na Europa, a introdução das novas tecnolo-

<sup>(9)</sup> Cf. NOACK, “Moderne Kommunikationsformen ...”, p. 593.

<sup>(10)</sup> A telemática consiste no “conjunto de serviços e técnicas que combinam a utilização de recursos informáticos com os das telecomunicações” (cf. *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, Lisboa, 2001, entrada “telemática”, p. 3531. De resto, o vocábulo “telemática” resulta precisamente da aglutinação entre tele[comunicação] e [infor]mática). Ou seja, quando se fala de telemática, está-se a aludir à comunicação à distância através de meios informáticos; numa palavra está-se a falar fundamentalmente de Internet (e meios de comunicação eletrônicos com ela conexions), pelo que a matéria que aqui nos propomos abordar é a forma como o direito societário assimilou e se ajustou a estas novas tecnologias.

<sup>(11)</sup> R. HAMILTON, *The law of corporations*, West Publishing Company, St, Paul, Minnesota, 2000, p. 67, e WILLIAM CARY, “Federalism and corporate law: reflexions upon Delaware”, *Yale Law Journal*, 83 (1974), p. 664 ss.

<sup>(12)</sup> Na verdade, mais de 50% das *public companies* norte-americanas são ali criadas, constando-se que esse número se eleva para 60% quando se reduz o universo às 500 maiores sociedades. E os números tornam-se ainda mais impressionantes, se se tiver presente que o segundo Estado com maior número de grandes empresas constituídas é o de Nova Iorque com apenas 25 sociedades. Cf. KENT GREENFIELD, “Democracy and the dominance of Delaware in corporate law”, *Boston College Law School Faculty Papers*, Paper 27, 2004, pp. 101 ss.; e MARK J. ROE, “Delaware’s Politics”, *Harvard Law Review*, 118 (June 2005), p. 2493 ss. *Vide* também CONAC, “Le capital dans le droit américain des sociétés”, in *Quel avenir pour le capital social?*, Paris, Dalloz, 2004, p. 154, nt 5, que dá notícia de que, em 2003, 45% das sociedades cotadas no NYSE eram sociedades constituídas no Estado de Delaware.

<sup>(13)</sup> *Vide* J. COX/T.L. HAZEN, *On corporations*, Aspen, New York, 2003, Vol. II, § 13.16; e J.L. HOLZMAN/T. MULLEN, “A new technology frontier for Delaware corporations”, *Delaware Law Review*, Vol. 4 (2001), 1, pp. 55 ss., onde os AA. concluem: “The technology amendments, as another example of Delaware’s consistent efforts to modernize and adapt the General Corporation Law to maintain its relevance and preeminence, enable Delaware corporations to take advantage of the revolutionary advances in communication technologies experienced over the past decade as well as future technological developments. The amendments do this in an enabling and flexible way — permitting corporate practitioners to determine the most appropriate and effective means of incorporating modern technologies into corporate governance matters. Importantly, the amendments do not shift the balance of power among corporate constituents and do not alter traditional fiduciary principles that attach to stockholder and director action. The amendments do present, however, an opportunity for all Delaware corporations to enhance stockholder participation in corporate decision making and to conduct formal corporate affairs using technologies now commonly used in modern business practices”.

gias no direito societário também ocorreu, no início deste século, no direito alemão<sup>(14)</sup>, no direito francês<sup>(15)</sup>, no direito italiano<sup>(16)</sup>, e no direito espanhol<sup>(17)</sup>. Por outro lado, ao nível da União Europeia, o Relatório *Winter*<sup>(18)</sup> veio igualmente recomendar — e idêntica solução foi acolhida no Plano de Ação que a Comissão Europeia, adotou, em 2003, para a modernização do direito das sociedades<sup>(19)</sup> — a modificação do direito comunitário no sentido de passar a ser possível a utilização da Internet e dos modernos meios eletrónicos nas relações que se estabelecem entre as sociedades e os respetivos sócios<sup>(20)</sup>.

---

(14) Na Alemanha, as alterações de regime foram efetuadas através de diversas leis, nomeadamente a *NaStraG* (*Gesetz zur Namensaktien und zur Erleichterung der Stimmrechtsübung*), de 18 de janeiro de 2001; a *FormVAnpG* (*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*), de 13 de julho de 2001; a *TransPuG* (*Gesetz zur weiteren Reform des Aktien-Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität*), de 19 de julho de 2002; e a *UMAG* (*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*), de 22 de setembro de 2005. Para uma primeira abordagem ao regime destas leis, em língua acessível, veja-se K. SCHMIDT, “La reforma alemana: las KonTraG y TransPuG de 1998 y 2002, y el código Cromme”, *RdS*, 2004-1, n.º 22, p. 19 ss.; F. JUAN Y MATEU, “La reforma de la AktG alemana por la UMAG de 22 de septiembre de 2005”, *RdS*, 2005-2, n.º 25, p. 187 ss.; e S. TURELLI, “Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie”, *RS*, 2004, 1, p. 133 ss.

(15) Em França, o novo regime foi introduzido pela *Loi du 15 Mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques* (designada por “NRE”), que entrou em vigor em maio de 2002. Sobre esta lei, vide GÉRARD HAAS, *Vote électronique et visioconférence en entreprise: mode d’emploi juridique*, em <<http://www.journaldunet.com/juridique/juridique020702.shtml>>, e YVES GUYON, «Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (Présentation générale)», *RevSoc*, 2001, 3, p. 593 ss.

(16) Em Itália, a consagração — com um caráter bastante mais tímido — destas novas tecnologias foi realizada com a profunda reforma do direito societário operada pelo D.lgs. 6/2003, de 17 de janeiro (que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2004). Vide, por todos, S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 139 ss.

(17) Através da chamada “Ley de transparência” (Ley 26/2003, de 17 de julho), que alterou as leis espanholas das sociedades anónimas e do mercado de valores. Sobre o regime resultante desta “Ley de transparência”, veja-se G. ALCOVER GARAU, “Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico”, in *Derecho de sociedades anónimas cotizadas — 10.º Aniversario Revista Derecho de Sociedades*, Vol. I, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 375 ss.

(18) A Comissão Europeia criou, em setembro de 2001, um grupo (designado *High Level Group of Company Law Experts*), constituído por especialistas de vários países membros, destinado a formular recomendações sobre a modernização do direito das sociedades. Este grupo era presidido por Jaap Winter, e daí, o nome por que, por antonomásia, se costuma designar o Relatório por ele elaborado. Note-se que este grupo de especialistas elaborou dois relatórios: um primeiro, de janeiro de 2002, relativo à proposta de Diretiva sobre OPA(s); o segundo — mais abrangente, com o título “A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe” —, de 4 de novembro de 2002. Doravante, quando nos referirmos, sem mais, ao Relatório *Winter*, é a este segundo relatório que pretendemos aludir.

(19) Que consta da Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 21/05/2003, com o título “Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia — Uma estratégia de futuro”, e que teve por base o Relatório *Winter* (cf. p. 15).

(20) As recomendações do relatório *Winter* apenas se referem, no entanto, no que a esta temática diz respeito, às sociedades cotadas. Vide Relatório *Winter*, p. 11 ss. e 56 ss. As recomendações do

É de realçar que as alterações legislativas referidas têm sido fundamentalmente impulsionadas pelos mercados de capitais, por força da internacionalização a que se tem assistido das praças bolsistas e da pressão exercida pelos investidores institucionais, no sentido de se melhorar a eficiência e transparência do mercado de capitais<sup>(21)</sup>. No que respeita especificamente à utilização dos meios telemáticos no funcionamento da AG, está sobretudo em causa facilitar e fomentar a participação dos sócios nas assembleias<sup>(22)</sup>, com isso se visando combater a “apatia dos acionistas”<sup>(23)</sup> e alcançar um mais eficiente sistema de *corporate governance*<sup>(24)</sup>. Porém, como se assinalará de seguida, é precisamente nestas sociedades (as sociedades abertas), onde a implementação e o uso destas novas tecnologias levanta mais problemas e suscita mais dificuldades<sup>(25)</sup>.

O legislador português — alinhando coevamente com os movimentos legislativos acima referidos e colocando-se na vanguarda da utilização dos meios telemáticos — veio também, aproveitando a grande reforma do CSC,

---

relatório Winter são também designadas por propostas SLIM-Plus, uma vez que elas, em grande medida, complementam as propostas do Grupo SLIM. A iniciativa SLIM (acrónimo para “Simpler Legislation for the Internal Market”) foi criada pela Comissão, em maio de 1996, com o objetivo de identificar possíveis formas de simplificar a legislação do mercado único. Esta iniciativa desdobrou-se em várias fases, tendo sido na quarta fase do SLIM, lançada em maio de 1998, que — para além de duas outras áreas legislativas — o grupo de trabalho, presidido por Eddy Wymeersch, se debruçou e produziu um relatório sobre o direito das sociedades.

(21) Cf. S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 119 ss., e NOACK, “Moderne Kommunikationsformen ...”, p. 594.

(22) Será, de facto, difícil — se não impossível — a um fundo de investimento, porventura com participações em centenas de sociedades, estar fisicamente representado em todas as assembleias gerais das sociedades de que é sócio. Sublinhe-se, no entanto, que a utilização dos meios telemáticos facilitará e estimulará também a participação dos pequenos acionistas individuais. Assim, S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 125; e MARK LATHAM, *The Internet will drive corporate monitoring*.

(23) Relatório Winter, p. 54. No mesmo sentido, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, Almedina, 2010, p. 23; e ALCOVER GARAU, “Aproximación ...”, p. 379 ss.

(24) Sobre esta temática, e a importância da participação dos acionistas na governação das sociedades, vide Relatório Winter, pp. 54 ss. e, entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades ...*, p. 20 ss. Para a relevância da participação dos investidores institucionais, veja-se BERNARD S. BLACK, “Shareholder passivity re-examined”, *Michigan Law Review*, 89 (1990), p. 520 ss.; J. M. GARRIDO/A. ROJO, “Institutional investors and corporate governance: solution or problem?”, *Capital markets and company law*, OUP, Oxford-New York, 2003, p. 427 ss.; e J. M. GARRIDO, “Optimism and pessimism: complementary views on the institutional investors’ role in corporate governance”, *Capital markets and company law*, OUP, Oxford-New York, 2003, p. 449 ss.

(25) Refira-se que, para alguns autores, a introdução destes novos meios tecnológicos no âmbito societário não se traduz numa mera substituição do “anacrónico” papel por novos suportes e formas de comunicação, mas implica uma profunda revisão e reformulação teórica dos problemas e conceitos tradicionais de direito societário. Cf. W. TIM, “Das Gesellschaftsrecht im Cyberspace”, *Festschrift für M. Lutter*, Köln, 2000, p. 167 que expressivamente escreve: “toda a problemática societária deve ser profundamente reconsiderada sob a óptica da Internet”; e S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 126.

operada pelo DL 76-A/2006, consagrar, entre nós, logo em 2006, a possibilidade do recurso a estas novas tecnologias por parte das sociedades comerciais.

Trata-se de uma solução — diga-se, desde já, para que não restem quaisquer dúvidas sobre o sentido da nossa ulterior exposição — que é de louvar e aplaudir, dadas as apreciáveis vantagens e infundáveis portas que se abrem<sup>(26)</sup> com a utilização destas TCI (Tecnologias da Comunicação e Informação), nomeadamente no que diz respeito ao acesso e troca de informação, à redução de custos e à eliminação das dificuldades colocadas pelas distâncias geográficas<sup>(27)</sup>. O problema não está, pois, na solução consagrada, mas no modo como ela foi regulada — *rectius*, não regulada! — no CSC. Com efeito, se muitas vezes se legisla, entre nós, com um pormenor e detalhe exagerados, no caso concreto caiu-se no extremo oposto, uma vez que se consagrou em termos muito genéricos a possibilidade de recurso aos meios telemáticos, deixando em aberto inúmeras questões que, como veremos, não são de fácil resolução e que levantam não pequenas dificuldades na aplicação do regime.

Na verdade, importa não esquecer que a utilização destas ferramentas informáticas também tem contraindicações e apresenta dificuldades e obstáculos que devem ser devidamente ponderados, por forma a alcançar-se uma solução equilibrada para os interesses e pretensões de todos os envolvidos. Efetivamente, pode suceder que nem todos os sócios tenham acesso às novas tecnologias; e, independentemente do acesso às TCI, pode um sócio preferir participar presencialmente na assembleia<sup>(28)</sup>, já que sempre se perde alguma coisa na comunicação à distância, sendo certo que a colegialidade — sobretudo nas AGs com muitos sócios — pode ficar posta em causa<sup>(29)</sup>.

---

(26) Com mais propriedade se deverá talvez, aqui, falar em “janelas” que se abrem ...

(27) Sendo que, como expressamente se refere no Relatório *Winter* (p. 55), a utilização das TCI é importante para a plena integração do mercado europeu de capitais, ao assegurar a todos os acionistas, independentemente da sua concreta localização no espaço da UE, as mesmas possibilidades de acesso aos processos de informação, comunicação e tomada de decisões. Sobre as vantagens da utilização das TCI, vide também *Governo das sociedades anónimas: Proposta de alteração ao CSC. Processo de consulta pública n.º 1/2006*, CMVM, janeiro 2006, doravante abreviadamente designada por Proposta CMVM, p. 20 ss, que se pode ler em < [https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/Minist%C3%A9rioDasFinancas/Documents/444a612c5d90476095e114414d8bd9a8proposta\\_alter\\_csc.pdf](https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/Minist%C3%A9rioDasFinancas/Documents/444a612c5d90476095e114414d8bd9a8proposta_alter_csc.pdf)>.

(28) A Proposta CMVM, antes da reforma do CSC de 2006, era, nesta matéria, bem mais prudente: apenas permitia a realização da AG por via telemática, quando todos os sócios prestassem o seu consentimento para o efeito (cf. o projeto de articulado da Proposta CMVM, p. 23).

(29) No sentido de que as novas técnicas levarão a que, no futuro, se esvazie o caráter colegial da assembleia (onde se informava, discutia e votava), passando a mesma a ser sobretudo configurada como um processo para a obtenção das deliberações, veja-se ULRICH NOACK, “Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und moderne Kommunikationstechnik- aktuelle Bestandsaufnahme und Ausblick”, *NZG*, 2003, p. 249 *apud* TURELLI, “Assemblea ...”, nt 123, que se pronuncia em sentido idêntico

Acresce que uma AG com inúmeros participantes, por via telemática, poderá revelar-se impraticável e inexecutável.

Por estas razões, teria sido aconselhável que o legislador, aqui, tivesse tido uma maior minúcia na regulamentação desta matéria. Este regime extremamente lacunoso terá sido seguramente uma das razões que contribuiu para a pouca adesão e interesse — até à emergência desta pandemia — pela utilização destas novas ferramentas informáticas.

### 3. Traços axiais do regime

Para a compreensão holística do regime relativo ao recurso aos meios telemáticos no funcionamento dos órgãos societários, é fundamental ter presente três traços axiais do respetivo regime.

1.º) A regulamentação, consagrada no CSC, está especialmente prevista para as SA<sup>(30)</sup> e sobretudo para o funcionamento da AG. É preciso, por isso, relativamente a cada questão, indagar em que medida a solução encontrada é válida e aplicável aos outros órgãos societários e aos outros tipos sociais, em particular à SQ que, como é sabido, é o tipo social de longe mais numeroso na nossa *praxis* societária.

Quanto às SQs, e uma vez que o regime aplicável às respetivas AGs é fundamentalmente um regime remissivo para o das SAs (cf. art. 248.º, n.º 1 CSC), as soluções previstas para as SAs devem considerar-se também aplicáveis, em princípio, e sem prejuízo das ressalvas que à frente se farão, às SQs<sup>(31)</sup>.

---

(p. 156 ss.). Sobre o regime colegialidade na era das AG virtuais, *vide* R. GUIDOTTI, “Il consiglio di amministrazione ...”, p. 845 ss. e MASSIMILIANO PALMERI, “Diritto societario virtuale: la video assemblea diventa realtà”, *CI*, 2000-2, p. 835 ss.

(30) De resto, a reforma societária operada pelo DL 76-A/2006, apesar de alterar aspetos gerais e estruturantes do regime societário, foi sobretudo perspetivada do ponto de vista dos interesses das sociedades anónimas (cf. Proposta da CMVM, p. 7 ss., que, como é sabido, esteve na base da alteração legislativa) e, em especial, das sociedades anónimas cotadas, o que não deixa de ser curioso: legisla-se essencialmente em função de pouco mais de meia centena de sociedades (!) — tantas quantas eram as sociedades cotadas, em Portugal, em 2006 — para um universo global de sociedades que, na época, ascendia a mais de 400.000 sociedades.

(31) O que significa que o regime será, em princípio, aplicável a todos os tipos societários. cf. art. 189.º, n.º 1 CSC, para as SENC, e arts. 474.º e 478.º CSC, para as SC simples e SC por ações, respetivamente.

Relativamente à utilização das novas tecnologias no funcionamento de outros órgãos sociais, esta era — já antes da reforma de 2006 do CSC — uma prática geralmente admitida e utilizada, mesmo entre nós<sup>(32)</sup>. Tal solução veio, no entanto, a ser expressamente consagrada, pelo DL 76-A/2006<sup>(33)</sup>, no art. 410.º, n.º 8 CSC, norma prevista para o conselho de administração, mas que é igualmente aplicável ao órgão de fiscalização *ex vi* art. 423.º, n.º 1 CSC<sup>(34)</sup>. Mas afora a proclamação da admissibilidade do recurso aos meios telemáticos para a realização das reuniões destes órgãos, o Código pouco regula e quase nada esclarece quanto ao respetivo regime, o que obriga a esforço por parte do intérprete para a sua descoberta.

2.º) Em segundo lugar, importa ter presente que, nesta matéria do uso da telemática no âmbito societário, há fundamentalmente dois diplomas essenciais a tomar em consideração: o CSC e o DL 290-D/99, de 2 de agosto, várias vezes alterado e que foi integralmente republicado pelo DL 88/2009, de 9 de abril, diploma que estabelece o regime jurídico dos documentos eletrónicos e da assinatura digital<sup>(35)</sup> (e que não poderá, por isso, deixar de se ter em consideração na análise do regime da utilização dos meios telemáticos em direito societário)<sup>(36)</sup>.

Quanto ao CSC, como se disse já, ele é extremamente lacunoso, dedicando a esta matéria, no que respeita às AGs, apenas as normas do art. 289.º,

---

(32) Assim, entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades* ..., p. 20 ss., muito embora o A. referisse, na primeira edição, serem “aconselháveis alterações legislativas clarificadoras” (nt 45), as quais vieram a ser consagradas no n.º 8 do art. 410.º CSC, na redação que lhe foi dada pelo DL 76-A/2006 (como reconhece o A. na nota 45bis, acrescentada na 2.ª edição da obra). No mesmo sentido, vide COX/HAZEN, *On corporations*, Vol. 1, § 9.05 e § 9.09, pp. 416 e 430; NOACK, “Moderne Kommunikationsformen ...”, p. 595 ss.; e R. GUIDOTTI, “Il consiglio di amministrazione e l’assemblea dei soci nell’era di internet”, *CI*, 2001-2, p. 852 ss.

(33) Apesar de na Proposta da CMVM se considerar “desnecessário consagrar a permissão de realização de reuniões de outros órgãos sociais através de meios telemáticos, dado que em relação aos órgãos de administração e de fiscalização não se exige atualmente a reunião física dos membros, sendo já prática em algumas sociedades a realização de reuniões através de videoconferência ou de conferência telefónica”. Cf. Proposta CMVM, p. 22.

(34) Com a redação que lhe foi dada pelo DL 49/2010, de 19 de maio. O art. 423.º CSC, na redação do DL 76-A/2006, remetia para o n.º 9 do art. 410.º CSC, norma que nunca existiu. Tratava-se manifestamente de uma gralha na remissão, que foi corrigida pelo referido DL 49/2010.

(35) Doravante designado simplesmente por DL 290-D/99 ou por RJDEAD.

(36) Sobre esta matéria, pode ver-se o excelente artigo de AFONSO PATRÃO, “Assinaturas eletrónicas, documentos eletrónicos e garantias reais — Reflexões sobre a viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios eletrónicos à Luz da Lei Portuguesa”, *RevCEDOUA*, 1.2012, p. 51. Vide ainda SINDE MONTEIRO, “Assinatura electrónica e certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 133 (2001),

n.º 3, al. *b*) e n.º 4 CSC (para a informação preparatória da AG) e do art. 377.º, n.º 3 e n.º 6, al. *b*) CSC (para a convocatória e modo de realização da reunião).

O Código contém, no entanto, uma outra norma — basilar, nesta matéria — que é a norma do art. 4.º-A CSC<sup>(37)</sup>, que consagra, como princípio geral, que a exigência ou previsão, feita no CSC, relativa a forma escrita, documento escrito ou documento assinado poderá ser sempre substituída por qualquer outro suporte ou meio de identificação que assegure idênticos níveis de “inteligibilidade e durabilidade”<sup>(38)</sup>. Visa-se aqui, é inequívoco, fundamentalmente permitir a utilização das TCI, tornando desnecessário o recurso aos documentos em papel e às assinaturas manuscritas no âmbito societário, substituindo-os por soluções com recurso a outros suportes que não o papel, nomeadamente — e é isso que se tem sobretudo em vista — em suporte informático.

Trata-se de uma norma absolutamente crucial para a compreensão do regime sobre a utilização dos meios telemáticos em matéria societária. Desde logo, porque — como sublinha Soveral Martins<sup>(39)</sup> — ela tem um “caráter aberto” e muito abrangente quanto aos meios alternativos que podem ser usados para substituir os documentos em papel e as assinaturas manuscritas. Quanto a estas, a norma refere expressamente a possibilidade de ela ser substituída por assinatura eletrónica<sup>(40)</sup>, sendo certo que tal referência é feita a título meramente exemplificativo<sup>(41)</sup>. Por isso, como veremos infra, outras

n.º 3918, p. 262, ss.; PAULA COSTA E SILVA, “A contratação automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 201-228; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio electrónico na sociedade de informação: Da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, MIGUEL PUPO CORREIA, “Assinatura eletrónica e certificação digital”, *Associação Portuguesa de Direito Intelectual*, n.º 12, disponível em <<http://www.apdi.pt/publicacoes-e-artigos/artigos-2/>>.

<sup>(37)</sup> Que foi aditada pela reforma de 2006 e alterada pelo DL 79/2017, de 30 de junho.

<sup>(38)</sup> É uma solução que já estava prevista no art. 4.º CVM.

<sup>(39)</sup> Cf. A. SOVERAL MARTINS, “Anotação ao art. 4.º-A”, p. 99, ss., in *Código das sociedades em comentário*, (coord. Coutinho de Abreu), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2017, Autor que recorda que solução idêntica é também a que resulta do Regulamento (UE) 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, “relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno” (cf. art. 25.º, n.º 2).

<sup>(40)</sup> Não se exigindo que se trate de assinatura eletrónica qualificada. Sobre estes conceitos, vide art. 2.º, alíneas *b*), *c*) e *d*) do DL 290-D/99. Para alguns autores, a assinatura eletrónica (simples) pode corresponder à digitalização de uma assinatura autógrafa. Assim, AFONSO PATRÃO, “Assinaturas eletrónicas...”, p. 51, MIGUEL PUPO CORREIA, “Assinatura eletrónica e certificação digital”, p. 13. Temos, no entanto, dúvidas que uma assinatura autógrafa digitalizada possa corresponder à noção de assinatura eletrónica prevista na al. *b*) do art. 2.º RJDEAD. Com efeito, dificilmente se poderá dizer que ela constitui “objeto de direito individual e exclusivo”, uma vez que será facilmente reproduzível por terceiros que tenham acesso a um documento onde a mesma conste.

<sup>(41)</sup> Como resulta, de forma clara, da utilização do advérbio de modo “nomeadamente”.

alternativas à assinatura manuscrita são admissíveis e podem ser utilizadas<sup>(42)</sup>. De resto, o alargamento do leque de alternativas aos documentos escritos e às assinaturas manuscritas foi claramente o que justificou a alteração do texto da norma, efetuada em 2017, pelo DL 79/2017, de 30 de junho. Com efeito, na redação originária, o texto legal prescrevia que se podiam utilizar outros suportes e outros meios de identificação, desde que eles assegurassem idênticos níveis de “inteligibilidade, de durabilidade e de autenticidade”. Com a modificação efetuada, em 2017, deixou-se cair o requisito da autenticidade, tornando, assim, mais flexível o recurso a soluções alternativas, uma vez que elas não precisam de corresponder, quanto à sua autenticidade/autoria, ao mesmo padrão de exigência<sup>(43)</sup>.

3.º) Finalmente, importa sublinhar ainda como traço axial do regime, que o presidente do órgão (nomeadamente o Presidente da AG) tem — mais ainda do que nas AGs presenciais — um papel absolutamente central e decisivo na realização das AGs virtuais, uma vez que lhe competirá, em última instância, decidir as questões e dúvidas que se suscitem relacionadas com a utilização e admissibilidade dos diferentes instrumentos telemáticos, sendo que ele dispõe, a este propósito, de um amplo campo de discricionariedade, atento o caráter compreensivo e aberto da norma do art. 4.º-A CSC.

#### 4. O recurso à telemática: a convocatória

Tendo presente estes traços basilares do regime, começaremos — seguindo a ordem cronológica das diferentes etapas relativas à realização de uma AG — por tratar da convocação para a assembleia.

Trata-se de um dos aspetos em que o regime é dissemelhante nas SAs e nas SQs.

Nas SA, a convocatória para a AG deve, em princípio, ser publicada (art. 377.º, n.º 2 CSC)<sup>(44)</sup>. Esta publicação que inicialmente, nos termos do

---

<sup>(42)</sup> Designadamente no que tange à assinatura das atas. Cf. *infra* ponto 10.

<sup>(43)</sup> Esta modificação do texto legal terá visado precipuamente a flexibilização do regime da assinatura das atas, pois é expressamente afirmado no Preâmbulo do DL 79/2017 que, com o mesmo, são criadas “condições para a implementação da Medida #157 do programa Simplex+, correspondente ao livro de atas eletrónico”.

<sup>(44)</sup> Para as sociedades “cotadas”, *vide* ainda o art. 21.º-B CMVM.

art. 167.º CSC, tinha de ser feita no Diário da República e num dos jornais mais lidos na localidade da sede da sociedade, passou — com a redação que foi dada a esta norma, pelo DL 111/2005, de 8 de Julho<sup>(45)</sup> — a ter de ser feita num sítio da Internet, de acesso público, mantido pela Direção-Geral dos Registos e Notariado<sup>(46)</sup>. Trata-se esta, *il va sans dire*, de uma solução que, inquestionavelmente, atinge de forma mais eficaz o fim pretendido pela convocatória, qual seja, o de publicitar e dar a conhecer a realização da assembleia<sup>(47)</sup>, assim se perseguindo um dos objetivos visados pelas modernas correntes de *corporate governance*: estimular a participação e diminuir o absentismo nas reuniões de sócios.

Esta forma de convocatória (através de publicação) é seguramente a preferível para as sociedades abertas ou com um grande número de sócios, desde logo porque — ao contrário das demais alternativas possíveis, a que faremos referência de seguida — a mesma não está dependente da colaboração e anuência dos acionistas.

O Código prevê, no entanto, que, sendo todas as ações nominativas<sup>(48)</sup> — e hoje todas as ações o têm de ser<sup>(49)</sup> — a publicação possa<sup>(50)</sup> ser substituída por uma de duas alternativas:

- a) ou por “carta registada“ (art. 377.º, n.º 3 CSC)<sup>(51)</sup>;
- b) ou — numa solução inovadora introduzida em 2006 — “por correio eletrónico [simples] com recibo de leitura“, para os acionistas que comuniquem previamente o seu consentimento quanto a esta forma de convocação.

---

<sup>(45)</sup> Este regime entrou em vigor em 1 de janeiro de 2006 (cf. art. 4.º da Portaria n.º 590-A/2005, de 14 de julho, que veio regulamentar o DL 115/2005). Note-se que, com o regime instituído pelo DL 111/2005, a par da publicação no sítio da Internet, mantinha-se a exigência de publicação num dos jornais mais lidos na localidade da sede da sociedade. Com o DL 76-A/2006 — que revogou o art. 167.º, n.º 2 CSC, onde tal estipulação era feita — deixou de ser necessária a publicação em qualquer jornal.

<sup>(46)</sup> O *site* é <<http://publicacoes.mj.pt/>>. Solução idêntica foi também consagrada, na Alemanha, em 2002, com a *TransPuG*, passando a convocatória a ser publicada no *elektronische Bundesanzeiger*. Vide § 25 AktG com a redação que lhe foi dada pela *TransPuG*.

<sup>(47)</sup> O jornal oficial não é, de facto, o jornal de leitura do pequeno almoço de quem quer que seja, sendo certo, por outro lado, que os investidores estrangeiros dificilmente terão acesso aos jornais nacionais. cf. COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades ...*, p. 23; e S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 124 ss.

<sup>(48)</sup> Os valores mobiliários consideram-se nominativos, quando o emitente tenha a faculdade de conhecer a todo o tempo a identidade dos titulares (cf. art. 52.º, n.º 1 CVM).

<sup>(49)</sup> A proibição das ações ao portador foi imposta pelo Lei 15/2017, de 3 de maio.

<sup>(50)</sup> Note-se que, nesta hipótese, a convocatória pode ser — mas não tem de ser — efetuada por uma das alternativas previstas no art. 377.º, n.º 3 CSC. Trata-se de uma faculdade! A sociedade pode sempre optar por fazer a convocatória através de publicação.

<sup>(51)</sup> Este regime e esta modalidade de convocatória constavam já da redação inicial do CSC.

Esta última forma de convocação apresenta vários inconvenientes, que a tornam muito pouco atrativa. Desde logo, porque — apesar de poder ser enviada com um simples email — é necessário que os sócios emitam o respetivo recibo de leitura, o que faz com que a regularidade da convocatória fique sempre dependente da vontade de cada sócio de emitir o tal comprovativo de leitura<sup>(52)</sup>, tornando este tipo de convocatória extremamente arriscada e incerta<sup>(53)</sup>.

Por outro lado, tendo o consentimento prestado pelo sócio caráter pessoal, isso significa que, sempre que houver transmissão de ações, será necessário que o novo acionista preste idêntica autorização e forneça o seu email para este efeito.

Finalmente, porque o consentimento prestado — que, na falta de indicação em sentido diferente, se deve entender prestado por período indeterminado — pode ser livremente revogado pelo sócio.

Esta forma de convocação terá, por isso, eventualmente interesse apenas para as pequenas SA ou SA fechadas em que a sociedade conhece<sup>(54)</sup> quem são todos os seus acionistas<sup>(55)</sup>, e em que pode antecipar que o risco de os acionistas não emitirem o recibo de leitura do email será nulo ou muito reduzido.

Em todo o caso, mesmo para as sociedades com um pequeno número de sócios, será preferível — por mais seguro — o recurso à convocação por carta registada, a qual poderá ser enviada não apenas por via postal, mas também por via telemática<sup>(56)</sup>.

Com efeito, nos termos do art. 6.º, n.º 3 do DL 290-D/99, de 2 de agosto, à carta registada equipara-se, o envio de documento (*in casu*, da

---

(52) É, há que reconhecê-lo, uma solução que pode ser dissuasora da utilização deste meio de convocação da AG.

(53) Tenha-se, contudo, em atenção que os acionistas — devendo dar o seu consentimento para que se possa fazer uso desta forma de convocação — não podem, porém, exigir que a sociedade os notifique por esta via, pelo que esta poderá sempre, querendo obstar à incerteza que decorre desta modalidade de convocatória, optar por outra modalidade de convocação.

(54) Que a sociedade conhece pelo nome, na expressão feliz do §121, 4 AktG (*vide* nota seguinte), i. é, em que a sociedade tem uma relação próxima com todos os seus acionistas.

(55) Na Alemanha idêntica solução é consagrada no §121, 4 AktG, onde se permite a convocação por carta registada (assim se dispunha exclusivamente na redação inicial) nas sociedades em que os acionistas sejam “conhecidos pelo nome” (*namentlich bekannt*). Esta norma foi alterada pela *Form-VAnpG*, que lhe acrescentou o inciso “a menos que os estatutos disponham de forma diversa”, quanto à forma de convocação. Por isso, hoje, nestas sociedades a convocação dos acionistas pode também ser feita, desde que tal esteja contratualmente previsto, com recurso a meios telemáticos. *Vide* HÜFFER, *Aktiengesetz*, Beck, München, 2002, §121, *Rdn* 11e, p. 611.

(56) Em sentido idêntico, *vide* COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades ...*, p. 23, que já se pronunciava sobre esta temática, antes da reforma de 2006.

convocatória), por um meio de telecomunicação, com assinatura eletrônica qualificada<sup>(57)</sup>, que assegure a sua efetiva receção (cf. arts. 6.º, n.º 3 e 7.º do referido diploma).

E isto, hoje, já é possível e extremamente simples com os instrumentos informáticos disponibilizados atualmente (e que são bem conhecidos dos advogados, que serão normalmente os profissionais que cuidarão destas matérias nas sociedades). Com efeito, a generalidade dos servidores de correio eletrónico assegura a receção da mensagem<sup>(58)</sup>. Por outro lado, todos os cidadãos têm, atualmente, ao seu dispor uma assinatura digital, que pode ser ativada e usada com o seu cartão de cidadão<sup>(59)</sup>, com a qual podem dar cumprimento ao requisito da assinatura eletrônica qualificada, exigido pelo art. 6.º, n.º 3 do RJDEAD.

Para que esta solução seja possível é preciso, no entanto, que o sócio faculte à sociedade o seu endereço eletrónico, concordando que o mesmo possa ser usado para as notificações por parte da sociedade, nomeadamente para o envio da convocatória para as AGs (cf. art. 6.º, n.º 1 RJDEAD)<sup>(60/61)</sup>.

Finalmente, será importante que o envio da convocatória contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade certificadora, para permitir à sociedade opor ao sócio a data da expedição do email (cf. art. 6.º, n.º 2 RJDEAD). Trata-se de um serviço já disponibilizado pelos CTT — ainda que, neste momento, exclusivamente para advogados<sup>(62)</sup> —, desig-

<sup>(57)</sup> Sobre a caracterização deste tipo de assinatura, *vide* alíneas *c*), *d*) e *g*) do art. 2.º da 290-D/99.

<sup>(58)</sup> Devolvendo um sinal de alerta quando tal não sucede.

<sup>(59)</sup> A assinatura digital é uma modalidade de assinatura eletrónica avançada [cf. art. 2.º, al. *d*) DL 290-D-99]. Sobre a caracterização deste tipo de assinatura, *vide* alíneas *g*) e *d*) do art. 2.º da 290-D/99. Para quem não queira recorrer à assinatura digital associada ao cartão de cidadão, já há várias empresas no mercado a disponibilizar este tipo de assinaturas. Os advogados dispõem ainda da assinatura digital que é facultada pela respetiva Ordem, que corresponde igualmente a uma assinatura eletrónica avançada.

<sup>(60)</sup> Pelo que a sociedade, pretendendo usar deste expediente, deverá solicitar aos sócios que lhe forneçam o respetivo endereço de correio eletrónico. Se não o fizer e enviar a convocatória, por via eletrónica, para o email do sócio — que não lhe tenha sido fornecido por este —, e porque o mesmo não se poderá ter por convocado para a AG, haverá um vício na convocatória daquele sócio para a assembleia que, de acordo com a melhor doutrina (cf. LOBO XAVIER, “O regime das deliberações sociais no Projecto do Código das Sociedades”, in *Temas de direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 15, e PEDRO MAIA, “Deliberações dos sócios”, in *Estudos de direito das sociedades*, Almedina, Coimbra, 12.ª ed., 2015, p. 242), determinará a nulidade das deliberações que vierem a ser tomadas na AG [cf. art. 56.º, n.º 1, al. *a*) do CSC]. Em Itália, o endereço de correio eletrónico dos sócios deve ser inscrito no livro “soci”. Cf. S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 142.

<sup>(61)</sup> A convocação por este meio (telemático) poderá, no entanto, constar dos estatutos e, nesse caso, já não será necessário o consentimento singular de cada sócio.

<sup>(62)</sup> Sendo um serviço disponibilizado apenas para advogados nada impede que a convocatória, que deve conter a assinatura digital do PMAG (nas SAs — cf. art. 377.º, n.º 1 CSC) ou de um gerente (nas SQs — cf. art. 248.º, n.º 3 CSC), possa depois ser enviada aos sócios por um advogado.

nado pelo acrónimo MDDE (Marca do Dia Eletrónica). O recurso à MDDE permite, assim, certificar a data de envio, e, com isso, demonstrar o envio tempestivo da convocatória<sup>(63)</sup>.

Com este regime, que resulta do DL 290-D/99, a validade e eficácia da convocatória, ainda que enviada por via eletrónica — e verificados que sejam os requisitos atrás indicados —, não ficará dependente da vontade unilateral do sócio em acusar a receção do email.

Para as SQ, o art. 248.º, n.º 3 CSC estabelece que a convocatória deve ser enviada, por carta registada, com a antecedência mínima de 15 dias. Sendo, como se disse, o regime aplicável às AGs das SQs basicamente o regime previsto para as SAs (cf. art. 248.º, n.º 1 CSC), isto significa que, o regime acima analisado para as SAs, para esta modalidade de convocação e que resulta do RJDEAD, é também inteiramente aplicável às SQs.

Já não serão aplicáveis, no entanto, às SQs, as duas outras modalidades de convocação da AGs admitidas nas SAs (mediante publicação ou através de um email simples). Com efeito, o regime das assembleias gerais previsto para a SA aplica-se à SQ, exceto no que estiver especificamente regulado para esta (cf. art. 248.º, n.º 1 CSC, *in fine*). Ora, esta matéria da convocatória é precisamente uma das que está concretamente regulada para a SQ. E, para este tipo societário, apenas se admite que a convocatória seja enviada por carta registada, pelo que outras modalidades de convocação não se podem considerar admissíveis.

Para os outros órgãos, o regime é ainda mais simples. Com efeito, a lei exige apenas, para a convocatória do órgão de administração e do órgão de fiscalização (cf. arts. 410.º, n.º 3 e 445.º, n.º 2, ambos do CSC), que esta seja efetuada por escrito<sup>(64)</sup>, não se prevendo aqui a necessidade de qualquer certificação ou segurança quanto ao seu envio. Por isso, a convocatória poderá ser efetuada por simples email, uma vez que nos termos do art. 3.º, n.º 1 do DL 290-D/99, “o documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita“. Será, em todo o caso, necessário que a convocatória seja enviada para os endereços de email previamente acordados e definidos, entre os membros do órgão, para este efeito (cf. art. 6.º, n.º 1 RJDEAD).

---

<sup>(63)</sup> Convocatória que tem de ser enviada com a antecedência mínima 21 dias, no caso das SA (cf. art. 377.º, n.º 4 CSC) e de 15 dias, no caso das SQ (cf. art. 248.º, n.º 3 CSC).

<sup>(64)</sup> A menos que o contrato disponha coisa diversa (cf. os referidos arts. 410.º, n.º 3 e 445.º, n.º 2, ambos do CSC).

## 5. A informação preparatória da assembleia

A realização das assembleias gerais deve ser precedida da colocação à disposição dos sócios da informação relevante que lhes permita deliberar e votar de forma esclarecida e conscienciosa<sup>(65)</sup>. É um desiderato que fica, *ça va de soi*, extremamente facilitado com a utilização das TCI<sup>(66)</sup>, com a qual saem beneficiados quer os sócios, quer a própria sociedade. Ficam os sócios beneficiados porque, para além do mais, não necessitam de se deslocar para o efeito à sede da sociedade, e a solução é igualmente proveitosa para esta, porquanto a disponibilização da informação ser-lhe-á mais simples e menos onerosa<sup>(67)</sup>.

Para as SA, o DL 76-A/2006 veio, aditando um n.º 4 ao art. 289.º CSC<sup>(68)</sup>, estabelecer que devem ser disponibilizados no *site* da sociedade — caso exista e a menos que os estatutos o proíbam<sup>(69)</sup> — os documentos e informações preparatórios da AG ali mencionados (cf. art. 289.º, n.º 4 CSC)<sup>(70)</sup>. O incumprimento desta obrigação poderá determinar a anulabilidade das deliberações que venham a ser tomadas na AG<sup>(71)</sup>.

Se a sociedade não tiver um sítio na Internet — ou tendo-o, ali não disponibilizar a informação referida, porque o pacto o proíbe — poderá qual-

<sup>(65)</sup> Este direito à informação preparatória da AG não esgota o direito à informação dos sócios. Sobre a matéria, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. 2 — *Das sociedades*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2019, p. 244 ss.

<sup>(66)</sup> O recurso à TCI para este efeito, de divulgação da informação relativa à AG, é uma solução — precisamente pelas vantagens que se reconhecem, neste âmbito, à utilização das novas tecnologias — que expressamente consta das recomendações feitas pelo Relatório *Winter*, onde se propõe, para as sociedades cotadas, a colocação no sítio da Internet da sociedade de “toda a documentação pertinente referente à AG”. O Relatório *Winter* vai, no entanto, mais longe. Recomenda ainda que no *site* da sociedade se estabeleça a possibilidade de, eletronicamente, se conceder instrumentos de representação e dar instruções de voto. *Vide* Relatório *Winter*, p. 11. Sobre esta temática, veja-se ainda SÁNCHEZ RUIZ, “Medios electronicos ...”, p. 343 ss.; MARIO HÜTHER, *Aktionärsbeteiligung und Internet*, Carl Heymanns Verlag, köln, 2002, p. 1821 ss.; e NOACK, “Moderne Kommunikationsformen ...”, p. 602 ss.

<sup>(67)</sup> Assim, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades ...*, p. 30 ss. Sobre a utilização dos meios eletrónicos para a comunicação da informação societária, *vide* MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, “Medios electronicos para la comunicación y la difusión de información en las sociedades anónimas”, *RdS*, 2006-1, n.º 26, p. 333 ss.

<sup>(68)</sup> Para as sociedades “cotadas”, *vide* ainda o art. 21.º- C CMVM.

<sup>(69)</sup> É essa a solução que resulta expressamente do art. 289.º, n.º 4 CSC, *in fine*. Embora nos pareça que, atentos os interesses em jogo, esta solução de ficar na disponibilidade dos sócios — através de estipulação contratual — a colocação (ou não) da informação na *web* não seja manifestamente a melhor. A disponibilização da informação na página da sociedade deveria sempre ser obrigatória.

<sup>(70)</sup> Esta informação tem de ser disponibilizada com pelo menos 15 dias de antecedência relativamente à data da assembleia e manter-se disponível pelo prazo de um ano ou permanentemente, consoante os casos (cf. art. 289.º, n.º 4 CSC, *in fine*).

<sup>(71)</sup> Cf. art. 58.º, n.º 1, al. c) e n.º 4, al. b) CSC.

quer acionista requerer que a mesma lhe seja enviada pela sociedade, no prazo de oito dias após a receção do pedido, por correio eletrónico [art. 289.º, n.º 3, al. e) CSC]. O não cumprimento desta obrigação poderá também acarretar a anulabilidade das deliberações que venham a ser tomadas na AG, por vício de procedimento<sup>(72)</sup>, ficando ainda o administrador que recuse a informação solicitada sujeito a uma sanção penal (cf. art. 518.º, n.º 1 CSC).

Para o cumprimento desta obrigação de envio de informação por email, deverá a sociedade certificar-se de que quem a solicita é efetivamente sócio e que a informação é, de facto, enviada para o sócio solicitante. Para este efeito, será de todo conveniente que a sociedade tenha um registo dos emails dos sócios, que lhe devem ser voluntariamente fornecidos pelos próprios para efeitos de troca de informação por via telemática (cf. art. 6.º, n.º 1 do DL 290-D/99). Se assim não for, e em caso de dúvidas sobre a autoria e/ou a autenticidade do pedido, deverão ser adotadas medidas, que têm de ser proporcionadas<sup>(73)</sup>, que visem dissipá-las. Onde, parece-nos hoje<sup>(74)</sup>, que só em casos limite será admissível exigir que o pedido de informação seja deduzido através do envio de email contendo a assinatura digital do sócio. Com efeito, não se pode esquecer que, o CSC, nos temos do art. 4.º-A, equipara agora outros meios de identificação — nomeadamente a simples assinatura eletrónica<sup>(75)</sup> — à assinatura manuscrita<sup>(76)</sup>. Por

---

<sup>(72)</sup> Cf. art. 58.º, n.º 1, al. a) CSC), *vide* COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. 2, p. 503 ss., e PEDRO MAIA, “Deliberações dos sócios”, p. 249 ss.

<sup>(73)</sup> É esta, aliás, a solução expressamente prevista, para as sociedades cotadas, no art. 7.º, n.º 4 da Diretiva dos Acionistas (Diretiva 2007/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativa ao exercício de certos direitos dos acionistas de sociedades cotadas), que prescreve: “A prova da qualidade de acionista só pode ser sujeita aos requisitos necessários para assegurar a identificação dos acionistas e apenas na medida em que esses requisitos sejam proporcionais para atingir esse objetivo”.

<sup>(74)</sup> Sobretudo depois da eliminação da exigência (em resultado da alteração ao art. 4.º-A CSC, efetuada pelo DL 79/2017, de 30 de junho) de a assinatura eletrónica dever ter idêntico nível de autenticidade relativamente à assinatura autógrafa.

<sup>(75)</sup> Que, como vimos *supra*, se pode entender que corresponde a uma simples assinatura autógrafa digitalizada (*vide supra* nota 40). Acresce que o art. 4.º-A (na sua redação de 2017) não exige, hoje, que a assinatura autógrafa seja necessariamente substituída por uma assinatura digital (*vide supra* ponto 4), podendo ser substituída por outro meio de identificação que apenas tem de ter níveis “de inteligibilidade e de durabilidade” equivalentes à assinatura manuscrita, mas já não idêntico nível de “autenticidade”.

<sup>(76)</sup> Pelo que o pedido de informação poderá, em regra, ser formulado através do envio de um email com a assinatura autógrafa digitalizada, podendo eventualmente a sociedade solicitar adicionalmente ao sócio o envio do respetivo cartão de identificação, por forma a permitir a comparação das assinaturas. Esta é uma exigência que nos parece ajustada relativamente ao que dispões, p. ex., o art. 7.º, n.º 4 da Diretiva dos Acionistas (*vide supra* nota 73).

isso, a exigência de que o pedido de informação seja efetuado através de um email com assinatura eletrónica avançada (ou, é o mesmo, assinatura digital), quando desproporcionada ou injustificada<sup>(77)</sup>, pode corresponder à recusa da informação solicitada, com as consequências que acima assinalamos.

A obrigação de prestar informação aos sócios — nomeadamente a preparatória da AG — por via eletrónica não substitui, porém, totalmente a obrigatoriedade de a facultar por via cartular<sup>(78)</sup>. Com efeito, o acionista poderá solicitar à sociedade que lhe seja enviada, por carta<sup>(79)</sup>, a informação referida no art. 289.º CSC. Há, porém, aqui uma diferença, não negligenciável, relativamente ao pedido de envio da informação pela via eletrónica: o envio da informação em papel apenas pode ser requerido pelos acionistas que detenham, pelo menos, 1% do capital social [art. 289.º, n.º 3, alínea *a*) CSC]. Ou seja, o uso das TCI veio permitir alargar novamente<sup>(80)</sup> o âmbito deste direito à informação, atribuindo a qualquer acionista o direito — independentemente da participação social de que seja titular — de requerer o envio dos elementos mencionados no art. 289.º CSC.

O regime que acabámos de analisar está apenas previsto para as SA, no art. 289.º CSC. Não é, por isso, evidente se o mesmo é igualmente aplicável às SQ, até porque no art. 214.º, n.º 7 CSC se faz uma expressa remissão para a aplicação a este tipo social do disposto no art. 290.º CSC (que regula o direito à informação em AG) e não há norma idêntica quanto ao disposto no art. 289.º CSC. Deve, no entanto, entender-se que este regime é integralmente aplicável às SQ, seja por aplicação analógica do art. 289.º CSC, seja por força da remissão genérica do art. 248.º, n.º 1 CSC, que determina a aplicação do regime das assembleias gerais das SA às SQ<sup>(81)</sup>.

---

<sup>(77)</sup> E não se pode esquecer que, apesar de hoje qualquer cidadão poder dispor desse tipo de assinatura com o seu cartão de cidadão, pode o sócio não a ter ativada, nem o pretender fazer ou até não o conseguir fazer em tempo útil para a AG para a qual pretende obter informação.

<sup>(78)</sup> No sentido de que esta cumulação de vias de comunicação é, no estágio atual de desenvolvimento e acesso às novas tecnologias, a melhor solução, *vide* Relatório *Winter*, pp. 11 e 55. De resto, a maioria das respostas, no processo de consulta efetuado por aquele Grupo, pronunciava-se no sentido de não ser imposto, mas apenas permitido, às sociedades o uso das TCI (*vide op. loc. ult. citt.*).

<sup>(79)</sup> Em todo o caso, este envio por carta poderá ser substituído por uma comunicação eletrónica, nos termos previsto no RJDEAD.

<sup>(80)</sup> Novamente, porque esse era o regime que constava da redação inicial do art. 289.º CSC, em que qualquer acionista podia solicitar o envio, em papel, dos conteúdos ali referidos.

<sup>(81)</sup> Neste sentido, veja-se PAULO OLAVO DA CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 7.ª ed., 2019, p. 396.

## 6. A inclusão de assuntos na ordem do dia

Na fase preparatória da AG, os acionistas que possuam ações correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social<sup>(82)</sup> poderão ainda requerer — no prazo de 5 dias a contar da publicação da convocatória<sup>(83)</sup> — a inclusão de assuntos na ordem do dia da assembleia a realizar (cf. art. 378.º, n.º 1 CSC). Estabelece o art. 378.º, n.º 2 CSC que o requerimento “deve ser dirigido, por escrito, ao presidente da mesa da assembleia geral”, o que significa que tal requerimento poderá também ser efetuado por correio eletrónico, nos termos atrás expostos (cf. art. 4.º-A CSC e DL 290-D/99), preferencialmente com recurso a uma ferramenta que permita a demonstração da data de envio<sup>(84)</sup>.

Regime idêntico é válido para as SQ, onde, no entanto, este direito é atribuído a todo e qualquer sócio, independentemente do valor da quota de que seja titular (cf. art. 248.º, n.º 2 CSC).

## 7. Os instrumentos de representação

O CSC expressamente admite que um sócio se possa fazer representar em AG [*vide* art. 380.º, n.º 1 CSC<sup>(85)</sup>, para as SA e art. 249.º CSC, para as SQ]<sup>(86)</sup>. Como instrumento de representação voluntária do sócio, basta uma “carta” (art. 249.º, n.º 4, aplicável às SQ) ou “um documento escrito, com assinatura” (art. 380.º, n.º 2, aplicável às SA), dirigida ao presidente da assembleia.

---

<sup>(82)</sup> Poderá tratar-se de um único acionista, desde que seja titular da participação referida em texto no capital social.

<sup>(83)</sup> O art. 378.º, n.º 2 CSC refere como termo inicial do prazo a “última convocatória”. Como vimos, no entanto, *supra* no ponto 4, agora há apenas uma única publicação, pelo que a norma deve ser lida em conformidade.

<sup>(84)</sup> *V.g.*, a MDDE (*vide supra* ponto 4). Note-se, porém, que a utilização deste recurso não é obrigatória, muito embora ela tenha a vantagem de afastar dúvidas quanto à tempestividade do pedido.

<sup>(85)</sup> Com a redação dada ao art. 380.º CSC pelo DL 76-A/2006, deixou de existir qualquer limitação — salvo quanto aos membros dos órgãos de fiscalização e conselho geral e de supervisão (cf. art. 381.º, n.º 2 CSC) — relativamente às pessoas que podem representar os acionistas numa AG (cf. também a eliminação do art. 381.º, n.º 3 CSC).

<sup>(86)</sup> Nas SQ, ao contrário do que sucede nas SA (em que o documento escrito de representação poderá ter um caráter mais genérico), a carta, enquanto instrumento de representação voluntária, apenas poderá ser utilizada para uma determinada assembleia geral (cf. art. 249.º, n.º 4, 380.º, n.º 2 e 281.º, n.º 1, al. a) CSC).

A carta (que obviamente deverá ser assinada) ou o documento escrito assinado poderão, por isso — nos termos acima indicados, previstos no RJDEAD e no art. 4.º-A CSC —, ser igualmente substituídos por outra forma de comunicação<sup>(87)</sup>, nomeadamente por um email simples, com assinatura autógrafa digitalizada, dirigido ao presidente da mesa da assembleia geral<sup>(88/89)</sup>, a quem caberá apreciar a autenticidade do pedido e, se o mesmo lhe suscitar dúvidas, adotar as medidas adequadas que as visem dissipar.

## 8. A realização da assembleia: os novos modelos de AG

Tradicionalmente, o regime-regra, no que respeita à realização das assembleias gerais, era o de que elas deviam ter caráter presencial, i. é,

---

(87) A Diretiva dos Acionistas expressamente estabelece, para as sociedades cotadas, que a nomeação de um representante na AG — nomeadamente por via eletrónica — apenas pode ficar sujeita a requisitos proporcionados “que sejam necessários para identificar o acionista e o representante” (cf. art. 11.º, n.º 2).

(88) No mesmo sentido, antes da reforma do CSC de 2006, se pronunciava já COUTINHO DE ABREU (cf. *Governação das sociedades ...*, p. 25 ss.).

(89) A este propósito, damos notícia de um instrumento inovador, em direito comparado, criado no direito societário alemão e que consiste no chamado fórum de acionistas (*Aktionärsforum*). Este fórum, que resultou da introdução do § 127a AktG pela *UMAG*, que consiste numa plataforma existente na Internet — mais concretamente numa secção do diário oficial eletrónico (*elektronischer Bundesanzeiger*) —, independente das sociedades, onde cada sócio poderá fazer requerimentos ou convites dirigidos aos demais acionistas, nomeadamente quanto ao exercício conjunto do direito de voto na AG (mas que pode também destinar-se à instauração de uma ação judicial, nos termos previstos no AktG). Apesar do nome, não se trata verdadeiramente de um fórum, uma vez que não é ali possível qualquer debate de ideias ou troca de opiniões seja entre os sócios, seja entre os sócios e a sociedade, não se permitindo sequer a inclusão de qualquer motivação ou fundamentação relativamente ao convite que é feito, muito embora possa ali ser colocado um *link* para a página *web* do requerente, onde se explicitem as razões do convite. A sociedade visada também poderá colocar no fórum um *link* para a sua página, onde contenha a sua posição sobre o convite (cf. § 127a, n.ºs 3 e 4 AktG). Trata-se, pois, apenas — mas já não é pouco — de uma plataforma digital que pretende, através do recurso às TCI, aproximar e pôr em contacto os acionistas, sobretudo os acionistas minoritários, visando-se com isso estimular a sua participação na vida da sociedade e combater o absentismo nas assembleias. Note-se, porém, que os riscos da utilização abusiva destes *fora* de discussão levaram a que no Relatório *Winter* se não recomendasse a sua adoção, pelo menos sem um exame mais aprofundado sobre a questão (cf. Relatório *Winter*, p. 58). Na verdade, a utilização destes mecanismos — sem regras, nem limitações — poderia servir para pôr em causa o bom nome de pessoas ou até para cometer delitos. Sobre esta temática, pode ver-se RÜDIGER VON ROSEN, *UMAG etabliert Aktionärsforum*, *Börsen-Zeitung*, de 9.11.2005, p. 6; DANIEL THOMA, *Das Aktionärsforum nach 127a AktG — Moderne und Erfolg versprechende Regelung im Kontext abweichender Einsatzmöglichkeiten des Internets?*, Logos Verlag, Berlin, 2010; MICHELE RONDINELLI, “Dalla Germania un forum per gli azionisti delle società quotate”, *Rivista di diritto bancario*, Gennaio 2005, p. 1 ss.; F. JUAN Y MATEU, “La reforma de la AktG alemana ...”, p. 196 ss.; e P. D. BELTRAMI, “Realizzazione dell’*Aktionärsforum* nel diritto societario tedesco”, *RS*, 2006-1, p. 163 ss.

deviam traduzir-se numa reunião em que os sócios estivessem fisicamente presentes<sup>(90)</sup>, assim se pretendendo assegurar a colegialidade do órgão<sup>(91)</sup>. Trata-se, porém, de uma regra que fica claramente posta em crise com a consagração legislativa dos meios telemáticos no funcionamento da AG<sup>(92)</sup>.

Com efeito, o advento das TCI veio permitir a criação de novos modelos de AG, ao tornar exequível a realização de assembleias virtuais<sup>(93)</sup>.

São fundamentalmente dois os novos modelos permitidos pelos modernos meios de telecomunicação eletrónica: as designadas assembleias *on-line*, assembleias mistas ou assembleias parcialmente virtuais, por um lado, e as chamadas ciberassembleias, assembleias virtuais propriamente ditas ou assembleias totalmente virtuais, por outro<sup>(94/95)</sup>.

Nas assembleias *on-line*, realiza-se a tradicional reunião presencial, permitindo-se, no entanto, que alguns sócios, estando noutras locais, possam presenciar e tomar parte na assembleia através do recurso às novas tecnologias<sup>(96/97)</sup>.

<sup>(90)</sup> Sobre a necessidade da presença dos sócios na AG, vejam-se, entre nós, os arts. 379.º, 382.º e 383.º CSC.

<sup>(91)</sup> No direito societário português já se admitiam, no entanto, duas exceções a esta regra: as deliberações dos sócios poderiam ser tomadas sem uma reunião presencial dos mesmos, no caso das deliberações unânimes por escrito, previstas para todos os tipos sociais (art. 54.º, n.º 1, 1.ª parte CSC) e no das deliberações por voto escrito, previstas apenas para as SQ (art. 247.º, n.º 1 CSC). Sobre esta matéria, *vide* PEDRO MAIA, “Deliberações dos sócios”, p. 228 ss.

<sup>(92)</sup> Sobre a consideração de que a tradicional assembleia presencial não assegura, hoje, a pretendida participação acionista na vida da sociedade, justificando-se por isso o recurso às TCI, *vide* Relatório *Winter*, p. 55.

<sup>(93)</sup> Sobre esta matéria, veja-se em especial S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 127 ss.; K. SCHMIDT, “La reforma alemana ...”, p. 58 ss.; HASSELBACH/SCHUMACHER, “Hauptversammlung im Internet”, p. 260 ss.; e NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, p. 34 ss.

<sup>(94)</sup> A designação alternativa de assembleias parcial ou totalmente virtuais é a proposta por Coutinho de Abreu. Cf. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades ...*, p. 28.

<sup>(95)</sup> K. Schmidt acrescenta a estes dois, um terceiro modelo: o da “assembleia paralela”, que ocorrerá quando uma sociedade — nomeadamente por não dispor de uma sala que comporte todos os acionistas — coloca numa sala contígua meios audiovisuais que permitem aos acionistas acompanhar em tempo real o decurso da assembleia. A admissibilidade deste modelo — que abre a porta a que a assembleia possa ser transmitida, por satélite, para locais remotos — é, no entanto, questionada pelo A., em face do direito alemão, na medida em que este obriga a que a reunião tenha lugar num único local. Cf. K. SCHMIDT, “La reforma alemana ...”, p. 59.

<sup>(96)</sup> Uma variante desta modalidade de assembleia é a chamada teleassembleia, que consiste no facto de a reunião ser transmitida por videoconferência para outros locais, nomeadamente para outras cidades, a fim de permitir que os acionistas possam assistir à mesma sem terem de se deslocar para o local onde ela está a ser realizada. Sobre esta matéria, *vide* NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, p. 32; M. BALZ, *Die Tele-Hauptversammlung*, ponto IV; e S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 128 ss.

<sup>(97)</sup> Por isso, esta modalidade de assembleia se designa também por assembleia mista ou parcialmente virtual, na medida em que, cumulativa e simultaneamente, se verifica a realização da reunião presencial e por via telemática.

Nas assembleias virtuais propriamente ditas, não há qualquer reunião presencial dos sócios, participando todos eles na assembleia por via telemática (v.g., através da Internet); ou seja, trata-se de uma assembleia totalmente virtual, na medida em que não se realiza em qualquer espaço físico, uma vez que todos participam nela através de meios de comunicação remotos.

O nosso CSC, no seu art. 377.º, n.º 6 CSC — com a redação que lhe foi dada pelo DL 76-A/2006 — consagra, hoje, para as SA, a possibilidade de realização da assembleia pelo modelo tradicional (a AG presencial num local determinado)<sup>(98)</sup>, bem como a possibilidade de, em alternativa, a AG ser realizada com recurso a meios telemáticos<sup>(99)</sup>.

Para que esta alternativa seja possível, é necessário, no entanto, que o pacto a não a proíba [cf. 377.º, n.º 6 CSC, al. b) CSC]. Ou seja, os sócios podem — se assim o pretenderem — proibir a realização de AGs virtuais<sup>(100)</sup>.

Em todo o caso, se tal proibição não constar do pacto, a realização da AG por via telemática só poderá ter lugar, se assim for decidido pela sociedade. Esta é uma decisão que lhe compete exclusivamente, não podendo os sócios exigir a sua participação na mesma através de meios de comunicação remotos. Ou seja, é unicamente à sociedade<sup>(101)</sup> que, avaliando a situação concreta, cabe decidir sobre a viabilidade e a conveniência da realização da AG por esta via, nomeadamente verificando a existência dos requisitos de segurança e autenticidade exigidos pela lei<sup>(102)</sup>.

---

<sup>(98)</sup> Cf. a alínea *a*) do n.º 6 do art. 377.º CSC. Hoje — após a redação que à norma referida foi dada pelo DL 76-A/2006 — a reunião, não sendo na sede da sociedade, poderá ocorrer em qualquer local do país.

<sup>(99)</sup> Cf. a alínea *b*) do n.º 6 do art. 377.º CSC. Note-se que o recurso aos meios telemáticos para a realização da AG apenas não será possível, quando o pacto expressamente o proibir. As soluções francesa e italiana são precisamente as opostas à consagrada na nossa lei: o recurso aos meios telemáticos só será possível, quando o pacto expressamente o autorizar. cf. artigo L225-107, II do *code de commerce* (com a redação que lhe foi dada pela *Loi NRE*) e art. 2370, 4 CCit.

<sup>(100)</sup> Note-se que, ainda que os estatutos proibam a realização de AGs virtuais, isso não impedirá, em princípio, a realização deste tipo de assembleia, desde que se trate de assembleias universais, em que todos os sócios estejam de acordo em realizar a AG com recurso a meios telemáticos. Esta situação equivale, no fundo, uma alteração pontual, *ad hoc*, do pacto para a realização daquela concreta assembleia, sendo certo que a invocação da violação do pacto por parte de um sócio, neste circunstancialismo, sempre consubstanciará uma situação de abuso de direito.

<sup>(101)</sup> A decisão de realização da AG por via telemática será, nas SA, da competência do Presidente da AG, que, contudo, só a deverá tomar depois de ter obtido a confirmação junto do órgão de administração de que a realização da mesma por aquela forma é possível. Nas SQ, uma vez que não há um presidente permanente da AG, que exerça funções fora das AGs, a competência para esta decisão será dos gerentes.

<sup>(102)</sup> Cf. 377.º, n.º 6 CSC, al. *b*) CSC.

A amplitude e a generosidade da formulação da nossa lei [cf. art. 377.º, n.º 6, al. b) CSC], quanto à utilização das TCI, parecem claramente permitir a realização das AG puramente virtuais<sup>(103)</sup>, o que colocou, na altura, o ordenamento jurídico português, nesta matéria, na vanguarda do direito societário comparado<sup>(104)</sup>. De todo o modo, e muito embora existam, hoje, várias plataformas que permitem a coeva e recíproca participação audiovisual dos sócios numa reunião, não pode deixar de se sublinhar que a realização deste tipo de assembleias será seguramente mais fácil e adequada para as sociedades com uma pequena estrutura acionista.

Mais problemática é, em face do nosso quadro legislativo, a admissibilidade das assembleias *on-line*, assembleias mistas ou assembleias par-

---

<sup>(103)</sup> Em todo o caso, apesar da letra da al. b) no n.º 6 do art. 377.º CSC, não deixa de poder ser questionável se as AG virtuais podem ser validamente realizadas no ordenamento jurídico português. Na verdade, a nossa lei obriga a que a AG se realize no dia, na hora e no lugar designados para o efeito (cf. art. 377.º, n.º 5 CSC que contém os elementos mínimos que devem constar da convocatória). A utilização do artigo definido (“o lugar”) na norma citada demonstra claramente a vontade legislativa de que a assembleia se realize num único local. Ou seja, a AG deve efetuar-se, conforme dispõe imperativamente aquela norma, no local determinado, sob pena de serem nulas por vício de procedimento as deliberações que aí venham a ser tomadas (cf. art. 56.º, n.º 2 CSC). Ora, porque na realização de uma assembleia virtual os seus participantes se encontram dispersos por vários locais, poderia pensar-se que aquele requisito legal nunca se poderia ter por verificado nesta modalidade de assembleia (usando argumentação idêntica para, na Alemanha — com fundamento no § 121, 3 AktG —, se recusar a admissibilidade das teleassembleias, *vide* M. BALZ, *Die Tele-Hauptversammlung*, p. 6 ss.; e K. SCHMIDT, “La reforma alemana ...”, p. 58.). No que respeita às assembleias puramente virtuais, parece-nos, contudo, que o local da assembleia — que deverá nomeadamente constar da convocatória — deve ser considerado o sítio (que poderá ser um *site* na Internet, uma sala virtual, um número de telefone, etc.) onde os sócios, no dia e hora marcados, possam aceder, participar na discussão dos assuntos e votar. O local da reunião será, pois, nestas assembleias, aquele sítio — *v.g.*, no ciberespaço —, através do qual os sócios estabelecem comunicação, pelo que a exigência da lei quanto à localização única da assembleia fica, desta forma, satisfeita. Não há, pois, assim o cremos, obstáculos legais relativamente à admissibilidade das assembleias puramente virtuais no nosso direito societário.

<sup>(104)</sup> Com efeito, à época, do nosso conhecimento, apenas os Estados norte-americanos do Delaware e do Minnesota tinham expressamente admitido a realização de assembleias puramente virtuais. *Vide* COX/HAZEN, *On corporations*, Vol. II, § 13.16. No § 211(a), 1 da *DGCL* prescreve-se: “The board of directors may, in its sole discretion, determine that the meeting shall not be held at any place, but may instead be held solely by means of remote communication”, estatuindo o § 211(a)2, “If authorized by the board of directors in its sole discretion, and subject to such guidelines and procedures as the board of directors may adopt, stockholders and proxyholders not physically present at a meeting of stockholders may, by means of remote communication:

- a. Participate in a meeting of stockholders; and
- b. Be deemed present in person and vote at a meeting of stockholders, whether such meeting is to be held at a designated place or solely by means of remote communication, provided that
  - (i) the corporation shall implement reasonable measures to verify that each person deemed present and permitted to vote at the meeting by means of remote communication is a stockholder or proxyholder, (ii) the corporation shall implement reasonable measures to provide such stockholders and proxyholders a reasonable opportunity to participate in the meeting

cialmente virtuais<sup>(105)</sup>. Com efeito, o art. 377.º, n.º 6, al. b) CSC parece permitir a realização da AG por meios telemáticos, em alternativa<sup>(106)</sup> à AG presencial referida na al. a) da norma, pelo que, aparentemente pelo menos, a assembleia com recurso às novas tecnologias não deveria cumular-se com a realização da reunião presencial. I. é, a norma do art. 377.º, n.º 6, al. b) prevê apenas, assim parece, a realização da AG puramente virtual e já não da assembleia *on-line*<sup>(107)</sup>.

Apesar destes constrangimentos legais, parece-nos, contudo, que deverão admitir-se também, entre nós, de *iure condito*, as assembleias *on-line* ou assembleias mistas. Na verdade, se se permite o mais (as assembleias puramente virtuais), deverá igualmente permitir-se o menos [até porque, com as assembleias *on-line*, consegue-se satisfazer as diferentes pretensões dos sócios: daqueles que pretendem participar presencialmente<sup>(108)</sup> e dos que o pretendem fazer remotamente]<sup>(109)</sup>.

Admitindo-se esta modalidade de assembleia, o local da realização da mesma deverá considerar-se — nomeadamente para efeitos dos

and to vote on matters submitted to the stockholders, including an opportunity to read or hear the proceedings of the meeting substantially concurrently with such proceedings, and (iii) if any stockholder or proxyholder votes or takes other action at the meeting by means of remote communication, a record of such vote or other action shall be maintained by the corporation”.

Por seu turno, o § 302A.436 do *Minnesota Statutes* estabelece: “To the extent authorized in the articles or bylaws and determined by the board, a regular or special meeting of shareholders may be held solely by any combination of means of remote communication through which the shareholders may participate in the meeting” (...) “Participation by a shareholder by that means constitutes presence at the meeting in person”.

<sup>(105)</sup> Imagine-se, p. ex., uma AG a ter lugar no Porto, permitindo, contudo, a sociedade que alguns sócios nela participem remotamente, por meios telemáticos.

<sup>(106)</sup> Tenha-se em atenção a utilização da conjunção disjuntiva “ou” com que termina a alínea a) da norma.

<sup>(107)</sup> Acresce que a exigência de um local único para a realização da assembleia coloca igualmente dificuldades quanto à admissibilidade desta modalidade de AG no nosso direito societário. Na verdade, não há aqui um local único onde se desenrola a assembleia, uma vez que — ao contrário do que sucede nas assembleias puramente virtuais — a reunião realiza-se num determinado espaço físico, permitindo-se igualmente que os sócios participem na assembleia, num (outro) local virtual, através de meios de comunicação remotos.

<sup>(108)</sup> Com efeito, com uma AG mista, o sócio poderá, desde logo, caso o deseje, participar e estar pessoalmente presente no local físico onde se realiza a reunião, o que não é possível nas assembleias totalmente virtuais.

<sup>(109)</sup> Note-se, porém, que a realização de uma assembleia *on-line* pode acarretar dificuldades adicionais. Com efeito, é preciso não esquecer que a sociedade, permitindo que os sócios participem na AG através do recurso às TCI, deve assegurar o princípio da igualdade de tratamento dos sócios, nomeadamente entre os sócios fisicamente presentes na reunião e os que se encontram noutros locais, o que implica a utilização de meios audiovisuais que garantam aos sócios ausentes condições de participação idênticas às dos sócios presentes na reunião, o que nem sempre poderá ser fácil de conseguir. Sobre esta matéria, *vide* S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 146 ss.

arts. 277.º, n.º 5 e 56.º, n.º 2 CSC — o espaço físico onde os sócios poderão reunir pessoalmente e onde se devem encontrar os membros da mesa da assembleia, designadamente o seu presidente e secretário<sup>(110)</sup>.

Por outro lado, sendo possível esta modalidade de AG, os sócios que nela participam *on-line* deverão — à semelhança do que sucede nas assembleias puramente virtuais — poder intervir plenamente na reunião, permitindo-se-lhes colocar questões, fazer propostas e votar. Só assim, de resto, se perseguirá eficazmente o fim que se visa alcançar com a utilização dos meios telemáticos, qual seja, o de potenciar a participação dos sócios nas AGs, evitando os custos e incómodos que, porventura, a sua presença física no local da reunião poderia implicar.

Sobre o modo como as AGs virtuais devem realizar-se, o CSC [no art. 377.º, n.º 6, al. *b*)] dispõe apenas<sup>(111)</sup> que a sociedade deve “assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações, procedendo ao registo do seu conteúdo e dos respetivos intervenientes”. Há, pois, três aspetos que, nos termos da lei, devem ser acautelados:

**1.º)** Em primeiro lugar, a sociedade tem de verificar a qualidade dos participantes na assembleia. Para esse efeito, deve ser feito um controlo, que, conforme determina a parte final do art. 377.º, n.º 6, al. *b*) CSC, tem de ficar registado. Não sendo viável, nestas AGs, a assinatura presencial/ /manuscrita da lista de presenças, esse registo deverá ser feito — quando exequível — através do recurso a meios audiovisuais, para que a verificação da identidade dos sócios seja o mais fidedigna possível. Não se conseguindo realizar este tipo de controlo, a verificação da identidade dos sócios poderá eventualmente ser efetuada através do envio eletrónico de uma declaração de presença por parte do sócio, que cumpra os requisitos do art. 4.º-A CSC<sup>(112)</sup>.

O Presidente da AG deverá também, na medida do possível, assegurar-se que apenas participam na AG os membros que o possam fazer,

---

<sup>(110)</sup> O qual deverá ser, por princípio, o da sede da sociedade. Apesar de esta solução estar apenas prevista na alínea *a*) do n.º 6 do art. 377.º CSC, não vemos razões para se deixar de aplicar o princípio aí contido, no caso de realização de uma AG com recurso a meios telemáticos. Em sentido idêntico, *vide* COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades ...*, p. 29. Veja-se também PALMERI, “Diritto societario virtuale ...”, p. 846.

<sup>(111)</sup> A regulamentação do direito português, sobre o modo de realização das AGs virtuais, é efetivamente extremamente enxuta, estando contida exclusivamente na norma do art. 377.º, n.º 6, al. *b*) CSC.

<sup>(112)</sup> E cuja autenticidade caberá ao Presidente da AG aferir. Como se disse acima, só em casos limite — quando se entenda que essa é a única forma de assegurar a autenticidade da declaração —, será de admitir, no entanto, que possa ser exigida ao sócio uma declaração com assinatura eletrónica avançada.

devendo, p. ex. se essa funcionalidade estiver disponível, bloquear o acesso à reunião, depois de identificados e autorizados todos aqueles que na mesma possam participar.

2.º) Em segundo lugar, a sociedade tem de garantir “a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações”. Para este efeito, a sociedade deve recorrer a mecanismos e ferramentas — que, em grande medida, são já assegurados pelas plataformas existentes no mercado para a realização de reuniões à distância — que visem acautelar aquele resultado<sup>(113)</sup>. Caberá ao presidente da AG decidir como atuar quando porventura se suscitarem dúvidas nesta matéria.

3.º) Finalmente, e este é talvez o aspeto mais problemático, a lei determina ainda que se proceda “ao registo do conteúdo da assembleia e dos seus intervenientes”<sup>(114)</sup>. Não se pode esquecer que as reuniões de sócios têm carácter privado<sup>(115)</sup> e que o respetivo registo não pode deixar de acautelar a tutela de direitos de personalidade, bem como, atualmente, a sua compatibilização com o regime do RGPD<sup>(116)</sup>. O registo da AG deve, por isso, ser o menos intrusivo possível. Daí que — afora o caso da identificação dos sócios, a que acima se aludiu, em que é possível e aconselhável o registo de som e imagem —, o decurso da AG, a menos que haja consentimento dos sócios noutro sentido<sup>(117)</sup>, deverá apenas ser efetuado em registo áudio.

Para os demais órgãos societários, o CSC consagrou regime absolutamente idêntico ao previsto para a AG. *Vide* art. 410.º, n.º 8 CSC, para as reuniões dos órgãos de administração, e art. 423.º, n.º 5 CSC, para as reu-

---

<sup>(113)</sup> Não se pode olvidar que, se se verificar a interrupção ou dificuldades na transmissão — seja em resultado da ingerência de terceiros, nomeadamente *hackers*, seja devido a problemas ou avarias técnicas —, isso poderá determinar a invalidade das deliberações tomadas na assembleia. Cf. S. TURELLI, “Assemblea ...”, p. 154 ss. Sobre os riscos da interferência dos *hackers* na AG, *vide* também HASSELBACH/SCHUMACHER, “Hauptversammlung im Internet”, p. 268 ss.

<sup>(114)</sup> Percebe-se mal porque razão o legislador exige, para as AGs virtuais, um registo diferente daquele que é estatuído para as AGs presenciais, onde apenas se prevê que o teor das mesmas seja verídico para uma ata. A menos que se entenda que, com a redação do art. 377.º, n.º 6, al. b) CSC, apenas se pretendeu afirmar a necessidade de realização do registo, por ata, destas AGs com recurso a meios telemáticos... Mas a ser este o sentido da norma, a redação da norma deveria claramente ter sido outra.

<sup>(115)</sup> Com efeito, a AG, ainda que realizada com recurso a meios telemáticos, deve revestir carácter privado, sendo apenas acessível a sócios. Sobre o carácter não público das AG, *vide* HÜFFER, *Aktiengesetz*, Beck, München, 2002, § 118, *Rdn* 16, p. 587.

<sup>(116)</sup> Muito embora, aqui, o registo da reunião resulte de uma obrigação legal que é imposta à sociedade e aos sócios (cf. art. 6.º, n.º 1, al. c) RGPD).

<sup>(117)</sup> Que permita o registo vídeo e áudio — cf. art. 6.º, n.º 1, al. a) RGPD.

niões dos órgãos de fiscalização. Por isso, o regime atrás exposto é-lhes também inteiramente aplicável<sup>(118)</sup>.

O regime agora analisado, referente às reuniões por meios telemáticos, está, por outro lado, apenas previsto para as SA. Em todo o caso, o mesmo deve considerar-se inteiramente válido para as SQ, seja por aplicação remissiva do regime relativo à AG (cf. art. 248.º, n.º 1 CSC), seja por aplicação analógica, no que respeita aos órgãos de gerência e de fiscalização.

## 9. O voto eletrónico

Relativamente à utilização dos meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais, importa ainda destacar o regime do voto eletrónico. Na verdade, a realização de uma AG virtual só ficará plenamente assegurada, se se puder garantir que o direito de voto seja exercido por também por via telemática<sup>(119)</sup>.

Há aqui que distinguir duas situações: o voto eletrónico que é emitido em tempo real, na assembleia virtual, e o voto por correspondência eletrónico, emitido antes da AG.

Relativamente às assembleias virtuais — sejam as assembleias puramente virtuais, sejam as assembleias mistas —, não há dúvidas de que o atual regime do CSC autoriza que os sócios que nelas participam por via telemática possam exercer o seu direito de voto, em tempo real, por via eletrónica, conquanto a sociedade assegure a autenticidade do voto emitido (cf. art. 384.º, n.º 9 CSC)<sup>(120)</sup>. É algo que está, hoje, extremamente simplificado e que não suscita particulares dificuldades com a utilização destas plataformas a que os tempos inauditos provocados pela Covid-19 nos obrigaram a recorrer. Em todo o caso, caberá, em última instância, ao Presidente da AG assegurar que o voto de todos os sócios (mesmo os que

---

<sup>(118)</sup> Não se colocando aqui tão-pouco a eventual dificuldade relativa ao local da realização a reunião (*vide supra* nota 103), porquanto relativamente a estes órgãos, não se exige qualquer local de reunião (cf. arts. 410.º e 423.º CSC). Donde, não se verificando tal imposição legal, poderá, inquestionavelmente, a reunião ser puramente virtual: todos os membros do órgão poderão estar em sítios diferentes, realizando-se a reunião integralmente pela Internet. Tenha-se igualmente em consideração que, dado o número reduzido de membros que normalmente compõem estes órgãos, será aqui, em regra, bem mais fácil organizar e realizar a reunião por via telemática.

<sup>(119)</sup> Veja-se, sobre esta matéria, NOACK, “Die internetgestützte Hauptversammlung”, p. 18 ss.

<sup>(120)</sup> Esta é, de resto, uma solução que já resultaria do art. 377.º, n.º 6, al. b) CSC), onde se prescreve a necessidade de “assegurar a autenticidades das declarações” dos sócios, “declarações” onde, obviamente, se deve incluir as que respeitam ao sentido de voto.

participam remotamente na assembleia) é recebido e foi efetivamente emitido pelos sócios participantes na AG.

A partir de 2006, o CSC — com o adiamento do n.º 9 na norma do art. 384.º CSC<sup>(121)</sup> — veio expressamente consagrar a admissibilidade, para todas as SA<sup>(122/123)</sup>, de os sócios ausentes da reunião poderem, a menos que tal expediente seja proibido no pacto, exercer o voto por correspondência<sup>(124)</sup>. É uma solução com que se visa, uma vez mais, facilitar e estimular a participação dos sócios na AG<sup>(125)</sup>, assim combatendo o seu absentismo<sup>(126)</sup>.

À tradicional forma de correspondência por escrito deve, hoje, acrescentar-se a correspondência eletrónica, pelo que, em princípio, esta modalidade de voto poderá também ser exercida telematicamente, nos termos acima indicados<sup>(127)</sup>.

Há, no entanto, neste caso uma dificuldade adicional: o art. 384.º, n.º 9 CSC impõe que o voto por correspondência se mantenha confidencial até ao momento da votação. Ora, se não for possível assegurar esta confidencialidade ao voto eletrónico<sup>(128)</sup>, não será de admitir o exercício do voto por correspondência por email, mas apenas pela tradicional forma escrita<sup>(129/130)</sup>.

<sup>(121)</sup> Aditamento efetuado pelo DL 76-A/2006.

<sup>(122)</sup> Trata-se de um regime que se deve considerar igualmente aplicável às SQ, por força da remissão do art. 248.º, n.º 1 CSC.

<sup>(123)</sup> Antes da reforma do CSC de 2006, o voto por correspondência já era, contudo, admitido — a menos que o pacto o proibisse — nas sociedades abertas (cf. art. 22.º CVM).

<sup>(124)</sup> Trata-se de um regime extremamente vulgarizado nos EUA. Sobre o *proxy voting* e o *electronic proxy voting*, vide COX/HAZEN, *On corporations*, Vol. II, §§ 13.16 e 13.25 ss.; e HÜTHER, *Aktionärsbeteiligung und Internet*, p. 129 ss. Para as sociedades cotadas, esta é uma solução imposta pelo art. 12.º da Diretiva dos Acionistas, o qual expressamente estabelece ainda que “a votação por correspondência só pode ser sujeita aos requisitos e aos condicionalismos necessários para assegurar a identificação dos acionistas e apenas na medida em que esses requisitos e condicionalismos sejam proporcionais a esse objetivo”.

<sup>(125)</sup> Note-se que, se o sócio tiver exercido o seu direito de voto por correspondência, mas comparecer na reunião — pessoalmente ou através de um representante —, isso implicará a revogação do respetivo voto por correspondência.

<sup>(126)</sup> A utilização desta modalidade de voto apresenta, todavia, um senão que é preciso não esquecer: a colegialidade da assembleia, sobretudo com a utilização generalizada do voto por correspondência, fica seriamente posta em causa.

<sup>(127)</sup> Vide art. 4.º-A CSC e art. 3.º do DL 290-D/99. Assim, também COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades* ..., p. 26.

<sup>(128)</sup> Pode discutir-se se a confidencialidade respeita apenas aos sócios ou também aos membros da mesa, nomeadamente ao Presidente da AG. Se estes estiverem também abrangidos por esta regra, poderá — no atual estado de desenvolvimento técnico — revelar-se muito difícil assegurar a confidencialidade exigida por lei, quando haja recurso aos meios telemáticos para o exercício do voto por correspondência.

<sup>(129)</sup> Voto escrito este que apenas deverá ser aberto e revelado na própria assembleia.

<sup>(130)</sup> Note-se que o regime legal do voto por correspondência, porque é também extremamente parcimonioso, poderá originar graves dificuldades de aplicação na prática. Pense-se, p. ex., na hipótese de o contrato se limitar a estabelecer, quanto ao voto por correspondência, que se aplicará o

## 10. A ata e a respetiva assinatura

Finalmente, importa fazer referência à ata da AG virtual. Apesar do registo (áudio e/ou audiovisual)<sup>(131)</sup> da assembleia, deverá sempre proceder-se à elaboração da respetiva ata escrita, uma vez que, também para esta modalidade de assembleia, a lei a não dispensa, nomeadamente para os efeitos previstos no art. 63.º, n.º 1 CSC. A sua elaboração não difere da ata das AGs presenciais, competindo, em princípio, ao secretário da assembleia a respetiva redação.

Quanto à assinatura da ata, ela poderá ser assinada com recurso a assinatura eletrónica qualificada por todos os que a devam assinar<sup>(132)</sup>. Note-se, contudo, que não é exigível esta forma de assinatura da ata, que se poderá até revelar inexecutável<sup>(133)</sup>. Para cumprimento das exigências legais (cf. art. 4.º-A CSC), bastará que conste da ata a assinatura autógrafa digitalizada<sup>(134)</sup> dos participantes na AG que a devem assinar<sup>(135)</sup>, devendo o Presidente da AG nela colocar, em último lugar<sup>(136)</sup>, a sua assinatura digital<sup>(137)</sup> ou manuscrita. Com efeito, nada impede que um documento

---

disposto na alínea *b*) do n.º 9 do art. 384.º CSC. Ficará, neste caso, por saber — uma vez que o regime legal não o esclarece — se o prazo de 5 dias que ali se abre para o exercício do direito de voto se aplica a todos os sócios ausentes da AG ou se, como nos parece preferível, apenas se aplica aos que anteriormente tenham votado por correspondência, relativamente a novas propostas ou a propostas que tenham sido alteradas durante o decorrer da AG. Trata-se de questões que o pacto social, por uma questão de certeza e segurança jurídica, deverá, por isso, prevenir e regular, estabelecendo, com algum cuidado, o modo como este voto por correspondência (nomeadamente por via eletrónica) deverá ser exercido.

<sup>(131)</sup> Cf. art. 377.º, n.º 6, al. *b*) CSC e *supra* ponto 8.

<sup>(132)</sup> O presidente e o secretário, nas SA (cf. art. 388.º, n.º 2 CSC) ou todos os sócios presentes, nas SQ (cf. art. 248.º, n.º 6 CSC).

<sup>(133)</sup> P. ex., porque nem todos os que a devem assinar dispõem de assinatura digital.

<sup>(134)</sup> Esta assinatura autógrafa digitalizada poderá, como vimos (cf. *supra* nota 40), considerar-se uma assinatura eletrónica simples. Em qualquer caso, como também aludimos acima, o art. 4.º-A CSC (na sua redação de 2017) não exige sequer, agora, que a assinatura autógrafa seja necessariamente substituída por uma assinatura eletrónica (*vide supra* ponto 4), podendo ser utilizado um outro meio de identificação, desde que tenha níveis “de inteligibilidade e de durabilidade” equivalentes à assinatura manuscrita, mas já não se exigindo que tenha idêntico nível de “autenticidade” (uma vez que este requisito foi eliminado do art. 4.º-A CSC pelo DL 79/2017, de 1 de julho). De todo o modo, incumbirá sempre ao Presidente da AG tomar os cuidados necessários para se assegurar que as assinaturas autógrafas digitalizadas que constam da ata — a qual terá, para esse efeito, circulado por via telemática pelos participantes na AG — correspondem efetivamente à assinatura dos sócios subscritores.

<sup>(135)</sup> Para este efeito, a ata pode circular, por email, pelos participantes na AG que devem assinar a ata.

<sup>(136)</sup> I. é, quando o Presidente da AG assinar a ata, a mesma já deve conter as assinaturas (que podem ser assinaturas autógrafas digitalizadas) de todos os demais subscritores da ata, assim lhe conferindo a autenticidade legalmente exigida.

<sup>(137)</sup> Com recurso, p. ex., ao cartão de cidadão.

contenha diferentes modalidades de assinatura (assinaturas manuscritas, assinaturas autógrafas digitalizadas, assinaturas digitais). Nesta hipótese, deverá o documento começar por conter as assinaturas autógrafas e as assinaturas manuscritas digitalizadas e só depois proceder-se à recolha das assinaturas eletrónicas avançadas (ou assinaturas digitais)<sup>(138)</sup>, por forma a que o valor legal do documento com assinatura digital<sup>(139)</sup> se mantenha intacto, na medida em que isso depende de ele não ter sido alterado depois da aposição das assinaturas digitais<sup>(140)</sup>.

---

<sup>(138)</sup> Cf. art. 2.º, als. *d)* e *g)* RJDEAD.

<sup>(139)</sup> Cf. art. 3.º, n.ºs 2 e 3 RJDEAD.

<sup>(140)</sup> Note-se que um documento eletrónico pode conter várias assinaturas digitais, nele apostas assincronamente, sem que ele perca o seu valor legal. Com efeito, a aposição de uma assinatura digital, nomeadamente com o cartão de cidadão, num documento eletrónico que já contenha outras assinaturas digitais não implica uma alteração desse documento e, portanto, a autenticidade das assinaturas e o respetivo valor legal mantêm-se intactos.

**Abreviaturas usadas:**

- AG** Assembleia geral
- AktG** Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por ações, de 6 de setembro de 1965
- CC** Código civil
- CCit** Código civil italiano, de 16 de março de 1942
- CI** Contratto e impresa
- CMVM** Comissão do mercado de valores mobiliários
- CSC** Código das sociedades comerciais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro)
- CVM** Código dos valores mobiliários (aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de novembro)
- DB** Der Betrieb
- DL** Decreto-Lei
- DR** Diário da República
- JOUE** Jornal oficial da União Europeia
- NZG** Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- PMAG** Presidente da mesa da assembleia geral
- RdS** Revista derecho de sociedades
- RevSoc** Revue des sociétés
- RNPC** Registo nacional de pessoas coletivas
- RS** Rivista delle società
- SA** Sociedade anónima
- SC** Sociedade em comandita
- SENC** Sociedade em nome coletivo
- SQ** Sociedade por quotas
- TCI** Tecnologias da comunicação e informação
- TRSA** Lei espanhola sobre sociedades anónimas (texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de dezembro)
- ZGR** Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht



# A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS GREVES ILÍCITAS

Por Pedro Mota Pinho(\*)

SUMÁRIO:

I. Introdução. II. Breves considerações sobre a greve. III. A greve e a responsabilidade civil. IV. Outras questões. V. Conclusões.

## I. Introdução

O tema que nos propomos tratar, tal como resulta do seu título, versa sobre a greve ilícita e as suas implicações em sede de responsabilidade civil. Estamos, portanto, perante dois institutos distintos, mas cuja missão está amplamente ligada a um ideal de justiça — por uma banda, a greve procura equilibrar uma relação assimétrica, munindo os trabalhadores de um direito-poder; por outra banda, a responsabilidade civil tem como desiderato restabelecer o *status quo ante* ao dano.

Sendo o binómio responsabilidade civil/ greve ilícita discutido há muito pela doutrina e pela jurisprudência pátria (assim como noutras latitudes), procuraremos dissecar os diversos pareceres e, talqualmente, compreender as diversas posições tomadas nesta sede.

Com efeito, e por razões de concretização, este nosso estudo irá subdividir-se em dois compartimentos: em primeiro lugar serão tecidas breves considerações sobre a greve; de seguida incidiremos na matéria que aqui nos traz, i.e., na responsabilidade civil nas greves contrárias à lei.

---

(\*) Advogado, Mestre em Direito do Trabalho e Doutorando em Direito.

Por último, de confessar que não temos o desiderato de alcançar uma solução pacífica, cristalina ou inequívoca — até porque essa nunca logrou ser vislumbrada pela doutrina e/ ou jurisprudência<sup>(1)</sup> —, pretendendo-se, isso sim, dar o nosso contributo e despertar o debate sobre um tema tão rico quanto este<sup>(2)</sup>.

## II. Breves considerações sobre a greve

Fruto da primeira Revolução Industrial e da impulsionante transformação de processos laborais que ocorreram entre o séc. XVIII e o séc. XIX<sup>(3)</sup>, a greve

---

<sup>(1)</sup> Para além dos diversos problemas que a greve e a responsabilidade podem levantar especificamente, devemos ter presente que este tema em concreto apresenta outros problemas que talvez justifique o paupérrimo número de processos julgados pelos tribunais superiores. Entre outros, identificam-se os seguintes óbices:

- i) Os problemas relacionados com o cálculo da extensão do dano a indemnizar causado pela greve ilícita;
- ii) a árdua tarefa em determinar os danos que cada trabalhador absentista provocou na esfera da empresa;
- iii) a dificuldade em assacar a responsabilidade do sindicato;
- iv) a (crónica) morosidade do sistema judicial;
- v) a consagração legal da impenhorabilidade dos bens das associações sindicais, cuja utilização seja estritamente indispensável ao seu funcionamento (cf. art. 453.º, n.º 1 do CT), que por sua vez impossibilita os credores de procederem à penhora e conseqüente execução dos bens;
- vi) a possibilidade de as relações entre associação sindical/ entidade empregadora deteriorarem-se ainda mais com a propositura de uma acção judicial.

Sobre este aspecto veja-se ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *A Lei e As Greves*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 170; BERNARDO LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1984, p. 289; ou FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 580.

<sup>(2)</sup> Adaptando a equação proposta por ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO em “Responsabilidade civil do empresário e greve”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 3, 1986, p. 370, pense-se na seguinte situação enquanto pedra-de-toque da nossa exposição: *A*, empresa ligada ao sector agro-pecuário e à comercialização de produtos lácteos, celebra um contrato de fornecimento com a empresa *B*, onde a primeira se obriga a entregar 100 litros de leite na sede de *B*, no dia 10 de Janeiro. Ocorre que no dia 9 de Janeiro irrompe uma greve decretada pelo sindicato *C*, cuja grande parte dos seus filiados são trabalhadores em *A*. Em resultado daquela mesmíssima greve, *A* não conseguiu finalizar o processo de produção, não podendo, subsequentemente, cumprir a obrigação a que se encontrava vinculado. *Quid iuris* quanto à posição de *A*, *C* e dos trabalhadores absentistas?

<sup>(3)</sup> Veja-se JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, UC, Coimbra, 1993, p. 272. Ver também JULIANA TAVARES PEGORER, “Abuso do direito de greve”, *Sindicatos e Autonomia Privada Coletiva. Perspectivas Contemporâneas*, (Org. TULIO MASSONI e FRANCESCA COLUMBU), Almedina Brasil, São Paulo 2017, p. 547, que nos dá conta de alguns episódios do Antigo Egipto e do Império Romano que podem ter consistido em algo similar ao que hoje chamamos de greve.

tem neste período histórico o seu apogeu, algo que ocorreu de forma natural e enquanto produto da “interacção diádica”<sup>(4)</sup> entre empregador e trabalhador. De facto, tendo sido inicialmente pensada como um fenómeno de negociação colectiva, cujo perecimento seria anunciado à medida que se alcançaria uma “sociedade industrial altamente desenvolvida”<sup>(5)</sup>, a verdade é que volvidas algumas centenas de anos, as greves continuam a irromper em diversos contextos laborais, procurando, ou assim se espera, temperar e reequilibrar as assimétricas relações entre empregadores e trabalhadores.

No nosso ordenamento, a greve, enquanto verdadeira manifestação colectiva e concertada de absentismo laboral, surge no séc. XVII<sup>(6/7)</sup> ocorrendo por múltiplas vezes e em diversos contextos, mas sempre julgada enquanto ilícito criminal<sup>(8)</sup>. Percorreu-se, indubitavelmente, um longo caminho até o direito à greve ter dignidade constitucional, sendo que hoje este direito encontra-se consagrado na CRP<sup>(9)</sup>. Por outra banda, o direito à greve foi igualmente vertido nas legislações laborais do sector privado e público (cf. art. 530.º do CT e art. 394.º da LGTFP)<sup>(10)</sup>. Deste modo, e pese embora seja um instrumento constantemente utilizado pelos trabalha-

---

(4) MICHAEL BIGGS, “Strikes as Sequences of Interaction: The American Strike Wave of 1886”, *Social Science History*, Vol. 26, 3, 2002, p. 583.

(5) Cf. JAMES E. CRONIN, “Strikes and Power in Britain, 1870-1920”, *International Review of Social History*, XXXII, 1987, p. 144.

(6) JOSÉ TENGARRINHA, “As greves em Portugal: uma perspectiva histórica do século XVIII a 1920”, *Análise Social*, Vol. XVII, 67/68, 1981, pp. 582 e ss. Este autor dá-nos conta de que a primeira greve em solo português ocorreu em 1628, no Porto.

(7) CAETANO D’ANDRADE ALBUQUERQUE, *Direito dos Operários: estudos sobre as greves* (tese de Doutoramento), UC, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1870, naquele que foi o primeiro grande estudo jurídico sobre este tema no nosso ordenamento jurídico.

(8) Sobre uma perspectiva da *greve-crime* no nosso ordenamento, veja-se FERNANDO EMYGDI DA SILVA, *As greves*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913, cap. XI; e MÁRIO PINTO, “O Direito perante a greve”, *Análise Social*, n.º 13, 1965, pp. 48 e ss.

(9) Reportamo-nos ao art. 57.º n.º 1 da CRP, sendo que o legislador constitucional consagrou outros direitos ligados a este preceito, nomeadamente, o art. 55.º e 56.º, que explicitam o direito à liberdade sindical e às prerrogativas dos sindicatos. Ao introduzir-se o direito à greve na CRP, “o interesse coletivo profissional dos trabalhadores foi erguido ao nível de interesse geral”, *vd.* JÚLIO GOMES, “Da proibição de substituição de grevistas à luz do art. 535.º do Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 42, 2014, p. 67.

(10) Na doutrina portuguesa vejam-se, entre outros, JOSÉ GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, “Ser ou não ser uma greve”, *Questões Laborais*, n.º 13, 1999, pp. 3 a 44; JÚLIO GOMES, “Existem — e em caso afirmativo quais são eles — limites ao poder atribuído pelo art. 538.º, n.º 7, do Código do Trabalho de 2009 aos representantes dos trabalhadores em greve (art. 532.º) de designar os trabalhadores que ficam adstritos à prestação dos serviços mínimos?”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 233 e ss.; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Lei da Greve Anotada*, Lex, Lisboa, 1994.

dores na sociedade hodierna<sup>(11)</sup>, a verdade é que o legislador português se eximiu de definir o que é uma greve, talvez por esta se encontrar umbilicalmente ligada a interesses tão sensíveis como os sociais, políticos ou económicos<sup>(12)</sup>. Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência ocuparam-se deste papel, sendo que na falta de um conceito estanque, talvez seja possível definir a greve enquanto a “abstenção concertada da prestação de trabalho a efectuar por uma pluralidade de trabalhadores com vista à obtenção de fins comuns”<sup>(13)</sup>.

Ao conceito de greve estará conectada a ideia basilar de importunar a esfera empresarial, procurando-se melindrar o dador de trabalho através do abstencionismo laboral. Como corolário deste escopo estará a inflicção de um dano na esfera do empregador<sup>(14)</sup>, considerando-se que a este ideário se encontra ligado um valor superior de justiça<sup>(15)</sup>. Existe, por conseguinte, uma colisão de direitos, onde, à partida, o direito à greve se sobreporá aos demais em confronto<sup>(16)</sup>, como serão os direitos económicos, designadamente, o direito à iniciativa económica privada. Utilizamos a expressão “à partida”, já que o direito à greve nunca poderá ser vislumbrado enquanto direito absoluto.

---

<sup>(11)</sup> De acordo com o estudo realizado pela Fundação Manuel dos Santos, entre 2010 e 2017, existiram 804 greves em Portugal, envolvendo 348 mil trabalhadores. Dados disponíveis em <www.pordata.pt>.

<sup>(12)</sup> Na opinião do autor JOSÉ JOÃO ABRANTES. *Direito do trabalho II (Direito da greve)*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 74, o legislador constitucional escusou-se de definir esta figura de modo a não cercar o campo de acção e interesses da greve.

<sup>(13)</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 1230.

<sup>(14)</sup> Cf. ac. TRC de 16-12-2015 (Relatora: Paula do Paço) “O “braço de ferro” implícito na greve, visa perturbar a actividade e organização da entidade empregadora, por forma a provocar alguma disponibilidade para dialogar sobre o conflito laboral subjacente”. Veja-se também o ac. TRL de 03-12-2014 (Relator: José Eduardo Sapateiro) “Derivam, necessária e inevitavelmente, da noção, natureza e exercício do direito de greve por banda dos trabalhadores, danos de índole diversa e de valor pecuniário incerto e, as mais das vezes avultado, para as entidades empregadoras, sendo esses prejuízos uma decorrência natural e normal do instituto jurídico em análise”. Ambos os arestos disponíveis <www.dgsi.pt>.

<sup>(15)</sup> ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Considerações a propósito do Direito à Greve”, *Temas de Direito do Trabalho: Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 450 e ss.

<sup>(16)</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 456. “Se o desencadear da colisão com outros direitos fundamentais fosse fundamento suficiente de limitação imaneente do exercício de um direito fundamental, haveria direitos fundamentais de efectivação impossível, na medida em que o seu exercício provoca, necessariamente ou com toda a probabilidade, fricções com outros direitos ou lesões em direitos de outrem”. Neste sentido, veja-se HELENA FERREIRA GUEDES, *O uso abusivo do direito à greve* (tese de Mestrado), UCP, Porto, 2016, p. 30, disponível em <repositorio.ucp.pt>.

Tal como decorre do art. 335.º do CC, deverá sempre existir um juízo de proporcionalidade, cedendo os titulares na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. A este preceito deverá cumular-se o preceituado no art. 522.º do CT que obriga as partes a actuarem sempre dentro do espectro da boa fé aquando de um conflito colectivo. Secundando a lição de GIUGNI<sup>(17)</sup>, a greve não poderá ser sempre legitimada quando lesar um valor igualmente protegido<sup>(18)</sup>.

Com efeito, o direito à greve apresenta limites<sup>(19)</sup>, sendo que este fenómeno laboral nunca poderá ser desprovido de qualquer interesse ou motivo. Esta mesmíssima obrigação resulta da lei, quando nos é dito que compete aos trabalhadores definir os interesses a defender no âmbito da greve (cf. art. 57.º n.º 2 da CRP e 530.º n.º 2 do CT). Entenda-se que pese embora o legislador não se tenha reportado aos interesses que poderão relevar para efeitos de execução da greve, será lógico pensar que a greve nunca poderá “escapar” do âmbito laboral<sup>(20)</sup>, ou seja, os interesses que

---

(17) GINO GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 2015, p. 277.

(18) Cf. ac. TRL de 25-05-2011 (Relatora: Albertina Pereira) “Embora a greve constitua um dos direitos fundamentais dos trabalhadores, a mesma não é um direito absoluto, pelo que existindo a possibilidade de confronto ou colisão entre o direito de greve e outros direitos fundamentais, também previstos na Constituição, esse direito pode sofrer alguma sorte de restrição nas situações definidas pela lei e com observância de determinados limites”, disponível em <www.dgsi.pt>.

(19) Cf. ac. STA de 26-06-2008 (Relator: Costa Reis) “o direito à greve não é absoluto visto o seu n.º 3 introduzido no texto constitucional pela revisão de 1997, autorizar que a lei ordinária defina “as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis”, o que constitui uma limitação ao seu exercício irrestrito, como também o n.º 2 do seu art. 18.º consente que esse exercício possa ser constringido quando seja “necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. O que quer dizer que, apesar fundamental, o direito à greve pode ser regulamentado e esta regulamentação pode constituir, objectivamente, numa restrição ao seu exercício sem que tal possa ser considerado como uma violação inconstitucional do direito à greve. Ponto é que ela se destina a ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, a promover a segurança e manutenção de equipamentos e instalações e se limite ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, disponível em <www.dgsi.pt>.

(20) Será de admitir, no nosso ordenamento, a greve de solidariedade. Como o nome indica, o trabalhador abstém-se de trabalhar não com o propósito de que a sua pretensão directa seja satisfeita, existindo, ao invés, um valor altruístico para com determinado grupo ou trabalhador. Somos da opinião de que este tipo de greve não poderá ser conforme a lei, uma vez que a greve procurará sempre causar um dano na esfera do empregador de modo a que este ceda às pretensões dos seus trabalhadores. Assim o sendo, e imaginando que a greve solidária ocorrerá de modo a demonstrar que os trabalhadores da empresa *X* estão com os trabalhadores da empresa *Y*, cujas condições de segurança no trabalho são precárias, nunca poderá o empregador *X* obrigar o empregador *Y* a estabelecer melhores medidas para os seus trabalhadores. Veja-se o ac. STJ de 21-02-1983, disponível em *BMJ*, n.º 323, p. 287. Veja-se, por exemplo, o caso italiano, cujo tipo de greve passou no crivo da *Corte costituzionale*. Cf. GINO GIUGNI, *ob. cit.*, p. 276.

estribam uma greve “deverão ter uma correspondência com os direitos e interesses dos trabalhadores”<sup>(21)</sup>. Da mesma forma, a greve nunca poderá ser legalmente aceite se os seus fins forem contrários aos princípios gerais de direito e à própria lei. Também será ilícita a greve que é executada de modo a provocar um desmesurado dano na esfera do empregador (as chamadas greves abusivas)<sup>(22)</sup>.

Para além da proibição deste tipo de greves, decorrem da lei outros limites. Como se encontra previsto no art. 57.º n.º 3 da CRP, assim como nos arts. 531.º, 534.º, 537.º e 538.º do CT e 395.º a 398.º da LGTFP, o legislador obriga a que a greve seja declarada por uma pessoa colectiva competente (as associações sindicais ou as assembleias de trabalhadores de empresas). Impõe-se, outrossim, que a entidade competente para decretar a greve comunique ao empregador ou à associação de empregadores, e, de igual modo, ao ministério responsável pela área laboral, com um prazo de aviso prévio de cinco dias úteis, que será executada uma greve em determinada data<sup>(23/24)</sup>.

---

(21) DIOGO VAZ MARRECS, *Código do Trabalho Comentado*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 1212.

(22) Serão, portanto, contrárias à lei as greves de zelo ou as greves trombose. VAZ SERRA refere que será ilícita a greve que é determinada por um “espírito de malevolência ou por um fim diferente do legítimo da profissão”. O autor, que nos explica a situação jurídica da greve no direito germânico e gaulês  $\frac{3}{4}$  ressaltando que à data a greve era proibida no nosso ordenamento  $\frac{3}{4}$ , reporta-se àquele fenómeno como uma figura que poderá consubstanciar um caso de abuso do direito, caso sejam empregues meios imorais ou seja prosseguido um fim injusto. Autor *cit.*, “Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)”, *BMJ*, n.º 85, 1959, p. 290.

(23) JOSÉ JOÃO ABRANTES, *ob. cit.*, pp. 82 e ss. O autor estabelece a distinção entre greve irregular e a greve ilícita. A primeira será aquela que padece de um vício formal, ao passo que a segunda terá um vício material. Todavia, e é esse o nosso entendimento, a greve que é decretada sem terem sido cumpridos os requisitos formais e/ ou materiais, será sempre uma greve contrária à lei e, como tal, dever-se-á aplicar o art. 541.º do CT. Veja-se, também, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 1280.

(24) Para um melhor entendimento jurisprudencial sobre a greve ilícita, veja-se: ac. STJ de 28-01-1983 (Relator: Miguel Caeiro) “São, assim, injustificadas as faltas dadas pelos trabalhadores durante uma greve que, embora seja lícita quanto a causa (greve de solidariedade), não o é quanto à forma, por falta de observância dos requisitos exigidos naqueles preceitos”; Parecer da Procuradoria Geral da República de 04-01-1999 “uma atuação levada a cabo nas condições referidas na conclusão anterior (interrupção do trabalho pelos médicos, sempre que quiserem e pelo tempo que quiserem) contraria a noção de greve constante da conclusão 5ª, e levando a consequências imprevisíveis na organização dos serviços e podendo provocar danos desproporcionados para os utentes, é ilegal. O mesmo se diga relativamente às paralisações curtas e repetidas, às greves intermitentes (*sciopero a singhiozzo*) e a outras formas semelhantes, desde que obedeçam a um plano concertado de desorganização da produção, pois, nesses casos, a defesa dos interesses dos trabalhadores não legitima prejuízos injustos e desproporcionados para o dador de trabalho e até para terceiros (em último grau, para a colectividade)”; ac. STJ de 13-02-2008 (Relator: Sousa Peixoto) “A greve é ilícita, se o pré-aviso não tiver sido inteiramente respeitado e faz incorrer os trabalhadores grevistas no regime de faltas injustificadas”. Todos disponíveis em <www.dgsi.pt>. A lei é exhaustiva quanto a este ponto, obrigando a que este aviso

Deste modo, a lei postula duas consequências da greve contrária à lei: no *plano disciplinar*, as faltas do trabalhador que se reportem ao período abstencionista serão consideradas injustificadas (cf. art. 541.º n.º 1 do CT); no *plano civilístico*, aplicar-se-ão os princípios gerais em matéria de responsabilidade civil (cf. art. 541.º n.º 2 do CT). Por razões de concretização deste tema iremo-nos focar somente nesta última consequência.

### III. A greve e a responsabilidade civil

1. Ainda antes de incidirmos nas consequências da greve ilícita em sede de responsabilidade civil, e tendo presente o exemplo que fornecemos no início deste estudo, cumpre referir que na doutrina discute-se a questão do inadimplemento do contrato por parte do empregador nos casos de greve lícita.

Para o autor ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO<sup>(25)</sup>, sendo a greve um direito constitucional à disposição do trabalhador, não poderia o empregador ser responsabilizado pelo incumprimento do contrato que o vinculava com terceiros. No pensamento deste insigne jurista, ao empregador não poderia ser imputada qualquer culpa, porquanto foram os seus trabalhadores que,

---

prévio de greve seja feito por meios idóneos, nomeadamente por escrito ou através dos meios de comunicação social. O aviso prévio deverá conter, também, uma proposta de definição de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamento e instalações e, se a greve se realizar em empresa ou estabelecimento que se destine à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, uma proposta de serviços mínimos. *Vd.*, de igual modo, Parecer da Procuradoria Geral da República de 03-03-1977, disponível em *BMJ*, n.º 265, 1977, pp. 57 e ss. e ac. TC n.º 15/2005 (Relatora: Maria dos Prazeres Beleza): “tais motivos são ilícitos, ficando os trabalhadores sujeitos à consequência prevista no art. 11.º, isto é, incorrendo no regime de faltas injustificadas”, disponível em <[www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)>. Por fim, veja-se o pleito julgado pelo TEDH, onde um cidadão russo que trabalhava no sector ferroviário foi despedido por ter participado numa greve ilegal, do qual citamos um excerto da decisão “After having their demands rejected, the applicant’s trade union decided to declare a strike. The Government did not suggest that any other means such as conciliation or arbitration or else had been available to the trade union to protect their members’ interests. However, relying on the ban on the right to strike of certain categories of railway workers set by Russian law, the employer, Russian Railways, considered unlawful the applicant’s abstention from work during the strike and fired him for a repeated failure to perform work duties. When the applicant challenged his dismissal before the national courts, they had to confine their analysis to formal compliance with the relevant Russian laws and consequently could not balance the applicant’s freedom of association with competing public interests. The Court finds that the applicant’s participation in the strike action was considered as a breach of disciplinary rules which, when taken together with the previous transgression, resulted in the most severe penalty ¼ dismissal”. Aresto disponível em <[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)>.

(25) Autor *cit.*, *ob. cit.*, pp. 593 e 594.

num pleno exercício de um direito, se furtaram à prestação laboral e que, por conseguinte, não permitiram ao empregador cumprir as suas obrigações. Estaríamos, pois, perante uma “situação típica do comportamento socialmente adequado” pelo que tal desembocaria na “exoneração do empresário defronte a terceiros”. Todavia, para este autor, cujo pensamento é, em muito, influenciado pela doutrina italiana, mormente por GIUSEPPE PERA<sup>(26)</sup>, a solução para este imbróglio seria distinta caso a greve ao qual os seus trabalhadores aderiram tivesse sido concitada por qualquer comportamento caviloso ou condenável por parte do empregador, nomeadamente, um despedimento abusivo de um trabalhador da empresa ou o incumprimento de estipulações vertidas em instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. Nestes mesmíssimos casos, deveria o empregador responder pelo incumprimento contratual face a terceiros, uma vez que foi o seu comportamento culposo que gerou a revolta nos trabalhadores e, por consequência, aderiram à greve. Em suma, e utilizando o método daquele autor transalpino “o próprio desfecho do movimento grevista se encarregará de dar a solução — se as pretensões forem aceites, parece que seriam razoáveis *ab initio*, pelo que o empresário estava de má fé, e vice-versa”<sup>(27)</sup>.

Há quem se oponha a esta ala doutrinal, na medida em que ao empregador terá sempre que ser assacada a responsabilidade. Com efeito, e calcorreando os ensinamentos de TEYSSIE<sup>(28)</sup>, a quem incumbiu a missão de discorrer sobre as considerações jurisprudenciais gaulesas na segunda metade do séc. XX, ao empregador só poderia ser exaurida qualquer responsabilidade, fruto do não cumprimento das suas obrigações perante terceiros, caso comprovasse que o seu inadimplemento tivesse sido provocado por um evento de força maior. Ora, não sendo a greve lícita um fenómeno de força maior, na medida em que não é algo imprevisível, nem que se afasta da esfera de influência da empresa, não poderia excluir-se a responsabilidade do empregador.

Esta posição é seguida na doutrina pátria por PEDRO ROMANO MARTINEZ<sup>(29)</sup>, que defende que estando as partes no âmbito de uma relação contratual, o empregador terá que ser responsabilizado e indemnizar o terceiro lesado<sup>(30)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Autor *cit. apud* NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 587 e 588.

<sup>(27)</sup> NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 587 e 588.

<sup>(28)</sup> Autor *cit.*, *Les conflits du travail, grève et lock-out*, Librairies techniques, Paris, 1981, p. 200 e ss.

<sup>(29)</sup> Autor *cit.*, *ob. cit.*, p. 1277 e ss.

<sup>(30)</sup> Neste sentido MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 171.

Efectivamente, e tendo presente o modelo de responsabilidade contratual português<sup>(31)</sup>, a culpa do devedor é presumida, incumbindo ao devedor provar que o não cumprimento da obrigação não procede de culpa sua, pois “só o devedor está em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o lesaram a não efectuar a prestação a que estava vinculado”<sup>(32)</sup>.

Não obstante, seria defensável o argumento de que estaríamos perante um caso de impossibilidade objectiva? Isto é, poderia o empregador afastar a presunção de culpa impostada pelo art. 798.º do CC, escudando-se no art. 790.º n.º 1 do CC? Acompanhamos a posição do preposto autor, respondendo em sentido negativo à retro dita questão. Na verdade, para o empregador se fazer valer da figura da impossibilidade objectiva terá que demonstrar que o cumprimento da obrigação é impossível por causa que não lhe é imputável, algo que dificilmente poderá decorrer de uma greve lícita. Ora, servindo-nos da lição de ANTUNES VARELA relativamente à impossibilidade objectiva, não será o devedor responsabilizado pelo não cumprimento do contrato quando “tivesse sido impedido de cumprir por facto do credor, por força maior ou por caso fortuito”, assim como nos casos de a “impossibilidade ser imputável a terceiro ou à própria lei”<sup>(33)</sup>.

Como foi supra referido, o empregador não poderia secundar a sua exclusão de culpa no argumento da força maior, pois a greve lícita não será algo imprevisível ou que está fora do domínio do agente. Pelo contrário, e sabendo que os trabalhadores fazem parte do universo empresarial, incumbiria ao empregador dominar as hipotéticas contestações no seio da empresa, satisfazendo (até ao limite do que se pensa ser justo e proporcional) as reivindicações dos seus trabalhadores. Como tal, não seria possível o empregador afastar a culpa, podendo-se até falar da greve enquanto figura imanente ao “risco empresarial”<sup>(34)</sup>.

Na esteira de ROMANO MARTINEZ, estamos em crer que esta solução é — no confronto com a outra proposta — a mais equilibrada e a que melhor

---

(31) Sobre a responsabilidade contratual e a presunção de culpa do devedor, veja-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, Cascais, 2017, p. 405 e ss.; *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objectiva*, Principia, Cascais, 2014, p. 33 e ss.; vd. também JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 163 e ss.

(32) FERNANDO PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado Vol. II*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 48.

(33) Autor *cit.*, *Das Obrigações em Geral Vol. II*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 67.

(34) ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 1280.

resulta para a harmonização do tráfego empresarial e comercial. Se sustentássemos que a greve lícita poderia ser um factor de desculpabilização do não cumprimento do devedor/ empregador nas relações com terceiros, estaríamos a corroborar a ideia de greve enquanto “passar de culpas”, utilizada como instrumento de desresponsabilização de “todos os intervenientes numa cadeia de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, com a consequente insegurança jurídica”<sup>(35/36)</sup>.

2. Ultrapassadas estas considerações, cumpre agora focar na questão da aplicação dos princípios gerais de responsabilidade civil nas greves ilícitas. Existindo um vínculo contratual entre o trabalhador e o empregador será natural pensar que o trabalhador que se furtou à prestação para participar numa greve ilícita poderá ser responsabilizado em sede de responsabilidade contratual. Na verdade, o trabalhador estará a incumprir o seu contrato, violando múltiplos deveres que advêm desse mesmíssimo vínculo, como os de assiduidade ou de lealdade, sendo, contanto, difícil apurar individualmente os danos provocados por cada trabalhador absentista<sup>(37)</sup>. Ainda assim, não restando dúvidas quanto à responsabilidade do trabalhador pela modalidade contratual, poderia este afastar a presunção de culpa que impende sobre este caso conseguisse demonstrar que aderiu à greve após ter representado que aquela era lícita, desconhecendo que estaria a participar em algo contrário à lei. Entenda-se que esta hipótese não será meramente académica, podendo efectivamente ocorrer que o sindicato tenha induzido em erro os trabalhadores de modo a garantir, por exemplo, que a paralisação laboral teria uma elevada adesão por parte dos seus filiados.

Neste tipo de casos não se deverá imputar a culpa ao trabalhador, uma vez que este, à partida, não teria a obrigação de saber que a greve não cumpria certos requisitos legais, incumbindo ao sindicato tutelar que a greve por si declarada está em conformidade com os ditames da lei. Todavia, talvez o trabalhador não conseguisse afastar a presunção de culpa postulada no art. 798.º do CC, caso este fosse um dirigente sindical, tendo a obrigação de saber quais os limites legais da greve e se estes eram respeitados pela

---

<sup>(35)</sup> *Idem*.

<sup>(36)</sup> Neste sentido veja-se também LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, p. 570 e OLIVEIRA ROCHA, “O Direito à greve e a sua regulamentação”, *Portugal Judiciário*, Separata do n.º 42, 1976, p. 20.

<sup>(37)</sup> Quanto a este aspecto cf. ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 1280; BERNARDO LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 282; MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 170; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *ob. cit.*, p. 74; e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte III ¼ Situações Laborais Colectivas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 166.

greve em concreto. Uma outra situação em que o trabalhador não poderia afastar a presunção de culpa seria nos casos em que a greve se revelasse manifestamente espúria, sendo clarividente à luz do conceito do homem médio<sup>(38)</sup> que aquela greve atentava contra a lei (pense-se, por exemplo, na greve que irrompe numa empresa e cuja actuação consiste em danificar as instalações do empregador).

Quanto a este aspecto, atente-se que a doutrina portuguesa adoptou o entendimento inculcado pela jurisprudência germânica. Como nos relata WAAS, o *Bundesarbeitsgericht* decidiu, em diversos arestos, que ainda antes de assacarmos a responsabilidade ao trabalhador, deveríamos ter presente o seu “grau de participação” na greve contrária à lei, assim como se era manifesta (ou não) a ilicitude da greve ao ponto de ter este a obrigação de saber que a greve era ilícita. Estes dois factores terão que ser ponderados para a determinação da responsabilidade do trabalhador, podendo ser este responsabilizado contratualmente, nos termos do § 280 BGB<sup>(39)</sup>.

Já no tocante aos sindicatos, estes poderão ser responsabilizados contratualmente, nos casos em que se tenha vertido uma cláusula de paz social nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. No fundo, estas cláusulas visam alguma estabilidade colectivo-laboral durante certo período de tempo, obrigando-se o sindicato outorgante a não declarar greves durante o período de vigência daquela cláusula. Consequentemente, são mitigados os poderes do sindicato, não se podendo, contudo, vincular os trabalhadores filiados àquela cláusula, uma vez que o direito à greve é irrenunciável<sup>(40)</sup>.

A questão da cláusula de paz social e o seu incumprimento por parte do sindicato ganha contornos bastante interessantes no ordenamento alemão. Nasquelas latitudes, os sindicatos poderão incumprir a cláusula de paz

---

(38) ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I*, 10.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 576. Autor que nos refere que o legislador de 1966 adoptou a tese da culpa em abstracto, deixando para trás a tese que até então era propugnada. “A ideia fundamental da nova lei, no aspecto em exame, é a de que o comércio jurídico não pode ficar adstrito à capacidade pessoal de prestação do devedor (...) A expressão final do n.º 2 do art. 487.º (...) não se reporta à apreciação do julgador, no intuito de cobrir uma multiplicidade de critérios sobre a matéria; ela quer apenas dizer que a diligência relevante para a determinação da culpa é a que um homem normal (um bom pai de família) teria em face do condicionalismo próprio do caso concreto”.

(39) Autor *cit.*, “The Right to Strike: Germany”, *A comparative view* (Ed. BERND WAAS), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 255.

(40) Assinale-se, contudo, que estas cláusulas não são frequentes na negociação colectiva do nosso ordenamento. Para um maior esclarecimento acerca desta figura *vd.* DIAS COIMBRA, “Trégua sindical e alteração anormal das circunstâncias”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Janeiro-Junho, 2007, p. 271 e ss.

social caso seja mantido o padrão de razoabilidade determinado pelo *Bundesarbeitsgericht*, i.e., a greve terá que ser declarada de uma forma regulada, *rectius*, comedida e somente quando se considere que há uma elevada probabilidade de o julgador reputar aquela greve enquanto lícita. Caso esse padrão seja cumprido e, subsequentemente, o tribunal venha a dar razão ao sindicato, então não poderá o sindicato ser responsabilizado em sede de responsabilidade contratual. Com efeito, e sabendo que os empregadores recorrem frequentemente às providências cautelares de modo a suster o efeito imediato das greves, questiona-se no seio da jurisprudência e da doutrina germânica se estas medidas cautelares não desvirtuam o direito à greve e os efeitos para esta pensados, uma vez que dificilmente conseguirá um sindicato convencer os seus filiados a absterem-se do trabalho até à decisão do processo principal, que decidirá se a greve em questão cumpre os requisitos para se “quebrar” lícitamente a cláusula de paz social, ser anunciada<sup>(41)</sup>.

3. À partida, dir-se-ia que a responsabilidade do sindicato se circunscrevia ao âmbito da responsabilidade contratual, não se podendo assacar qualquer tipo de responsabilidade na ausência de uma cláusula de paz social. Na verdade, e como é sabido, no nosso ordenamento jurídico impera a teoria da eficácia relativa dos direitos de crédito, sendo que, por essa razão, o terceiro (*in casu*, o sindicato) que instiga o devedor (trabalhador) ao não cumprimento, não poderá ser responsabilizado pelo credor (dador de trabalho).

A questão da eficácia externa das obrigações há muito que é debatida, sendo que o entendimento tradicional é o de que “a obrigação só pode ser infringida pelo devedor, pois só a ele vincula”<sup>(42)</sup>. Existe uma relatividade dos direitos de crédito em comparação à soberania dos direitos reais, não incidindo sobre o credor um poder sobre a coisa ou sobre o devedor, mas sim um “poder de exigir uma prestação”<sup>(43)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> BERND WAAS, *ob. cit.*, p. 171.

<sup>(42)</sup> ADRIANO VAZ SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento de obrigações”, *BMJ*, n.º 85, 1959, p. 346.

<sup>(43)</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I, ob. cit.*, pp. 172 e ss. Sobre este tema veja-se também FERRER CORREIA e VASCO LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal (A propósito de uma hipótese de típica)”, *Revista de Direito e Economia*, n.º 1, 1979, pp. 3 e ss. Estes distintos autores informam-nos a conduta do terceiro poderá configurar uma situação de abuso do direito, caso sejam cumulativamente preenchidos os requisitos desta figura. Adiante iremo-nos debruçar sobre esta questão. Ainda sobre a questão da eficácia relativa das obrigações, veja-se o caso que os retro ditos autores trazem à colação. Importada da doutrina italiana, é referida a situação do trabalhador que é induzido por um terceiro a denunciar o seu contrato de trabalho sem que para tal tenha cumprido o prazo de aviso prévio legalmente estipulado. Neste caso, os autores

Assim sendo, e tal como há pouco se deixou claro, parece que os sindicatos poderiam ser excluídos de qualquer responsabilidade. Por certo veremos que tal afirmação é um mero sofisma.

4. Das lições de responsabilidade extracontratual aprendemos que a responsabilidade delitual carece do preenchimento de cinco requisitos, sendo eles: *i*) facto voluntário; *ii*) ilicitude; *iii*) culpa; *iv*) dano; e *v*) nexó de causalidade entre o facto e o dano.

Como é sabido, o modelo de responsabilidade extracontratual pátrio foi altamente inspirado no modelo germânico proposto por IHERING, que defendia que para a responsabilidade delitual ter lugar não bastaria a culpa, sendo impreterivelmente necessária a existência de ilicitude. Assim o sendo, o legislador alemão desenvolveu três cláusulas de desvelamento de ilicitude:

- a primeira estaria prevista no § 823 I do *BGB*, que se reporta à lesão de determinados direitos absolutos (v.g. direito à vida, direito à integridade física, direito à propriedade, etc.);
- a segunda encontrar-se-ia postulada no § 823 II do *BGB*, que consagra a violação de disposições que visam proteger os interesses de terceiros;
- por fim, a terceira válvula de desvelamento de ilicitude poderia ser vislumbrada no § 826 do *BGB*, cujo preceito reza que incorre em responsabilidade aquele agir de forma contrária aos bons costumes.

O legislador português inculcou este mesmíssimo mecanismo de apuramento de ilicitude, tendo igualmente vertido no nosso código três formas de ilicitude<sup>(44)</sup>:

---

consideram que deveria existir responsabilidade por parte do terceiro, uma vez que instigou o trabalhador a “desligar-se das suas obrigações contratuais ainda antes de decorrido o prazo convencionado”. Todavia, e prosseguindo com o pensamento destes, a responsabilidade do terceiro não lhe poderia ser assacada já que no direito pátrio os direitos de crédito têm eficácia interna. Concordamos com aqueles, na medida em que o terceiro poderá ser considerado o “autor moral” do inadimplemento do contrato, sendo que, na nossa singela opinião, a questão em crise até poderia ser transposta para o nosso caso. Na verdade, o sindicato também instiga o trabalhador a incumprir o contrato. Por último, tenham-se em atenção as palavras de VAZ SERRA que nos refere que o ideário de relatividade das obrigações deverá permanecer no nosso ordenamento uma vez que pensar o contrário “enfraqueceria gravemente a vida económica. Representaria isso um embaraço considerável para a actividade individual, tanto mais quanto é certo serem muito numerosas as obrigações susceptíveis de ser violadas”. Autor *cit.*, “Responsabilidade de terceiros...”, *ob. cit.*, pp. 352 e 353.

<sup>(44)</sup> No que concerne a este tópico, veja-se ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I*, *ob. cit.*, pp. 527 e ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, *ob. cit.*, pp. 87 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986, pp. 123 e ss.

- a primeira encontra-se prevista no art. 483.º do CC, consubstanciando um comportamento ilícito a violação de um direito de outrem;
- a segunda poderá ser identificada, talqualmente, no art. 483.º do CC, quando este se refere à violação de disposições destinadas a proteger interesses alheios;
- a terceira será o caso de abuso do direito, previsto no art. 334.º do CC.

Ora, tendo presente estas três variantes de ilicitude, iremos agora discurrir sobre cada uma delas, procurando, simultaneamente apurar a responsabilidade extracontratual dos sindicatos. No tocante à violação de direitos absolutos de outrem, será que o sindicato estará a violar um direito absoluto, tal como são os de personalidade ou os de propriedade do empregador? Numa primeira análise diríamos que não, mas focando bem neste ponto, talvez seja possível admitir que um sindicato, ao declarar e a coordenar a execução de uma greve ilícita, poderá estar a violar um direito absoluto do empregador. Pense-se no caso de uma greve que irrompe numa empresa ligada ao comércio de bens alimentícios perecíveis, tendo os dirigentes sindicais ordenado aos seus filiados que bloqueassem a saída desses mesmíssimos bens da empresa. Após três dias de greve ininterrupta, a mercadoria apodrece, tendo que ser obrigatoriamente incinerada. Outra hipótese que nos poderá ajudar a compreender este conceito, será o caso em que o sindicato instiga os seus filiados a destruírem documentos ou até mesmo as máquinas da empresa. Nestes casos estaremos, pois, perante a violação de um direito absoluto, designadamente, o direito de propriedade. Por conseguinte, estamos em crer que neste tipo de casos poderia o sindicato lesante incorrer em responsabilidade extracontratual — desde que, claro está, estivessem, e em princípio estariam, preenchidos os restantes pressupostos desta rúbrica.

Mas e o que dizer dos casos em que não existe o perecimento de mercadorias ou até a destruição das infra-estruturas da empresa? Será que a possibilidade de se assacar a responsabilidade ao sindicato se esgota nestas hipotéticas situações? Julgamos que se deve responder em sentido negativo. Veja-se, aprioristicamente, a forma como esta questão foi tratada noutras latitudes.

5. No ordenamento alemão, tanto na doutrina, como na jurisprudência, foi efectuada uma construção distinta e, salvo melhor opinião, bri-

lhante. Com efeito, o *Bundesarbeitsgericht* formulou e, subseqüentemente, asseverou<sup>(45)</sup> a ideia de existência de um direito de iniciativa e funcionamento da actividade empresarial (*“Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb”*). Com efeito, sendo a greve ilícita, poderá o empregador intentar uma acção contra o sindicato, uma vez que este violou um direito subjectivo da empresa. Secundando os autores germânicos HUECK e NIPPERDEY, poderá o dador do trabalho ressarcir-se junto do sindicato lesante pelos danos sofridos, uma vez que este último terá perpetrado um ataque contra toda a estrutura empresarial, violando um direito *erga omnes*<sup>(46)</sup>.

Acompanhamos o parecer destes autores. Na verdade, a empresa — e independentemente de estarmos a analisar a greve à luz do direito civil — terá sempre, para efeitos de responsabilidade civil, que ser vislumbrada na sua acepção<sup>(47)</sup> laboral. É que, bem vistas as coisas, a empresa no direito civil será entendida enquanto “instrumento da actividade de um sujeito, pura entidade económica”, ao passo de que no direito laboral a empresa será sempre vista como uma universalidade de coisas corpóreas e incorpóreas (desde as próprias infra-estruturas até aos contratos de trabalho *per si*, passando pelos direitos e deveres de trabalhadores ou as relações trabalhadores-empregador-clientes). A empresa, em termos juslaboralistas, será sempre vista como uma unidade autónoma que abarca uma parafernália de valores jurídicos, sociais, económicos, políticos e morais. Nas certas palavras de NUNES DE CARVALHO a “empresa surge como ‘célula social’”<sup>(48)</sup>, devendo ser entendida enquanto um bem jurídico autónomo, incidindo sobre esta diversos direitos.

Acresce que, para além do que aqui já foi dito, poderá esta tese encontrar arrimo na lei fundamental, uma vez que esta prevê no seu art. 61.º o direito à iniciativa económica, tendo este como afloramento a liberdade de gestão da empresa e a liberdade do empresário<sup>(49)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> O tribunal federal do trabalho alemão, no aresto de 12-09-1984, criou este direito, tendo-o confirmado quase uma década depois, no aresto de 09-04-1991. Sobre este assunto, veja-se BERND WAAS, *ob. cit.*, p. 172; BERNARDO LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 286.

<sup>(46)</sup> Autores *cit.*, *Compendio de Derecho del Trabajo*, (tradução espanhola), XXERSA, Madrid, 1963, p. 418 e ss.

<sup>(47)</sup> NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 380.

<sup>(48)</sup> *Idem*.

<sup>(49)</sup> JOSÉ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 327, “A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresas liberdade do empresário)”.

Em súmula, deverá a greve ilícita ser atendida enquanto um golpe  organização e funcionamento da empresa, verificando-se uma violação de um direito subjectivo da empresa, podendo-se, conseqüentemente, assacar a responsabilidade do sindicato lesante<sup>(50)</sup>.

Para além da Alemanha, tmbm no direito anglo-saxnico esta tese venceu. No Reino Unido será possível responsabilizar extracontratualmente os sindicatos, não obstante o facto de existirem disposições legais que conferem àqueles uma “imunidade” limitada<sup>(51)</sup>. Deste modo, e como nos relatam os autores DEAKIN e MORRIS, sobre as associações sindicais impender sempre uma grande probabilidade de gerarem um dano económico (*economic tort*) na esfera do dador do trabalho, estando, conseqüentemente, permeáveis ao constante risco de lhes ser intentada uma acção de responsabilidade civil pelos empregadores<sup>(52)</sup>.

Com efeito, as disposições normativas que regulam esta questão (o *Trade Unions and Labour Relations Consolidation Act of 1992*) postulam que os sindicatos poderão ser responsabilizados por actos que tenham autorizado ou compelido, assim como as ameaças de greve ou greves que tenham sido executadas através de meios ilícitos. Caso alguma destas situações ocorra, então poderá o empregador ser ressarcido pelo sindicato que agiu ilícitamente (*compensatory damages*). Conquanto, este sistema apresenta a particularidade destas acções terem um limite pecuniário intrínseco, i.e., as acções intentadas contra sindicatos com menos de cinco mil filiados terão como “tecto indemnizatório” o montante de dez mil libras, ao passo que as acções intentadas contra associações sindicais com mais de cem mil filiados terão como valor máximo duzentas e cinquenta mil libras. Na prática, estas limitações consubstanciam diversas restrições aos empregadores, que poderão padecer de situações injustas caso o valor dos danos sofridos seja superior ao máximo concedido pelos tribunais<sup>(53)</sup>.

No que concerne ao direito norte-americano e como já se fez antever, tmbm aqui  possível responsabilizar os sindicatos pelos danos gerados

---

<sup>(50)</sup> Neste sentido veja-se BERNARDO LOBO XAVIER, *ob. cit.*, pp. 285 e ss. Em sentido contrário veja-se LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, p. 583 “a interferência directa do sujeito colectivo na irregularidade da greve — designadamente quando não observa o procedimento exigido para a respectiva declaração ou exercício — não é considerada pelo legislador como causa justificativa do comportamento dos trabalhadores aderentes, de modo que a eventual responsabilidade destes pelos danos causados pela abstenção irregular não  susceptível de ser transferida ou projectada para a associação sindical”.

<sup>(51)</sup> JEREMIAS PRASSL, *ob. cit.*, p. 566.

<sup>(52)</sup> Autores *cit.*, *Labour Law*, 6.<sup>th</sup> ed., Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 1040 e ss.

<sup>(53)</sup> Sobre esse tpico, veja-se STEFANO LIEBMAN, “Azione sindacale e responsabilita civile delle trade unions nel diritto inglese”, *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1976, pp. 495 e ss.

na esfera do empregador. De acordo com o *National Labor Relations Act of 1935*, o empregador, sempre que considerar que se está perante uma greve ilícita, deverá denunciar a situação junto do *Labor Board*, que irá analisar a greve em concreto. Caso este último entenda que efectivamente ocorreu um ilícito, o processo é enviado para o *District Court* onde poderá ser peticionado o ressarcimento pelos danos sofridos<sup>(54)</sup>. Contudo, o autor MICHAEL SHANE ALFRED alerta-nos para o facto de os tribunais norte-americanos raramente responsabilizarem os sindicatos por greves ilícitas. Num estudo efectuado sobre as greves ilícitas no sector ferroviário, este jurista concluiu que entre 1926 e 1997, somente por uma vez foi uma associação sindical responsabilizada pela conduta danosa, informando-nos que tal peculiaridade se deve ao facto de ao responsabilizarmos o sindicato, estar-lhes-íamos a “retirar a principal fonte de poder”<sup>(55)</sup>. Somos da opinião de que este argumento não poderá colher, uma vez que a principal fonte de poder dos sindicatos nunca poderá ser a greve ilícita. Sendo um sindicato uma pessoa colectiva, sobre o qual impendem direitos e deveres, nunca poderá este exercer um direito fundamental desconfigurado, assim como não poderá uma greve ilícita ser a pedra-de-toque para o indeferimento da pretensão ressarcitória da empresa lesada.

6. Apesar dos casos alemão e anglo-saxónico, o entendimento aqui vertido não colheu noutros ordenamentos. Em Itália, por exemplo, onde se debate a particularidade relativa à destrição entre as greves lícitas e as ilícitas (“a legitimidade ou ilegitimidade da greve não depende mais de uma valoração meramente quantitativa do dano infligido ao empregador, mas sim de uma distinção entre duas diferentes qualidades de dano”, sendo ilícita a greve que “prejudicar, irreparavelmente a produtividade — ou melhor dizendo, a capacidade produtiva — da empresa, ou seja, a possibilidade do empregador continuar a desempenhar a sua iniciativa económica”)<sup>(56)</sup> e não obstante o facto da *Cassazione* ter firmada ideia de que seria possível condenar um sindicato em sede de responsabilidade extracontratual<sup>(57)</sup>, a responsabilidade somente poderá ser assacada aos sindicat-

---

<sup>(54)</sup> CHARLES B. CRAVER, “The Right to Strike; United States of America”, *The Right to Strike. A comparative view* (Ed. BERND WAAS), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 578 e ss.

<sup>(55)</sup> Autor *cit.*, “Trying to Level the Playing field: Management’s entitlement to economic damages resulting from illegal labor strikes”, *The Journal of Air Law and Commerce Vol. 65*, n.º 1, 1999, p. 140.

<sup>(56)</sup> GIUGNI, *ob. cit.*, p. 280.

<sup>(57)</sup> PAOLO PASCUCCI, “The Right to Strike; Italy”, *The Right to Strike. A comparative view* (Ed. BERND WAAS), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 345 e ss.

tos nos casos de incumprimento de serviços públicos essenciais — que se encontram particularmente tutelados pela *legge* 146/1990. Deste modo, os sindicatos só poderão ser responsabilizados contratualmente, sendo que para tal será necessária a violação de uma cláusula de paz social.

De igual modo, também no direito francês existe uma aparente dificuldade em exonerar a responsabilidade do sindicato lesante. Como nos refere o autor JEAN-EMMANUEL RAY, a doutrina francesa admite que, em sede de greves ilícitas, se possa assacar a responsabilidade aos sindicatos pelos danos causados na esfera do empregador, todavia, a maioria dos tribunais, “desacostumados a litígios tão delicados”, não parecem aceitar o preposto entendimento, pronunciando-se, por vezes, de forma demasiado excessiva. Com efeito, o predito autor refere-nos que dificilmente será imputado aos sindicatos um comportamento ilícito uma vez que a jurisprudência francesa tende a conceber a teoria de que os sindicatos não se encontram vinculados aos actos praticados pelos seus filiados, assim como só poderá o empregador intentar uma acção contra o material perpetrador do ilícito<sup>(58/59)</sup>.

7. Analisada a primeira modalidade de ilicitude, cumpre agora verificar se o caso em concreto poderá ser enquadrado na segunda rúbrica de ilicitude vertida no art. 483.º do CC.

Como já foi referido, o predito artigo postula que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente (...) qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Conforme nos explica ANTUNES VARELA, esta segunda cláusula de ilicitude reporta-se às condutas espúrias cujo dano resulta da prática de um ilícito criminal ou da simples infracção de normas que têm como escopo a protecção de interesses particulares, ainda que não lhes atribua um direito subjectivo. O retro dito autor dá diversos exemplos, tais como o do consumidor que ao ingerir certo ali-

---

<sup>(58)</sup> Autor *cit.*, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*, Libraires Techniques, Paris, 1984, p. 373. Do mesmo autor ver “Informe Francês”, *La Huelga Hoy En El Derecho Social Comparado*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, pp. 253 e ss.; Veja-se também, HÉLÈNE SINAY, *La Grève*, in *Traité de Droit du Travail, Tome 6*, Librairie Dalloz, Paris, 1966.

<sup>(59)</sup> Como é passível de se verificar, não é só no nosso ordenamento que existe um óbice à responsabilização do sindicato por fatos ilícitos. Para além dos ordenamentos elencados, também em Espanha e no Brasil se faz notar esta grande dificuldade, *vd.* MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO, “The Right to Strike: Spain”, *The Right to Strike. A comparative view* (Ed. BERND WAAS), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 518 e ss. e JULIANA TAVARES PEGORER, *ob. cit.*, p 565, respectivamente.

mento que lhe fora vendido por um comerciante adoece. Neste caso, a saúde do consumidor foi lesada pela violação, por parte do comerciante, de normas relativas à conservação e aprovisionamento de alimentos.

Por outra banda, e seguindo a linha de pensamento daquele insigne jurista, para se desvelar esta segunda fórmula de ilicitude, terão que ser preenchidos três ponderosos pressupostos: *i*) a existência de uma lesão promanada da violação de uma norma legal (sendo que essa mesmíssima norma poderá resultar do ramo do direito penal, administrativo, fiscal, laboral, entre outros); *ii*) a norma infringida tenha como escopo a protecção daqueles interesses; *iii*) que o dano esteja no âmbito de interesses que se pretendeu acautelar<sup>(60)</sup>.

O autor em estudo mune-se dos exemplos de TRIMARCHI<sup>(61)</sup> para concretizar a sua explicação, sendo que estamos que crer que também aqui se deverá ter presente uma das situações citadas: “uma criança trepou por um poste de linha eléctrica (colocado a uma altura inferior à regulamentar) e foi vítima de acidente: a empresa foi isenta de responsabilidade, por se considerar que a altura mínima da linha, fixada no regulamento, não visa impedir a escalada dos postes, mas obstar a que as coisas transportadas por pessoas ou veículos, circulando ao nível do solo, contactem com as linhas”<sup>(62)</sup>.

Como podemos vislumbrar desta brilhante ilustração, os três requisitos supra referidos não estão preenchidos, uma vez que a lesão sofrida pela criança não se circunscreve ao “círculo de interesses privados que a lei visa tutelar”<sup>(63)</sup>. Neste campo, deveremos colocar a tónica no fim da norma e a partir de aqui verificar se esta visava proteger determinado interesse.

Ora, por tudo aquilo que aqui se acabou de escrever, questionamos-nos, portanto, se a ilicitude das greves e a subsequente responsabilização dos sindicatos poderá encontrar guarida nesta segunda modalidade de ilicitude. Por outras palavras, surge a dúvida de se é possível desvelar a ilicitude no caso em crise, utilizando, para tal, a cláusula prevista na segunda parte do n.º 1 do art. 483.º do CC.

Confessamos que não temos certezas, estando a nossa resposta pendente de um longo processo de indagação. Ainda assim, podemos fazer o seguinte raciocínio.

---

<sup>(60)</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I...*, ob. cit., p. 539.

<sup>(61)</sup> Autor cit. apud ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I...*, ob. cit., p. 541.

<sup>(62)</sup> *Idem*.

<sup>(63)</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I...*, ob. cit., p. 540.

A lei laboral, quer a que regulamenta a greve no “sector privado” (CT), quer a que a regulamenta no “sector público” (LGTFP), apresenta uma intrincada sistemática que agrega múltiplas normas, que por sua vez consagram os mais diferenciados direitos e deveres adstritos aos parceiros sociais. Poderemos considerar que estas normas de cariz laboral não se inserem nas disposições legais destinadas a proteger os interesses alheios a que o art. 483.º do CC se refere?

Veja-se, a título exemplificativo, os art. 534.º e 537.º do CT, e atente-se no seguinte caso: um sindicato ligado ao sector farmacêutico declara, organiza e executa uma greve sem ter cumprido o prazo de aviso prévio, não se tendo, conseqüentemente, definido quais os trabalhadores que iriam assegurar os serviços mínimos indispensáveis que a lei obriga nos casos relativos a sectores destinados à satisfação de necessidades sociais impreteríveis. Pressupondo que esta greve se prolonga no tempo e que teve uma elevada adesão por parte dos seus filiados, poderão, logicamente, existir farmácias que tiveram que suspender a sua actividade — ainda que a breve prazo — por falta de pessoal. Por conseguinte, pense-se numa farmácia que serve diversas localidades remotas e que foi obrigada a suspender o seu funcionamento. Que dizer daqueles clientes que diária ou semanalmente deslocavam-se àquela farmácia para adquirir medicação para tratar das doenças de que padecem? O mesmo se pode questionar quanto às empresas de “controle médico-veterinário dos animais a abater e do pescado a introduzir na cadeia alimentar humana”<sup>(64)</sup>.

Rememorando os pressupostos necessários para o desvelamento daquela segunda modalidade de ilicitude, vislumbramos que os prepostos se enquadram nos casos assinalados. De facto, em ambos os casos existe uma lesão que resulta da violação de uma norma legal (no primeiro caso é lesada a saúde dos clientes que dependiam daquela farmácia para adquirir medicação indispensável; no segundo caso também existe uma lesão num bem jurídico: a saúde pública e dos próprios consumidores)<sup>(65)</sup>, como também parece ser o principal fim do art. 537.º, na medida em que visa proteger múltiplos interesses da sociedade “ligados à personalidade física ou moral dos indivíduos”<sup>(66)</sup>. Ora, como será fácil de perceber, a saúde, em

---

<sup>(64)</sup> Exemplo retirado do ac. STA de 03-07-2007 (Relator: São Pedro), disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>(65)</sup> Questionamo-nos, inclusive, se este caso não será similar ao proposto, e já citado, caso formulado por ANTUNES VARELA, quando se refere ao consumidor que adoece, pois, o comerciante infringiu as regras de conservação de alimentos.

<sup>(66)</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I...*, ob. cit., p. 541.

qualquer dos planos que se possa avocar, i.e., individual ou pública, será um desses bens ligados à personalidade física dos indivíduos. Por fim, e indo ao encontro do terceiro requisito, a lesão sofrida circunscreve-se aos interesses que a norma visa tutelar, na medida em que a obrigação de fixação de serviços mínimos pretende, naturalmente, garantir que as mais ponderosas necessidades da sociedade e do indivíduo são garantidas. No fundo, o legislador tem o desiderato de que a greve não possa influir no núcleo de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como são a vida, a saúde ou a segurança.

Aqui chegados, estamos em crer, que talvez seja possível assacar a responsabilidade do sindicato por esta via. Ainda assim, tal poderá nem sempre ocorrer, uma vez que a greve para ser ilícita não necessita que não sejam preenchidos os pressupostos de aviso prévio ou fixação de serviços mínimos. Pelo contrário, e como vimos no início deste nosso estudo, a greve poderá ser ilícita mesmo tendo sido cumpridos aqueles dois requisitos. Com efeito, estamos em crer que esta situação deverá ser perscrutada casuisticamente.

8. Após analisadas as duas primeiras modalidades de ilicitude, cumpre agora focarmo-nos no abuso do direito. Atente-se que esta modalidade é algo similar à terceira via de ilicitude prevista no § 826 do *BGB*<sup>(67)</sup>, tendo sido vertida no actual código — conforme resulta do art. 334.º do CC, “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Na figura do abuso do direito, não será necessário que o titular tenha “consciência”<sup>(68)</sup> que está, de forma notória, a ultrapassar os limites da boa fé, dos bons costumes ou do fim social ou económico desse direito. Aliás, nem será preciso, de acordo com VAZ SERRA, que o titular actue com o intuito de prejudicar outrem, já que “se objectivamente o direito só existe para defesa de certos interesses, é ilegítimo o seu exercício para defesa de outros interesses”<sup>(69)</sup>. No fundo, será somente necessário que o agente exerça o seu direito de forma manifestamente distinta daquela a que estava legitimado<sup>(70)</sup>.

---

(67) Sobre esta questão, veja-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, *ob. cit.*, pp. 182 e ss.;

(68) ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I...*, *ob. cit.*, p. 545.

(69) *Autor cit.*, “Abuso do Direito...”, *ob. cit.*, p. 259.

(70) Veja-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 188 “O abuso de direito configura-se, assim, como uma contradição entre os dois polos que entretencem o direito subjectivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detec-

Questionamo-nos se podemos aplicar esta via de ilicitude ao caso das greves ilícitas. No estudo que VAZ SERRA efectuou sobre o abuso do direito, são enumeradas diversas situações que poderiam consubstanciar aquela figura. Nessa mesmíssima “lista” encontrar-se-iam as greves ilícitas, uma vez que estas, imbuídas num “espírito de malevolência”<sup>(71)</sup>, seriam imorais quanto ao seu fim, prosseguindo um fim diferente aos interesses legítimos da profissão. Aquele insigne jurista dá-nos conta que no ordenamento alemão, o § 826 do *BGB* (que como já vimos, será o preceito equiparável ao nosso 334.º do CC) era amplamente utilizado nos conflitos colectivos<sup>(72)</sup>.

Efectivamente, poderão existir greves ilícitas que configurem actos abusivos e, como tal, caíam no âmbito do art. 334.º do CC. Ainda assim, e por se tratar de um tema de extrema delicadeza, será sempre necessário analisar as greves ilícitas caso a caso, de modo a perceber se estaremos perante uma greve que se reveste de carácter abusivo. É certo, todavia, que existem algumas greves que serão, muito provavelmente, consideradas abusivas. Serão os casos das *greves retroativas* (cujo “método” é destruir todo o processo produtivo anteriormente realizado), as *greves self-service* (a greve irá decorrer durante um vasto período de tempo, escolhendo os trabalhadores quando começam a trabalhar e quando regressam ao período de greve, podendo ser minutos, horas ou dias) ou, por exemplo, as *greves trombose* (a paralisação laboral só se dá no sector nevrálgico da empresa, de modo a garantir que toda a produção é interrompida, causando danos desmesurados na esfera do empregador).

Atente-se que neste tipo de greves não é procurado o exercício legítimo do direito à greve. É sim procurada a inflicção de um dano desproporcional na esfera do empregador, questionando-se se poderá ou não tal conduta consistir numa prática abusiva. Na verdade, e, bem vistas as coisas, neste tipo restrito de greves, poderíamos, à partida, enquadrá-lo com a teoria de abuso do direito. Aos trabalhadores é conferido um direito constitucional de abstencionismo laboral com o fim de reivindicar e obter melhores condições laborais e económicas, sendo provocado um dano na contraparte, mas sempre com a condicionante de que tal conduta

---

tada, ocorre o anunciado abuso”. *Vd.*, talqualmente, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Vol. I...*, *ob. cit.*, p. 546 “De qualquer modo, para que haja lugar ao abuso do direito, é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito”.

(71) Autor *cit.*, “Abuso do Direito...”, *ob. cit.*, p. 290.

(72) Autor *cit.*, “Abuso do Direito...”, *ob. cit.*, p. 321

visava um ideal de justiça e de equilíbrio entre as duas partes do vínculo laboral.

Todavia, e como já se mostrou no início do nosso estudo, a greve teria sempre certas restrições, como serão a amplitude do dano e a forma como este é infligido. Ora, após termos analisado o art. 334.º do CC, somos da opinião que em certas situações — e alguma delas foram aqui mostradas — poderá a greve apresentar-se com sendo abusiva, já que o seu titular poderá exercê-lo de forma manifestamente contrária aos bons costumes, à boa fé ou ao fim social ou económico desse direito.

Nestes casos, poderá o empregador responsabilizar o trabalhador, assim como o sindicato, em sede de abuso do direito<sup>(73)</sup>.

#### IV. Outras questões

1. Como foi possível retirar do nosso estudo, este centrou-se em dois grandes compartimentos: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. Não obstante, julgamos que devemos aproveitar a presente subsecção para apresentar, ainda que a breve trecho, outras problemáticas.

2. No caso de greve ilícita — tal como foi visto — poderá o empregador que sofreu um dano, responsabilizar os trabalhadores que se furta-ram à prestação, assim como o sindicato (não obstante toda a problemática envolvente). Todavia, há quem se escude na “tese da irresponsabilidade da empresa”, de modo a que o empregador não seja responsável pelo não cumprimento das suas obrigações para com terceiros (sendo que tal inadimplemento se deveu à greve ilícita, claro está). Para JOÃO BAPTISTA MACHADO, o empregador poderia escudar-se na inaplicabilidade do art. 800.º do CC, já que neste caso “sendo embora culposos os actos dos auxiliares do devedor, não são por eles praticados na execução e por causa do encargo que lhes foi cometido (...) os actos dos auxiliares do devedor (...) são de considerar como actos de terceiros completamente estranhos ao processo de cumprimento de iniciativa do devedor”<sup>(74)</sup>.

---

(73) Sobre a questão das greves abusivas e “impróprias” veja-se BRUNO MESTRE, “O caso “Flashmob” e as novas modalidades de acção colectiva”, *Questões Laborais*, n.º 42, 2013, p. 87-108; e ESTEVÃO MALLET, *Dogmática Elementar do Direito de Greve*, LTr Editora, São Paulo, 2014, p. 107 e ss.

(74) Autor *cit.*, *Direito das Obrigações: Apontamentos de aulas na Faculdade de Economia do Porto, Aditamento II*, Porto, s/a, pp. 14-20.

Na nossa singela opinião, não se poderá adoptar tal entendimento, uma vez que se o fizermos, estaremos a desvirtuar por completo o art. 800.º do CC, que prevê que os actos dos representantes legais ou das pessoas que o devedor utilize para o cumprimento da obrigação, são tidos como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor<sup>(75)</sup>.

Teríamos, outrossim, que repensar outras situações que vislumbramos de forma exemplificativa para o art. 800.º do CC, assim como estaríamos a por em causa todo o tráfego jurídico e o próprio direito civil.

Por fim, não nos poderemos esquecer que sendo a greve ilícita, o empregador poderá intentar uma acção contra os trabalhadores que aderiram àquela greve, ressarcindo-se dos danos sofridos.

**3.** Uma outra questão que cumpre ser abordada é o caso da greve que é contrária à lei, mas que ainda assim são fixados os serviços mínimos pelo ministério responsável pela área laboral ou pelo tribunal arbitral provido pelo Conselho Económico e Social.

Nesses casos, estamos em crer que o empregador que sofreu uma lesão poderá responsabilizar o Estado, nos termos da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

**4.** O art. 531.º n.º 2 refere-se a uma excepção à regra. Se até aqui foi proposta a ideia de a greve ilícita ser sempre declarada por um sindicato, não será despidendo referir que a lei também permite que a greve seja declarada por uma assembleia de trabalhadores caso a maioria dos trabalhadores não esteja representada por associações sindicais, a assembleia seja convocada para o efeito por 20 % ou 200 trabalhadores, a maioria dos trabalhadores participe na votação e a deliberação seja aprovada por voto secreto pela maioria dos votantes. Ora nestes casos, e uma vez que desta assembleia “nasce” a comissão que irá representar os trabalhadores na greve (cf. art. 532.º n.º 1), deverá ser dito que estas comissões não têm personalidade jurídica, sendo que em caso de greve contrária à lei, terá o empregador o hercúleo labor de responsabilizar individualmente os membros desta comissão (cf. art. 200.º do CC)<sup>(76)</sup>.

**5.** Por último, deverá ser referido que, em caso de greve ilícita os sindicatos também poderão ser responsabilizados pelos danos causados na

---

(75) Neste sentido ver BERNARDO LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 290.

(76) Neste sentido LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 587 e 588.

esfera do empregador, aquando se comprovar que esses danos foram provocados pela conduta do piquete de greve, nos termos do art. 500.º do CC<sup>(77)</sup>.

## V. Conclusões

1. Não obstante, e como foi possível de verificar, a responsabilidade civil nas greves ilícitas é uma questão intrincada, representando um nó legal de difícil resolução, sobretudo quando nos reportamos aos sindicatos. Efectivamente, e tendo presente a resenha jurisprudencial pátria, o número de processos que se reporta a este tema é paupérrimo, sendo que, além do mais, quando chamados a decidir sobre esta questão, os tribunais parecem não estar “muito à vontade”, contornando a questão da responsabilidade dos sindicatos e deixando esta em aberto.

2. Da nossa parte, estamos em crer que, para além dos trabalhadores, os sindicatos também poderão ser responsabilizados civilmente, desde que preenchidos todos os pressupostos legais.

3. Por uma banda, poderá o sindicato ser responsabilizado contratualmente, caso exista uma cláusula de paz social, algo que é bastante raro nas relações colectivas inseridas no ordenamento português, encontrando maior expressão noutras latitudes.

4. Por outra banda, e talvez seja este o maior desafio da nossa exposição, o sindicato também poderá ser responsabilizado em sede de responsabilidade extracontratual. Para tal será necessário que estejam preenchidos todos os requisitos, sendo *mister* o desvelamento da ilicitude, já que é nesta que reside o busílis da situação. Assim o sendo, será necessário analisar as três modalidades de ilicitude, questionando, *maxime*, se existe um direito absoluto relacionado com a iniciativa e organização e empresarial, assim como procurar saber se as disposições vertidas na lei laboral se apresentam como disposições legais que visam proteger interesses alheios. Por fim, cumpre igualmente saber se as greves ilícitas poderão consubstanciar casos de

---

(77) BERNARDO LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 289 e ALBERTO ARUFE VARELA, “La exigência de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 191, 2016, p. 190 e ss.

abuso de direito. Estamos em crer que se deve responder às três prepostas questões em sentido positivo.

5. Por fim, de referir que seria necessário a jurisprudência e a doutrina se debruçarem (ainda) mais sobre esta questão, de modo a que sejam despertadas consciências e que se caminhe em direcção a um avanço substancial da discussão deste tema. É correcto afirmar que existem diversos impedimentos que entorpeçam este desenvolvimento  $\frac{3}{4}$  tal como a impenhorabilidade dos bens do sindicato ou dificuldade em apurar os danos sofridos —, todavia estamos em crer que estes óbices poderão ser ultrapassados através de uma actuação mais incisiva dos tribunais superiores, tal como ocorre noutros ordenamentos.

# TRANSMISSÃO DE EMPRESAS NO DIREITO LABORAL DA UNIÃO EUROPEIA: NOVOS DESAFIOS NA DELIMITAÇÃO CONCEPTUAL DE UNIDADE ECONÓMICA

*Por* Pedro Oliveira(\*)

*SUMÁRIO:*

**1. Introdução.** **2. Direito da União Europeia.** **3. Algumas notas de direito comparado:** *a)* Alemanha; *b)* Bélgica; *c)* Itália. **4. Direito português.** **4.1.** Noção de transferência. **4. 2.** Conceito de unidade económica — o *quid* a transmitir. **5. Conclusão.**

## 1. Introdução

Mecanismo corrente da realidade económica, a transmissão de empresas vem conhecendo uma expansão considerável nas últimas décadas, reflectindo (e informando) dinamismos complexos e em contínua mutabilidade que trazem novos (ou renovados) desafios ao Direito. A «banalização» do fenómeno não deve escamotear, todavia, a sua importância social, nem esconder os delicados problemas que se colocam à mediação normativa, em que se destaca o ordenamento laboral. Na ver-

---

(\*) Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais (Menção em Direito Laboral) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutorando em Direito Público (Direito da União Europeia) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Bolseiro da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (SFRH/BD/146029/2019); Membro da Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional (Cielo).

dade, as empresas não são compostas apenas por bens materiais, como computadores, secretárias, máquinas, ou bens incorpóreos, como as marcas, logotipos, a clientela, os fornecedores, etc. Nelas (e no volume dos seus custos económicos) integra-se, de modo decisivo em incontáveis casos, um elemento humano específico: os trabalhadores<sup>(1)</sup>. Em face, quer do aumento numérico das transmissões, quer, sobretudo, do crescente desdobramento das formas transmissivas, torna-se (ainda mais) necessária a clareza normativa na tradução das políticas sociais, mormente quanto à tutela das pessoas abrangidas na e pela transmissão<sup>(2)</sup>.

De entre a panóplia de nódulos problemáticos implicados por aquele mecanismo jurídico, encontra-se a determinação de um conceito definitivo de unidade económica. Se é certo que num passado recente a questão já se colocava, não é menos verdade que a emergência da era digital (e sobretudo a busca por tecnologias de ponta) replicou estas dificuldades quase de forma irreprimível. Efectivamente, fenómenos como o *outsourcing* ou o *insourcing* têm provocado mutações profundas nos quadros de todos os tecidos empresariais, com vista a adaptarem-se a uma economia cada vez mais globalizada. Verifica-se assim uma desmaterialização das empresas hodiernas, as quais são compostas por unidades produtivas mais reduzidas, mais adaptáveis, que actuam de forma coordenada dentro de uma estratégia comum. Não se estranhará, pois, que a matéria da transmissão de unidade económica, de modo particular, as suas dimensões laborais, venham assumindo um relevo crescente na regulação normativa: haja em vista o

---

(1) Não podemos olvidar, todavia, a circunstância de o hodierno paradigma da indústria 4.0 se estar a repercutir na caracterização conceptual (e sociológica) de trabalhador, colocando, pois, ingentes desafios jurídicos. Conforme sublinham JEREMIAS PRASSL/JUDITH FREEDMAN/ABI ADAMS, «Rethinking legal taxonomies for the gig economy», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 34, n.º 3, 2018, p. 479, «technological change has reduced economies of scale and alleviated transactional failures, reducing costs to self-employment and making it easier for firms and workers to choose their legal form to better align with their preferences, to minimize their tax burden, and for employers to limit their exposure to employment law. Online gig-economy applications ('apps') facilitate the efficient matching of engagers and labour suppliers. The provision of rating systems and the constant stream of data on individual performance that is provided by platforms are said to have created new mechanisms for control and provision of incentives beyond those found in traditional contracts of employment». Sobre este ponto, cf. ainda M. RISAK, «Uber, TaskRabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork», *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, 3, p. 619 ss; J. LEAL AMADO/TERESA MOREIRA, «A Lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções», *Prontuário do Direito do Trabalho*, 2019-I, p. 81 ss.

(2) Os trabalhadores não devem ser meros destinatários das decisões das suas entidades patronais, dos actuais titulares das empresas e daqueles que as adquirem. O trabalhador é irredutível a qualquer meio produtivo e os mecanismos de negociação sobre as unidades económicas não podem obscurer essa diferença essencial. A despeito disso, não são raros os negócios transmissivos que têm no seu horizonte intencional a fuga às garantias laborais.

desenvolvimento no contexto da União Europeia, tanto no plano das intenções políticas, como nas suas traduções normativas (Directiva 2001/23/CE, de 12 de Março), bem como a profunda esfera de actuação (conformadora) do Tribunal de Justiça. Aliás, as opções tomadas sobre os efeitos laborais da transmissão de um estabelecimento são um bom «barómetro» das tensões que se enfrentam no campo da política social europeia, da tutela efectiva dos direitos fundamentais num espaço de mercado único (que nasce como corolário de uma «fé liberal»), concorrencialmente eficaz e competitivo, mas que se assume (também) como «espaço de liberdade, justiça e segurança»<sup>(3)</sup>.

No presente estudo, buscamos reflectir sobre um tema específico que tem sofrido a irradiação dos recentes fenómenos do empreendedorismo empresarial: a definição de unidade económica no contexto do instituto jurídico-laboral da transmissão. Fazemo-lo em três momentos: no primeiro, considerando os *apports* da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (=TJ); num segundo, convocando algumas das soluções de outros ordenamentos jurídicos europeus, em brevíssimas notas de direito comparado; num terceiro, analisando a questão no contexto da ordem jurídica nacional.

## 2. Direito da União Europeia

O núcleo essencial da Directiva n.º 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001<sup>(4)</sup>, vem enunciado no seu art. 3.º, n.º 1: «os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por este facto, trans-

---

<sup>(3)</sup> Com efeito, é, pois, nesta linha tensional (e de compromisso) entre *employment protection* e *employment flexibility* que se deve perspectivar não apenas o texto originário da Directiva e sucessivas emendas, mas ainda a abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça em torno da sua aplicação nos contextos domésticos. Nas palavras de SIÓFRA O'LEARY, *Employment Law at the European Court of Justice Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 243: «traces of the tension between the Directive's social and economic facets can be found throughout the case-law of the Court of Justice which has been called upon, essentially, to balance the employment protection objectives of the Directive with the need to ensure that there are no untoward disincentives to transferring business in an increasingly integrated and globalised European market».

<sup>(4)</sup> Directiva relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou estabelecimentos ou de partes de empresas ou estabelecimentos (Jornal Oficial L 82, de 22.03.2001, pp. 16-20. Esta Directiva codificou as versões anteriores (Directivas 77/187/CEE e 98/50/CEE).

feridos para o cessionário». Nestes termos, havendo lugar à transmissão, o transmissário sub-rogar-se de forma automática nos vínculos laborais previamente pactuados pelo transmitente, salvaguardando-se assim a posição jurídica dos trabalhadores transferidos.

Isto dito, importa conhecer em que circunstâncias este normativo poderá efectivar-se, ou seja, saber qual é o seu âmbito objectivo de aplicação. Neste cenário, o tratamento dado pelo legislador comunitário ao conceito axial de «transferência de empresa ou estabelecimento» mostra-se particularmente impressivo. Omissa por inteiro da Directiva inicial, que confiava o enquadramento normativo daquele problema às leis domésticas<sup>(5)</sup>, a situação foi corrigida com a segunda Directiva (98/50)<sup>(6)</sup>, que na esteira de relevante jurisprudência do TJ, desde o acórdão de 1986 sobre o caso *Spijkers*<sup>(7)</sup>, dispôs no art. 1.º, n.º 1, al. b): «é considerada transferência, na acepção da presente Directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória».

---

(5) O n.º 1 do art. 1.º referia somente os casos de cessão convencional e de fusões. Vejam-se as observações críticas de PAUL DAVIES, «Transfer of Undertakings. Part I. Preliminary Remarks», in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 136, a esta omissão conceptual no texto da Directiva, com tanto relevo em matéria de subcontratação (*contracting out*). Não se estranham, pois, as múltiplas tomadas de posição do Tribunal de Justiça sobre este nódulo problemático. «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão das empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos: inflexão ou continuidade?», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho 1*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 481 ss.; «Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho», in: *Novos estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 89 ss.; F. LIBERAL FERNANDES, «Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português», in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998; DAVID CARVALHO MARTINS, *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013.

(6) O que não eliminou, porém, as dúvidas em matéria de subcontratação, como sublinha ANTONIO LO FARO, «Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-community Institutional Dialogues: How to Define a “Legal Transfer”?», in *Labour Law in the Courts*, cit. p. 222 ss.

(7) Na decisão do Processo 24/85 (caso *Spijkers*), o Tribunal frisava que «para determinar se estas condições estão reunidas, convirá tomar em consideração o conjunto de circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram, designadamente, o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não dos elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, o emprego ou não por parte do novo empresário do essencial dos efectivos, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e da duração de uma eventual suspensão destas actividades. Convirá, todavia, precisar que todos estes elementos não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente» (n.º 13 do Acórdão). Esta jurisprudência seria reiterada pelo Tribunal nos casos *Redmond Stichting* (Processo C-29/91), n.º 24) e *Sizen* (Processo C-13/95), n.º 14.

A formulação normativa, como se compreende, não pode por si só dirimir a multiforme surpresa que diariamente os problemas da vida prática colocam. E nesta matéria têm sido muitos os litígios suscitados nos âmbitos domésticos e, por força do reenvio, trazidos à decisão do areópago do Luxemburgo. Aliás, e como se sabe, o labor jurisprudencial do TJ neste ponto tem continuado a assumir um papel ímpar na *realização do direito*, entendido não somente por referência ao texto da norma, mas estendendo-se às *leituras* que sobre ele o Tribunal estabelece<sup>(8)</sup>.

No tema que nos ocupa, pode dizer-se que foi sendo desenvolvido um conceito mais flexível de unidade económica, diferente daquele que rege o direito comercial – com a consequência directa de se impor às judicaturas nacionais o recurso a métodos indiciários, mensurando casuisticamente os elementos de que dispõem para este efeito, e valorando a sua suficiência para afirmar, *in casu*, a manutenção da identidade da unidade económica. Note-se, inclusive, que poderá haver hipóteses em que mesmo sem se verificar a transmissão de activos e bens corpóreos, como por exemplo os prédios ou edifícios, a Directiva seja aplicável. Neste sentido se pronunciou o TJ no caso *Schmidt*<sup>(9)</sup>, ao considerar que a transferência de uma actividade assente apenas ou de modo essencial em mão-de-obra, como ocorria na situação *sub judice* (actividade de limpeza), pode ser suficiente para caracterizar uma «parte de estabelecimento», subsumindo-se assim ao normativo legal.

Na importante decisão do caso *Temco*, estabeleceu-se que o critério decisivo para determinar a existência de uma transferência, na acepção da Directiva, é o de saber «se a entidade em questão mantém a sua identidade [...] A transferência deve, pois, ter por objecto uma entidade económica organizada de modo estável, cuja actividade se não limite à execução de

---

<sup>(8)</sup> Para A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos do novo regime jurídico laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento», *Questões Laborais*, n.º 53, 2018, p. 27, «esta formulação tem servido de suporte a uma jurisprudência, nem sempre linear, mas analiticamente muito esforçada, do Tribunal de Justiça. Nalguns aspectos, essa jurisprudência parece contrariar o sentido normal das palavras, em nome de um pragmatismo e ao serviço de uma perspectiva teleológica que levam a interpretação das normas a extremos verdadeiramente “reconstrutivos”».

<sup>(9)</sup> Processo C-392/92. Na fundamentação, o Tribunal volta a socorrer-se do «método indiciário», usado em arestos anteriores: «o argumento [...] da não transferência de elementos activos também não pode ser acolhido. A circunstância de a jurisprudência do Tribunal de Justiça citar a transferência desses elementos entre os diferentes critérios a tomar em conta pelo juiz nacional para, no âmbito da avaliação global de uma operação complexa, apreciar a realidade de uma transferência de empresa não permite concluir que a sua falta exclui a existência de uma transferência. Com efeito, a manutenção dos direitos dos trabalhadores que, segundo o seu próprio título, é o objecto da directiva, não pode depender apenas da tomada em consideração de um factor que o Tribunal, aliás, já referiu não ser, só por si, determinante».

uma obra determinada [...]. O conceito de entidade remete assim para um conjunto organizado de pessoas e de elementos que permitam o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio»<sup>(10)</sup>.

Estas formulações, desenhadas a partir de (e tendo em vista) casos concretos, com contornos muito precisos, vão sendo ajustadas e afinadas à medida que novas situações confrontam a aplicação dos normativos comunitários<sup>(11)</sup>. Neste horizonte, deve recordar-se o acórdão *Securitas*, de 19 de

---

<sup>(10)</sup> Caso *Temco*, Processo C-51/00. O Tribunal anota ainda: «em certos sectores nos quais a actividade assenta essencialmente na mão-de-obra, um conjunto de trabalhadores que executa de forma durável uma actividade comum pode corresponder a uma entidade económica. Tal entidade é, por conseguinte, susceptível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limita a prosseguir a actividade em causa, mas também retoma uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efectivos que o seu predecessor afectava especialmente a essa missão».

<sup>(11)</sup> Sobre a evolução jurisprudencial nesta matéria, e além dos já citados casos *Temco* e do caso *Securitas*, referidos em texto, vejam-se os arestos *Rygaard*; *Hernandez Vidal e outros* (processos apensos C-127/96, C-229/96 e C-74/97); *Allen e outro* (Processo C-234/98); *Abler e outro* (Processo C-340/01); *Klarenberg* (Processo C-466/07); *Juuri* (Processo C-396/07); *UGT-FSP* (Processo C-151/09); *CLECE SA* (Processo C-463/09); *Ferreira da Silva e Brito* (Processo C-160/14); *ADIF* (Processo C-509/14); *Unionen* (Processo C-36/15); *Piscarreta Ricardo* (Processo C-416/16); *Cátia Correia Moreira* (Processo C-317/18). Um panorama atento sobre a jurisprudência comunitária pode ver-se nos importantes estudos de JÚLIO GOMES, «O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho: o art. 37.º da LCT e a Directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 11 (1996), p. 77 ss.; *Idem*, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão das empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos: inflexão ou continuidade?», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho* 1, 2001, p. 481 ss.; *Idem*, «Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho», in: *Novos estudos de Direito do Trabalho*, 2010, p. 89 ss.; *Idem*, «ADIF e Asklepios — algumas notas sobre dois Acórdãos do TJ em matéria de transmissão de unidade económica», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, LVIII, 2017, p. 107 ss. Para mais desenvolvimentos, veja-se ainda F. LIBERAL FERNANDES, «Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português, in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, 1998, p. 1323 ss.; VIVIEN SHRUBSALL, «Competitive Tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive», *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1998, p. 85 ss.; SYLVAIN LAULON, «The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?», in *Labour Law in the Courts*, cit., p. 145 ss.; FERNANDO VALDÉS DAL-RE, «Transfers of Undertakings: an Experience of Clashes and Harmonies Between Community Law and National Legal Systems», in *Labour Law in the Courts*, cit., p. 182 ss.; MANUEL BAPTISTA, «A jurisprudência do Tribunal de justiça da União Europeia e a defesa dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas ou estabelecimentos», *Revista do Ministério Público*, n.º 62, 1995, p. 89 ss.; CATARINA CARVALHO, «Admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho», *Questões Laborais*, 10, n.º 21, 2003, p. 99 ss.; JOHN McMULLEN, «Recent CJEU Case Law on the Transfer of Asset-Reliant Undertakings», *Industrial Law Journal*, 45, n.º 3, 2016, p. 455 ss.; *Idem*, «Transfer of Undertakings: The Purposive Approach», *Industrial Law Journal*, Vol. 48, n.º 2, 2019, p. 317 ss.; DAVID FALCÃO/SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, «Transmissão da Unidade Económica e suas Implica-

Outubro de 2017: no reenvio, apreciou-se a conformidade comunitária de um preceito constante da Convenção Colectiva de Trabalho portuguesa aplicável ao sector e que dispunha: «não se enquadra no conceito de transmissão de empresa ou estabelecimento a perda de cliente por parte de um operador com a adjudicação de serviço a outro operador». Para o Tribunal de Justiça, o art. 1.º, n.º 1, da Directiva 2001/23 «deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal», considerando abrangido, portanto, no conceito de transferência, «uma situação em que um contratante resolveu o contrato de prestação de serviços de vigilância e de segurança das suas instalações celebrado com uma empresa e, em seguida, para a execução dessa prestação, celebrou um novo contrato com outra empresa, que recusa integrar os trabalhadores da primeira, quando os equipamentos indispensáveis ao exercício da referida prestação foram retomados pela segunda empresa»<sup>(12)</sup>. Extrai-se do exposto que a inexistência de vínculo contratual entre as duas empresas para as quais a actividade de vigilância foi sucessivamente confiada é irrelevante para determinar a aplicabilidade da Directiva<sup>(13)</sup>.

Outro elemento a considerar, é o da ligação entre o trabalhador e a unidade económica, visto que, no plano dos grupos empresariais, é comum que um trabalhador seja destacado para outro estabelecimento — embora neste caso concreto tal trabalhador não tenha como seu verdadeiro empregador a entidade onde presta a sua actividade, assume com ela uma relação de trabalho não contratual<sup>(14)</sup>, hipótese que é expressamente consagrada na Directiva («contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho»).

Por outro lado, nas dimensões funcionais que não assentem prioritariamente na mão-de-obra (como ocorre, v. g., em cantinas, actividades de limpeza ou de segurança) e exijam, portanto, um conjunto de meios corpóreos sem o qual tal função surgiria descaracterizada, deverá, para ser abrangido pela Directiva, não apenas transmitir-se os membros efectivos, mas ainda aqueles bens. É o que sucede, por exemplo, na hipótese das car-

---

ções no Contrato de Trabalho: Jurisprudência do TJUE e Jurisprudência Nacional», *Questões Laborais*, n.º 50, 2017, p. 19 ss.; DAVID CARVALHO MARTINS, *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, 2013, p. 184 ss.; *Idem*, «Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling», *European Labour Law Journal* 9, 2018, p. 24 ss.; A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, p. 21 ss.

<sup>(12)</sup> Caso *Securitas* (Processo C-200/2016), n.º 39. Veja-se ainda o Acórdão de 11 de Julho de 2018, processo C-60/2017, *Angel Somoza Hermo contra Ilusión Seguridad, S.A. e Esabe Vilancia, S.A. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*.

<sup>(13)</sup> N.º 24.

<sup>(14)</sup> Sobre este aspecto, veja-se a interessante e concisa análise de JÚLIO GOMES, «Albran Catering e a relação laboral sem contrato», *Questões Laborais*, n.º 39, 2012, p. 127 ss.

reiras de autocarros, sem os quais a manutenção identitária da unidade económica poderá ser posta em causa. Por último, também não caem no âmbito da Directiva, casos em que haja mera sucessão na actividade<sup>(15)</sup>.

Para além de tudo, há que salientar ainda a inaplicabilidade do diploma comunitário aos casos em que o escopo da transmissão seja unicamente o de contornar o regime de protecção dos trabalhadores nela consagrado. A questão foi aflorada pelo TJ num recentíssimo acórdão<sup>(16)</sup>. Precisa o tribunal: «o princípio geral de direito da União segundo o qual a aplicação da regulamentação da União não pode ser alargada ao ponto de cobrir operações realizadas com o objetivo de beneficiar fraudulenta ou abusivamente das vantagens previstas no direito da União. Daqui decorre que o benefício das disposições do direito da União deve ser recusado quando estas são invocadas, não para realizar os objetivos dessas disposições, mas com o objetivo de beneficiar de uma vantagem do direito da União, quando as condições para beneficiar dessa vantagem apenas estão formalmente preenchidas»<sup>(17)</sup>.

Estas diferenciadas opções tomadas em sede da Directiva n.º 2001/23/CE são um bom «barómetro» das tensões que tocam na complexa interacção entre o direito do trabalho comunitário e nacional<sup>(18)</sup>, a qual, saliente-se, apesar de não se circunscrever a este domínio jurídico, nele revela uma ambiguidade genética e cristalina, decorrente, em certa medida, do próprio horizonte de fundo pretendido, ou seja, de promover

---

<sup>(15)</sup> Para uma reflexão problematizante deste ponto, cf. JÚLIO GOMES, «Comentário de urgência ao Acórdão do TJCE, de 20 de novembro de 2003», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 45, 2004, p. 213 ss.

<sup>(16)</sup> Acórdão de 13 de Junho de 2019, Processo C-664/17, *Ellinika Nafpigeia AE contra Panagiotis Anagnostopoulos e o.*

<sup>(17)</sup> N.ºs 50 e 51. No mesmo sentido foram as conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar que, além de sublinhar a singularidade do caso em virtude de ter sido o empregador e não os trabalhadores a invocar a Directiva, defendeu que esta «não deve ser aplicada caso se apure que o objetivo prosseguido com a transferência da entidade económica não era manter a atividade económica em causa, mas contornar os deveres de proteção dos trabalhadores consagrados no ordenamento jurídico nacional».

<sup>(18)</sup> Como sublinhou FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, «Transfers of Undertakings», p. 180: «Community law on transfers of undertakings offers an excellent observatory from which to appraise, in all their complexity, the structure and functioning of the Community legal order itself, its relations with national legal orders and the reciprocal influences between the two. The chequered history of the Directive's reception into domestic legal systems illustrates the strength and the limits both of the principles of legal ranking of the Community system of sources (supremacy and direct effect) and of Commission monitoring of the fulfilment by Member States of their Community obligations. The equally chequered experience of the ECJ, for its part, in the interpretation of the Directive likewise demonstrates the difficulties to be surmounted in the real and effective construction of what has been called the 'symbiotic relationship'».

uma estratégia de *harmonização parcial*<sup>(19)</sup>, como aliás, tem sido reiteradamente invocado e teorizado na casuística do TJ sobre a transmissão de unidade económica. Dele resulta, aliás, um cenário heterogéneo no que diz respeito à mediação da Directiva pelas legislações domésticas. Um estudo comparatístico aturado traria, por certo, um horizonte mais aprofundado sobre o conceito de unidade económica; não sendo possível fazê-lo nesta sede<sup>(20)</sup>, vale a pena, de todo o modo, recordar algumas soluções que se perfilam no panorama europeu.

### 3. Algumas notas de direito comparado

#### a) Alemanha

No contexto germânico, à imagem da Directiva n.º 2001/23/CE, um negócio transmissivo para fins de aplicação do §613a do BGB poderá incidir quer sobre a totalidade da unidade funcional (*Funktionseinheit*), quer ainda sobre parte desta. Para tal, o intérprete-julgador deverá aferir casuisticamente a preservação identitária da unidade no transmissário com base nos sete elementos indiciários supramencionados, emergentes do caso *Spijkers*.

Saliente-se, no entanto, que a jurisprudência do *Bundesarbeitsgericht* considera não haver transmissão da unidade funcional nas hipóteses de *outsourcing* quando não se der a transferência dos efectivos da empresa

---

<sup>(19)</sup> Sobre o ponto, v. AMANDINE GARDE, «Partial Harmonisation A Case Study on the Acquired Rights Directive», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 5 (2002-2003), pp. 173 ss; CATHERINE BARNARD/SIMON DEAKIN, «Negative and Positive Harmonization of Labour Law in the European Union», *Colum. Journal European. Law* 8 (2002), p. 389 ss. As tensões entre a ordem comunitária e as ordens domésticas alargam-se, aliás, a outros pontos, como o da articulação entre os distintos regimes nacionais, designadamente em matéria de lei aplicável no caso de transmissão transfronteiriça de empresas. Sobre o ponto, v. DIANA NIKSOVA, «Cross-Border Transfers of Undertakings», in *Stakeholder Protection in Restructuring: Selected Company and Labour Law Issues* (eds. Erika Kovács, Martin Winner), Nomos Baden-Baden, 2019, p. 201 ss; e JÚLIO GOMES/ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, «Algumas questões — e poucas respostas — sobre a transmissão transfronteiriça de unidade económica», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018-II, p. 131 ss. Para mais desenvolvimentos, v. o relatório da Comissão Europeia intitulado «Study on the application of Directive 2001/23/EC to Cross Border Transfers of Undertakings», disponível em linha (<[http://ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/documentation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/documentation_en.htm)>). *Transfer of Business and Acquired Employee rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (eds. Jens kirchner/Sascha Morgenroth/Tim Marshall), Springer, Berlin, 2016.

<sup>(20)</sup> Para uma visão alargada da situação internacional, v. *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (eds. Jens Kirchner/Sascha Morgenroth/Tim Marshall), 2016.

beneficiária, nem dos seus instrumentos de trabalho, afastando-se nesta medida da jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>(21)</sup>.

b) Bélgica

A transmissão de empresa ou estabelecimento nos termos da legislação belga (Convenção Colectiva n.º 32*bis*) deve envolver uma unidade técnica (*unité technique d'entreprise, technische bedrijfseenheid*) que mantenha a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela principal ou acessória.

A definição de unidade técnica assenta num critério económico e noutro social, os quais permitem avaliar, respectivamente, se as funções desta têm autonomia económica — independente de outra parte da empresa — e/ou constitui uma unidade com autonomia social — que congrega trabalhadores de outras partes da empresa. Quando o intérprete-julgador é confrontado com dúvidas acerca da subsunção de tais critérios definitórios no caso *sub judice*, o critério social sempre prevalece<sup>(22)</sup>.

c) Itália

No direito italiano, os elementos essenciais da transmissão de empresa referem-se à «pré-existência de uma entidade organizada capaz de produzir bens ou fornecer serviços, bem como à manutenção da identidade desta na esfera jurídica do transmissário» (art. 2112.º do Código Civil). Após a transmissão, o adquirente é «livre para modificar a organização produtiva» e, eventualmente, «integrá-la naquela que já detinha». Estas condições são exigidas para evitar casos de fraude, designadamente aqueles nos quais o transmitente cria uma filial com a pretensão específica de que ela seja transferida, ou altera a organização e funcionamento de uma filial pré-existente para depois a transmitir, em detrimento dos trabalhadores por ela afectados. Além disso, actividades acessórias sem autonomia organizativa não se enquadram na tipologia de parte de empresa para efeitos do preceito italiano<sup>(23)</sup>.

---

(21) Sobre este ponto, cf. J. KIRCHNER/S. MORGENROTH, in: *Transfer of Business, cit.*, p. 208 ss.

(22) Para mais desenvolvimentos, v. E. LIEVENS, in *Transfer of Business, cit.*, p. 68 ss.

(23) Nestes termos, F. MORELLI, in *Transfer of Business, cit.*, p. 264.

## 4. Direito português

### 4.1. Noção de transferência

O instituto da transmissão vem consignado nos arts. 285.º a 287.º do Código do Trabalho, e abrange uma modalidade de negócios jurídicos muito diversificada, em sintonia com a noção lata de transferência da legislação e jurisprudência da União Europeia. Isso resulta, com clareza, do teor normativo: «em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento, ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento» (art. 285.º, n.º 1). Com efeito, ao empregar a oração «por qualquer título», contemplam-se aí todas as alterações definitivas da unidade económica, como por exemplo, o trespasse, a venda judicial, a fusão ou a cisão de uma sociedade, a doação, etc. O regime abarca ainda aquelas alterações na gestão empresarial que embora sejam estáveis, não são definitivas, máxime a cessão da exploração: «o disposto no número anterior é igualmente aplicável à transmissão, cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica» (art. 285.º, n.º 2)<sup>(24)</sup>.

No entanto, a singeleza do regime «esconde» vários problemas prático-jurídicos. Conforme salienta Monteiro Fernandes, «nem sempre a dinâmica dos negócios se processa de modo a produzir fenómenos tão claramente desenhados como os que a lei identifica. E, mesmo dentro do perímetro da previsão legal, há porventura que jogar com subespécies talvez carecidas de enfoques jurídicos distintos», e, conclui o autor, que a dificuldade principal «é que a caracterização do próprio conceito jurídico de transmissão depende menos do modo porque se processa o “trânsito jurídico” entre transmitente e adquirente — ou seja, dos perfis próprios do mecanismo translativo — do que da determinação do seu objecto, isto é, daquilo que se transmite»<sup>(25)</sup>.

### 4.2. Conceito de unidade económica — o *quid* a transmitir

O conceito de unidade económica assume particular relevância nesta temática, uma vez que, como se referiu, ele informa um dos requisitos de

---

<sup>(24)</sup> Esta solução constituiu uma importante alteração do regime em face do disposto na LCT e do entendimento dominante na jurisprudência, mesmo após a Directiva 77/187/CEE. Sobre o ponto, veja-se, JOANA VASCONCELOS, «A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71, 2005, p. 80. Com desenvolvimentos sobre as hipóteses abarcadas pelo regime em vigor, v. entre outros, A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, p. 23 ss.

<sup>(25)</sup> A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, pp. 21-22.

aplicabilidade do instituto. A delimitação de um conceito operatório capaz de responder aos interesses em jogo (ligados ao binómio empregador e trabalhador) conta-se entre os temas mais complexos em torno da figura transmissiva<sup>(26)</sup>. Pois bem: tal como a representação do substrato que compõe o estabelecimento como um todo (o uno) implica complexos problemas definitórios, também o seu desmembramento em subunidades (partes do estabelecimento) que mantenham, porém, uma qualquer estrutura identitária, parece multiplicar de forma irreprimível aquelas dificuldades na juslaboralística<sup>(27)</sup>.

Efectivamente, já em 1996, Júlio Gomes defendia que «o conceito de estabelecimento relevante para o Direito do Trabalho, em matéria de transmissão de estabelecimento, não tem, necessariamente, que coincidir com o conceito de estabelecimento adoptado pela doutrina comercialística<sup>(28)</sup>. No seu importante estudo, o autor dava notícia da jurisprudência comunitária, a qual, como vimos, desenvolveu uma noção ampla do conceito no contexto da Directiva 77/187/CEE e diplomas sucessivos<sup>(29)</sup>. Ainda nas palavras deste autor, «o que importa ter em conta é que — desde logo à luz da aplicação da directiva — o art. 37.º da LCT deve aplicar-se, não só quando se transmite um estabelecimento, mas também nas hipóteses em que se opera a transmissão de uma parte de estabelecimento, devendo entender-se, por tal, qualquer unidade mínima de produção capaz de operar com alguma autonomia»<sup>(30)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Para um problema assaz conexo, recorde-se a advertência metódico-dogmática de ORLANDO DE CARVALHO, (*Critério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios*, I, 1967, *passim*) insistindo que a sua resolução não se bastava com juízos meramente intuitivos ou mesmo com definições legislativas, podendo a lei, quando muito, oferecer-nos índices sintomáticos de tal recorte ou definição.

<sup>(27)</sup> O art. 37.º da LCT era muito vago a este propósito, pois apenas fazia referência à transmissão «por qualquer título» de um estabelecimento. Coube, por isso, à jurisprudência, de forma decisiva, a conformação deste preceito, que durante as décadas de 70 e 80, foi restritivamente interpretado, baseando-se num conceito atomístico importado do direito comercial e que, deste modo, entendia ser a regra aplicável apenas se o estabelecimento fosse transmitido globalmente, ou seja, somente nas hipóteses de trespasse ou próximas deste. Sobre este ponto, veja-se por exemplo o Acórdão do STJ n.º 78/1998.S1, de 24 de Fevereiro de 2010.

<sup>(28)</sup> JÚLIO GOMES, «O conflito», *cit.*, p. 162. No mesmo sentido, ainda no contexto da LCT, cf. FABRÍCIA ALMEIDA HENRIQUES, «Transmissão do estabelecimento e flexibilização das relações de trabalho», *Revista da Ordem dos Advogados*, 61, 2001, pp. 975-6.

<sup>(29)</sup> De novo, JÚLIO GOMES, «Novas, novíssimas e não tão novas», *cit.*, p. 92: «desenvolveu-se, assim, uma tendência que ainda está em curso para uma certa desmaterialização do conceito de unidade económica ou, pelo menos, para uma compreensão mais flexível desse conceito».

<sup>(30)</sup> JÚLIO GOMES, «O conflito», *cit.*, p. 162. Veja-se também JOANA VASCONCELOS, «A transmissão», *cit.*, p. 80 ss. e JOANA SIMÃO, «A transmissão de estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional», *Questões Laborais*, 9, 2002, p. 204 ss.

Aos poucos, a jurisprudência nacional foi-se orientando nesse sentido. Destaque-se o acórdão de 24 de Maio de 1995 no qual o STJ, invocando algumas posições doutrinárias, sobretudo a consignada num parecer de Vasco Xavier<sup>(31)</sup>, considerou que o «conceito de estabelecimento deve ser entendido em sentido amplo de modo a abranger a “organização afectada ao exercício de um comércio ou indústria”, os “conjuntos subalternos”, que correspondam a uma “unidade técnica de venda, de produção de bens, ou de fornecimento de serviços”, desde que a unidade destacada do estabelecimento global seja “dotada de uma autonomia técnico-organizativa própria”, constituindo uma “unidade produtiva autónoma”, com “organização específica”»<sup>(32)</sup>.

Entre nós, o alargamento expresso do regime legal verifica-se a partir do Código do Trabalho de 2003 (por via da transposição da Directiva 2001/23/CE): o texto legal passou a fazer referência a «parte de empresa ou estabelecimento» (art. 318.º, n.º 1), consagrando-se, assim, o entendimento já admitido por alguns sectores doutrinários<sup>(33)</sup>. Em sintonia, o n.º 4 do art. 318.º vinha, no sentido da Directiva, preencher o conceito de unidade económica: «considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica, principal ou acessória».

No entanto, esta definição não foi suficiente para conter as vozes dissonantes perante uma formulação normativa algo vaga<sup>(34)</sup>, a necessitar, pois, de critérios mais precisos de delimitação. Por outro lado, o conceito não é equiparável ao que possa decorrer usando os critérios operatórios

---

(31) VASCO LOBO XAVIER, «Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art. 37.º da LCT (Parecer)», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 28 1986, p. 443 ss.

(32) Acórdão STJ de 24 de Maio de 1995. Anteriormente, no Acórdão de 14 de Fevereiro de 1991, o STJ havia definido o conceito de estabelecimento: entendido como toda a organização produtiva, de natureza comercial, industrial ou agrícola, de meios materiais e humanos articulados para o exercício de uma actividade.

(33) Recorde-se ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura*, cit., p. 606, ao criticar aqueles que identificavam o “estabelecimento como um todo” com a “totalidade do estabelecimento”, ou, ainda, COUTINHO DE ABREU, «A Empresa e o Empregador em Direito do Trabalho (Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro), 1982, p. 48, que, e para efeitos laborais, note-se, defendia já perante o art. 37.º da LCT a possibilidade de transferências parciais de empresa ou de estabelecimento.

(34) Neste sentido, v. M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II — Situações Laborais Individuais*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 646. Para mais desenvolvimentos sobre o ponto, no âmbito do anterior figurino normativo, v. JOANA SIMÃO, «A transmissão», cit., p. 204 ss.; CATARINA CARVALHO, «Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho», in *A reforma do Código do Trabalho*, 2004, p. 461; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 786; A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 386 e DAVID CARVALHO MARTINS, «Transfer of an economic», cit., pp. 27-8.

específicos do direito comercial: sem que se defenda uma compartimentação estanque entre os vários domínios do jurídico e seus conceitos integrantes, não se pode esquecer a teleologia própria do direito laboral<sup>(35)</sup>.

De todo o modo, não será audacioso afirmar que este desiderato, mormente quando esteja em causa a parte de uma empresa ou estabelecimento, máxime, da unidade económica, constitui um dos pontos que mais tem conduzido a um tortuoso debate doutrinário e jurisprudencial por conta dos problemas prático-jurídicos que dele resultam.

Aqui, como em tantos outros lugares, a realidade foge ao espartilho da definição e é tudo menos simples discernir entre o que é *substancial* e *acidental*, ainda que se combine uma tipologia exemplificativa com cláusulas abertas, ou se faça apelo a uma teoria de elementos «essenciais» ou de *conditio sine qua non*<sup>(36)</sup>.

Como bem ensina João Reis, é manifesto que «a noção de unidade económica não é simples nem segura. Estamos perante uma noção fluida, de “geometria variável”, que faz apelo a critérios que parecem confundir requisitos e consequências da transferência»<sup>(37)</sup>, e em que a transmissão de parte da empresa, por força da indefinição do âmbito de unidade económica pode configurar «uma operação que se presta a ser utilizada, fraudulentamente, para expulsar do processo produtivo determinados grupos de trabalhadores»<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Neste sentido, JÚLIO GOMES, «A jurisprudência recente», *cit.*, p. 485, CATARINA CARVALHO, «Algumas questões», *cit.*, p. 461, que avançaram um conceito laboral de unidade económica assente na autonomia organizatória da unidade em apreço.

<sup>(36)</sup> Em linha com a jurisprudência comunitária, DAVID CARVALHO MARTINS, *Da transmissão*, *cit.*, p. 207, escreve: «a unidade económica consiste num conjunto de meios — saber-fazer, contratos, clientela, direitos de propriedade industrial, licenças ou autorizações de direito público — e de pessoas organizado — métodos de trabalho, estrutura, hierarquia — que desenvolve uma atividade económica, principal ou acessória, com ou sem escopo lucrativo; deve ter caráter duradouro, ser suficientemente estruturada e autónoma, ser uma unidade organizada destacável que, no âmbito de um objetivo global, cumpre uma parte desse objetivo, mesmo que se trate apenas de função auxiliar subordinada. Para que seja aplicável o instituto não é necessário a passagem de todos os meios e pessoas que faziam parte da unidade económica sob a gestão do cedente, mas somente aqueles sem os quais a unidade económica não pode física ou legalmente funcionar».

<sup>(37)</sup> JOÃO REIS, «O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho», disponível nos *Cadernos do CEJ: Transmissão da Empresa*, 2014. <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao\\_estabelecimento.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf)>, p. 194. Isto é patente, para o autor, nos casos «em que um conjunto de trabalhadores coligados a um determinado fim produtivo é considerado uma unidade económica. Para que haja transferência de empresa exige-se uma passagem significativa dos efectivos da empresa, quando o que se discute é saber se houve transmissão de empresa para efeitos de transferência de contratos de trabalho. Na medida em que estes transitam porque e só porque se verifica uma transmissão de empresa, a mudança de empregador deveria ser considerada um efeito jurídico e não, como parece suceder nalguns casos, ser vista como um pressuposto da transmissão de empresa».

<sup>(38)</sup> JOÃO REIS, «O regime», *cit.*, p. 193. O estudo reporta-se ao regime anterior à Lei n.º 14/2018, mas os riscos apontados pelo autor não foram eliminados sem resto pelo novo normativo.

O panorama introduzido em 2003 continuou com a nova versão do Código, pois o n.º 5 do art. 285.º do Código do Trabalho de 2009 manteve inalterada a formulação antecedente. Entretanto, a 19 de Março de 2018, o quadro normativo conheceu profundas alterações, com a Lei n.º 14/2018, a qual parece ter acolhido uma definição que vai ao encontro de parte da doutrina aludida, bem como da jurisprudência<sup>(39)</sup>. Nos novos termos do art. 285.º, n.º 5: «considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória».

Da comparação entre a anterior e a actual formulação normativa, verifica-se a inclusão dos seguintes elementos: I) unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa; II) identidade própria<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> No sumário do Acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2009 (processo n.º 08S2309) lê-se o seguinte: «O conceito de “estabelecimento” (ou empresa) para efeitos do art. 37.º da LCT abrange, quer a organização afecta ao exercício de um comércio ou indústria, quer os conjuntos subalternos que correspondem a uma unidade técnica de venda, de produção de bens, ou de fornecimento de serviços, desde que a unidade destacada do estabelecimento global constitua uma entidade produtiva autónoma, com organização específica: uma unidade económica. Da aplicação do critério material de unidade económica resulta a irrelevância quer da transmissão de elementos patrimoniais isolados, não agregados entre si, quer da transmissão de bens, interligados ou não, mas não essenciais ou não destinados à prossecução de uma determinada actividade económica. Para determinar se a entidade económica subsiste na esfera do transmissário como um conjunto de meios organizados com suficiente autonomia para poder funcionar de forma independente no mercado (uma unidade económica), há que ponderar a globalidade das circunstâncias em que se processaram os factos susceptíveis de indiciar a transferência do estabelecimento». Ainda na parte decisória do aresto, alinhou-se o seguinte: «O conceito de unidade económica, para este efeito, é definido no direito comunitário (em termos que ficaram no essencial a constar do art. 318.º n.º 4, do Código do Trabalho de 2003 e do art. 285.º, n.º 5, do Código do Trabalho de 2009) como um conjunto de meios materiais e humanos organizados para o exercício de uma actividade económica, principal ou acessória, que mantém a sua identidade [art. 1.º, n.º 1, al. b), da Dir. 2001/23]. Adoptou-se com esta definição um critério material em que avultam dois elementos (31) : um organizatório — a entidade económica apresenta-se como um complexo organizado de bens e/ou de pessoas; um funcional — esse complexo organizado de meios visa prosseguir uma actividade económica». V. também o acórdão do STJ de 24 de Fevereiro de 2010 (processo n.º 78/1998.S1).

<sup>(40)</sup> De acordo com JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões críticas sobre a Lei n.º 14/2018 de 19 de Março», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º I, 2018, pp. 89-90, «a unidade económica tem, agora, que estar dotada de autonomia técnico-organizativa e de manter a sua identidade durante a transmissão. Uma vez que a unidade económica não se reduz à mera atividade, a exigência de que o conjunto de meios organizados tenha uma certa autonomia corresponde ao direito europeu e ao entendimento do TJ, desde que se tenha presente que a unidade económica tem que manter a sua identidade, mas não necessariamente a sua autonomia técnico-organizativa para que se possa falar em transmissão. Em suma, autonomia e identidade da unidade económica não se confundem e o que se exige para que se possa falar em transmissão é que a unidade económica mantenha a sua identidade, podendo conservar, ou não, a sua autonomia». Ainda sobre este ponto, A. MENESES CORDEIRO, *Direito do Trabalho — II — Direito individual*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 780, ancorado na jurisprudência nacional, escreve:

Considerando os trabalhos preparatórios do diploma, designadamente as exposições de motivos, parece ressaltar o escopo de evitar que um grupo de trabalhadores possa por si só, desacompanhado de mais elementos produtivos ou organizatórios, constituir uma unidade económica<sup>(41)</sup>. Escrevendo a propósito do novo normativo, e referindo-se à sua aplicação nos casos de *outsourcing*, Monteiro Fernandes sublinha que «operações deste tipo são, por vezes, orientadas para a finalidade — no caso, fraudulenta — da eliminação de efectivos considerados excedentários ou dispensáveis, sem o recurso a despedimentos colectivos para redução de pessoal, os quais envolvem sempre riscos judiciais apreciáveis. A empresa interessada toma, ela própria, a iniciativa de constituir uma outra para a qual transfere (real ou ficticiamente) certas áreas de actividade, e que se destina a encerrar definitivamente, com a consequente caducidade dos contratos de trabalho. Essa “externalização” de funções deter-

---

«a transmissão, para ter eficácia laboral, deve reportar-se a algo que reúna um mínimo de elementos humanos e materiais funcionalmente organizados (...). Tais meios devem estar ordenados de modo estável, que mantenha a sua identidade e seja dotado de autonomia, com vista à prossecução de uma atividade económica que perdure, na entidade transmissória».

(41) Nesta linha, o Projeto de Lei do *Bloco de Esquerda* (p. 1) deixava muito clara a intenção de reforçar os direitos dos trabalhadores afetados por uma transmissão: «a utilização abusiva e perversa deste mecanismo é facilitada ainda por outras razões. Uma delas é a indeterminação do conceito de “unidade económica”, que pode facilitar uma interpretação criativa (o que não quer dizer legítima à luz da atual lei) por parte de empresas que pretendam utilizar este regime de forma viciosa». E acrescentava-se (pp. 3-4): «para evitar utilizações fraudulentas da lei, haveria que garantir que a entidade económica deve manter a sua identidade. Isto é, quando uma grande empresa seleciona determinados grupos de trabalhadores para serem abrangidos pela “transferência de estabelecimento”, esses trabalhadores devem constituir verdadeiramente unidades económicas viáveis para prosseguirem uma atividade económica dotada de um fim próprio. Com efeito, para que possa constituir uma “unidade económica”, a parte da empresa ou estabelecimento em causa deve corresponder a um conjunto de meios organizados e com autonomia suficiente para poder funcionar no mercado com independência em relação à empresa ou estabelecimento cedente, realizando de forma autossuficiente um serviço. Como sabemos, algumas das transferências de estabelecimento que se têm efetuado estão longe de corresponder a este critério». No mesmo sentido, lia-se na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 603/XIII/2.<sup>a</sup> de autoria do PAN, o seguinte: «este conceito pode, pela sua abrangência, ser interpretado de forma abusiva, conferindo a natureza de unidade económica a empresas, ou estabelecimentos ou ainda de parte de empresas ou estabelecimentos que, ainda que possuam uma determinada estrutura organizativa, não têm qualquer viabilidade económica e inclusive podem até funcionar na plena dependência de uma outra empresa. Recemos, portanto, que este mecanismo possa ser utilizado para transferir trabalhadores entre empresas que nomeadamente se encontrem em situação de domínio ou de grupo, estando a empresa para a qual foram transferidos na plena dependência de uma outra, exercendo a sua actividade sem qualquer autonomia». Por seu turno, o projecto de lei n.º 606/13 do Partido Socialista, referia que o conceito de unidade económica, «tal como consta do número 5 do art. 285.º do já citado Código do Trabalho, obriga a um juízo de discricionariedade que pode implicar decisões diferentes consoante o setor de atividade ou consoante a avaliação casuística que é feita. É por isso que o Partido Socialista considera que, antes de mais, é necessário densificar este conceito e garantir a eficaz proteção dos trabalhadores».

mina (pelo mesmo mecanismo desenhado no art. 285.º do CT) a passagem dos trabalhadores que lhes estão afectos para a nova empresa, transformada em antecâmara do desemprego»<sup>(42)</sup>.

Em face do novo texto legal, é legítimo, *rectius*, necessário, perguntar se ele implicará um desvio, uma distorção do conceito de unidade económica na acepção da Directiva n.º 2001/23/CE, dado que é a luz desta que o conceito deve ser lido e interpretado. Os novos critérios integradores não constam do n.º 1, alínea *b*) do art. 1.º da Directiva, nem da regra nacional em vigor até Março de 2018 e que se «limitara» a transpor o imperativo comunitário.

As manifestações doutrinárias sobre este ponto não são pacíficas. Por um lado, alguma doutrina defende que a densificação normativa traduz a intenção do legislador nacional em concretizar o entendimento da jurisprudência do TJ sobre a matéria<sup>(43)</sup>. Por outro lado, um importante sector da doutrina considera que o actual recorte normativo acaba por restringir o alcance do regime da transmissão, suscitando, nesta medida, dúvidas de conformidade com o direito da União Europeia, concretamente com a Directiva 2001/23/CE (art. 1.º, I), bem como com o entendimento jurisprudencial que o areópago do Luxemburgo tem feito sobre ela<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> A. MONTEIRO FERNANDES, «Alguns aspectos», *cit.*, p. 26.

<sup>(43)</sup> Nesse sentido, v. DAVID FALCÃO/SÉRGIO TOMÁS, «Algumas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de Março», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018, I, p. 110, nota 15 e TIAGO COCHFEL DE AZEVEDO, «Transmissão indireta: algumas notas à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2019, I, p. 243.

<sup>(44)</sup> Assim, JOANA VASCONCELOS, *Código do Trabalho anotado*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, pp. 677-8; M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II — Situações Laborais Individuais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 686; MILENA ROUXINOL, «Transmissão da unidade económica», in *Direito do Trabalho — Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 850; DAVID CARVALHO MARTINS, «Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018, I, p. 123 e PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO MADEIRA DE BRITO, «O novo regime da transmissão da unidade económica introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2018, p. 29. Ancorados no Acórdão João Filipe Ferreira da Silva e Brito e outros, de 9 de Setembro de 2015, Processo C-160/14, estes últimos autores, escrevem: «no qual se discutiu se a dissolução da companhia de aviação Air Atlantis e a sua substituição pela TAP, S.A., nalguns voos charters com utilização de aviões e contratação de pessoal configura uma situação de transferência de entidade económica. Entendeu o TJ que “o facto de a entidade cujo equipamento e parte do pessoal foram transferidos ter sido integrada na estrutura da TAP, sem conservar a sua estrutura organizacional autónoma, não é pertinente, para efeitos da aplicação do art. 1.º, n.º 1, da Directiva 2001/23, na medida em que se conservou um nexo entre, por um lado, esse equipamento e essas pessoas transferidos para aquela e, por outro, a prossecução das atividades anteriormente exercidas pela sociedade dissolvida». E concluem: «deste ponto de vista, a opção do legislador nacional tomada na Lei n.º 14/2018 quanto à definição de unidade económica poderia agora excluir este caso concreto do regime da transmissão da empresa ou do estabelecimento porque não existiria, no

Nas palavras de Júlio Gomes, «a “densificação” deste conceito pode acabar por acarretar um conflito com a jurisprudência do TJ. Com efeito, a metodologia seguida pelo TJ privilegia a análise do caso concreto, com a ponderação global dos indícios no caso concreto, entre os quais a área de atividade e determinar se se trata de uma atividade que assenta essencialmente, ou não, na mão-de-obra, o que pode acarretar um certo casuísmo, mas que é o preço inevitável a pagar por este método»<sup>(45)</sup>.

Acompanhando aquela segunda linha interpretativa, Maria do Rosário Palma Ramalho propõe a seguinte leitura do actual n.º 5 do art. 285.º do CT: «o critério a ter em conta não deve ser o da organização formal da empresa (em secções ou serviços), mas antes o critério económico da possibilidade de individualização de uma parte da sua actividade numa unidade negocial autónoma». Por outras palavras, o que parece decisivo para a equiparação da transmissão de «parte» da empresa ou do estabelecimento à transmissão da própria empresa ou do próprio estabelecimento é o *conceito de unidade de negócio*<sup>(46)</sup>. Será bastante, todavia, para determinar o que seja uma parte com autonomia (uma unidade dentro de uma outra unidade maior, não só distinguível dela mas também das outras possíveis unidades que formariam o todo), será bastante, dizíamos, apelar para a *unidade do negócio* (transmissivo)<sup>(47)</sup>?

---

caso da Air Atlantis, uma estrutura organizacional que tivesse sido transmitida com a manutenção da sua identidade própria. Esta opção do legislador está desconforme com o Direito da União Europeia» (p. 33). Note-se, porém, que esta argumentação expendida pelo TJ: «sem conservar a sua estrutura organizacional autónoma» refere-se à manutenção da identidade da unidade económica após a transmissão, ao passo que o critério integrador da regra nacional (autonomia técnico-organizativa) deve recair sobre a configuração da unidade antes do negócio transmissivo. A este propósito, razão assiste à MILENA ROUXINOL, «Transmissão da unidade económica», in *Direito do Trabalho — relação individual*, 2019, Almedina, Coimbra, p. 850, nota 7, ao sublinhar que «a referência à identidade económica deve ser relativizada, *rectius*, deslocalizada, fazendo-se relevar não a respeito da aferição da existência, prévia à transmissão, de uma unidade económica, mas ulteriormente, no âmbito da averiguação sobre se ocorreu ou não transmissão, através da comparação do *quid* pretensamente transmitido tal como ele era antes da pretensa transmissão com as suas características depois deste facto».

<sup>(45)</sup> JÚLIO GOMES, «Algumas reflexões», *cit.*, p. 88, nota 45.

<sup>(46)</sup> M. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado*, II, 2019, *cit.*, p. 687, nota 19.

<sup>(47)</sup> Uma leitura mais consentânea do novo preceito parece ser a perfilada por MILENA ROUXINOL, «Transmissão da unidade», *cit.*, p. 852, nota 7: «A referência à autonomia técnico-organizativa deve, a nosso ver, ser lida como significando que a unidade económica deve ser um conjunto de meios aptos, autonomamente, à prossecução de uma atividade».

## 5. Conclusão

Em nosso entender, a teleologia do preceito comunitário e o conjunto do seu enunciado normativo comportam a novação legislativa nacional. Esta dirige-se intencionalmente a reforçar a protecção dos trabalhadores contra mecanismos negociais ou estratégias empresariais que limitem o regime protectivo, como acontece (recordamos as palavras de João Reis) quando no recorte do que seja unidade económica «se faz apelo a critérios que parecem confundir requisitos e consequências da transferência»<sup>(48)</sup>, i. é, quando o que deveria ser um *efeito* (a transferência dos trabalhadores) se converte no *pressuposto* bastante para a própria transmissão: há transmissão de empresa quando se transferem trabalhadores e os trabalhadores são transferidos porque houve transmissão.

Conforme referimos, o TJ teve recentemente ocasião de se pronunciar acerca de um caso grego cujos circunstancialismos fácticos apontavam para um *modus operandi* muito próximo daquele (transferência de um grupo de trabalhadores para efeitos de transmissão). Note-se, aliás, que as declarações de parte da judicatura helénica puseram a tónica na inexistência de autonomia da unidade económica. Por seu turno, o TJ, acolhendo as conclusões do Advogado-Geral, determinou que «o princípio geral de direito da União segundo o qual a aplicação da regulamentação da União não pode ser alargada ao ponto de cobrir operações realizadas com o objetivo de beneficiar fraudulenta ou abusivamente das vantagens previstas no direito da União. Daqui decorre que o benefício das disposições do direito da União deve ser recusado quando estas são invocadas, não para realizar os objetivos dessas disposições, mas com o objetivo de beneficiar de uma vantagem do direito da União, quando as condições para beneficiar dessa vantagem apenas estão formalmente preenchidas»<sup>(49)</sup>. Embora o TJ pudesse aqui ter ido mais longe, optou, uma vez mais, por remeter a questão fulcral do caso sub judice à apreciação do juiz nacional. Ainda assim, tal remissão é inegavelmente relevante, na medida em que aquilo que se defende parece ser outra coisa<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> JOÃO REIS, «O regime», *cit.*, p. 194.

<sup>(49)</sup> N.ºs 50 e 51. No mesmo sentido foram as conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar que, além de sublinhar a singularidade do caso em virtude de ter sido o empregador e não os trabalhadores a invocar a Directiva, defendeu que esta «não deve ser aplicada caso se apure que o objetivo prosseguido com a transferência da entidade económica não era manter a atividade económica em causa, mas contornar os deveres de protecção dos trabalhadores consagrados no ordenamento jurídico nacional».

<sup>(50)</sup> Referindo-se aos projectos de lei subjacentes à Lei n.º 14/2018, TIAGO COCHFEL DE AZEVEDO, «Transmissão indireta», *cit.*, p. 231, nota 6, escreve: «para o efeito, os referidos projetos tomaram

Mas importa considerar ainda o texto global da Directiva, de modo particular o que se dispõe no art. 8.º e que legitima o legislador nacional a criar normas mais favoráveis aos trabalhadores<sup>(51)</sup>. Qual seja o alcance de mais favorável e em que domínios pode ser realizado não consta do texto comunitário, mas não nos parece que a actual definição da lei portuguesa desequilibre a ponderação de valores inerente à Directiva, pelo contrário, julgamos que numa leitura de *checks and balances* o preceito português responde de forma adequada<sup>(52)</sup>. Aliás, há muito que na jurisprudência e doutrina nacionais se traçava o caminho desta concretização normativa, com apelo ao critério da «autonomia técnico-organizativa»<sup>(53)</sup>, do qual como vimos também se servem as judicaturas e ordenamentos de outros Estados-Membros.

---

como exemplo um caso concreto (sem, no entanto, diga-se, serem apresentados dados ou referências claras sobre a efetiva utilização abusiva da figura pelos empregadores nacionais, e sendo certo que na maioria dos casos analisados pelos Tribunais *o enfoque não está na natureza “fraudulenta” da transmissão, mas sim na simples verificação, ou não, da sua ocorrência*)» (sublinhado nosso).

<sup>(51)</sup> Merece também aqui ser realçada a Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Janeiro de 2017, sobre um Pilar Europeu dos Direitos Sociais [2016/2095(INI)], cujo preâmbulo dispõe: 16 — o Pilar Europeu dos Direitos Sociais não impede os Estados-Membros ou os seus parceiros sociais de estabelecerem normas sociais mais ambiciosas.

<sup>(52)</sup> Em sentido contrário, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO MADEIRA DE BRITO, «O novo regime», *cit.*, pp. 34-35.

<sup>(53)</sup> Para além dos acórdãos já referenciados, veja-se ainda os acórdãos do STJ de 27 de Maio de 2004 e de 29 de Junho de 2005, e o mais recente aresto de 6 de Dezembro de 2017 (Processo n.º 357/13.3TTPDL.L1.S1).

*Jurisprudência*  
*dos Conselhos*

**PARECER DO CONSELHO GERAL**

Processo n.º 10/PP/2020-G

O Mandato Tributário e eventual responsabilidade solidária  
e subsidiária do mandatário

*Relatora Carmo Sousa Machado*

**I — Questão suscitada**

A Autoridade Tributária e Assuntos Fiscais da Região Autónoma da Madeira (adiante designada por “AT RAM”) vem através do ofício n.º (...), datado de (...), solicitar um Parecer sobre a Procuração apresentada pelo Advogado (...) (adiante designação por “Procuração”).

De acordo com a informação que nos foi prestada pela AT RAM:

- a) Da Procuração consta o seguinte: “constitui seu bastante procurador (confere os mais amplos poderes forenses em Direito permitidos, incluindo os poderes especiais de confessar (...), bem como necessários para representá-la junto da Autoridade Tributária e Aduaneira.”, e
- b) Do requerimento de junção da Procuração consta o seguinte: “juntar procuração nos procedimentos de liquidação, referentes ao IRC e às retenções na fonte de IRC, do ano de (...), que tiveram origem na ordem de serviços n.º (...).”
- c) O procedimento de liquidação culmina com a notificação, nos termos do artigo 77.º da LGT.
- d) Tendo sido constituído mandatário, no âmbito do procedimento de liquidação, a liquidação foi notificada na pessoa deste nos termos do artigo 40.º do CPPT.

e) Quando à interpretação do artigo 40.º do CPPT, a OA já se pronunciou conforme extrato abaixo transcrito:

“o art. 40.º do CPPT deve ser interpretado restritivamente, só devendo ser aplicado nas situações em que o advogado é mandatário num procedimento tributário (por ex.: uma reclamação graciosa) ou num processo judicial tributário (por ex.: uma impugnação judicial), e só relativamente a notificações no âmbito desses procedimentos e processos. Logo, notificações de liquidações de impostos e para cumprimento de obrigações declarativas não podem ser efetuadas na pessoa do mandatário, mas apenas na pessoa do representante legal da sociedade ou do seu representante fiscal”.

*PARECER N.º 28/PP/2010-P — Da Ordem dos Advogados.*

Em concreto, a AT RAM vem solicitar Parecer ao Conselho Geral da Ordem dos Advogados, no sentido aferir se o mandato tributário conferido a um advogado, nos termos do art. 5.º do Código do Processo e do Procedimento Tributário (“CPPT”), pode implicar a responsabilidade solidária e subsidiária do mandatário, em matéria fiscal, nos termos dos arts. 24.º da LGT e 8.º do RGIT.

## II — Enquadramento legal

O art. 5.º do CPPT, estabelece a propósito do Mandato tributário o seguinte:

### **Artigo 5.º**

#### Mandato tributário

1 — Os interessados ou seus representantes legais podem conferir mandato, sob a forma prevista na lei, para a prática de actos de natureza procedimental ou processual tributária que não tenham carácter pessoal.

2 — O mandato tributário só pode ser exercido, nos termos da lei, por advogados, advogados estagiários e solicitadores quando se suscitem ou discutam questões de direito perante a administração tributária em quaisquer petições, reclamações ou recursos.

3 — A revogação do mandato tributário só produz efeitos para com a administração tributária quando lhe for notificada.

Por seu lado, o art. 24.º da Lei Geral Tributária (“LGT”), regula a matéria da responsabilidade dos membros de corpos sociais, como se transcreve abaixo:

**Artigo 24.º**

Responsabilidade dos membros de corpos sociais e responsáveis técnicos

1 — Os administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si:

- a) Pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação;
- b) Pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.

2 — A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se aos membros dos órgãos de fiscalização e revisores oficiais de contas nas pessoas colectivas em que os houver, desde que se demonstre que a violação dos deveres tributários destas resultou do incumprimento das suas funções de fiscalização.

3 — A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se aos técnicos oficiais de contas desde que se demonstre a violação dos deveres de assunção de responsabilidade pela regularização técnica nas áreas contabilística e fiscal ou de assinatura de declarações fiscais, demonstrações financeiras e seus anexos.

E o art. 8.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (“RGIT”) determina a responsabilidade civil pelas multas e coimas, como segue:

**Artigo 8.º**

Responsabilidade civil pelas multas e coimas

1 — Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são subsidiariamente responsáveis:

- a) Pelas multas ou coimas aplicadas a infracções por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa colectiva se tornou insuficiente para o seu pagamento;
- b) Pelas multas ou coimas devidas por factos anteriores quando a decisão definitiva que as aplicar for notificada durante o período do exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

2 — A responsabilidade subsidiária prevista no número anterior é solidária se forem várias as pessoas a praticar os actos ou omissões culposos de que resulte a insuficiência do património das entidades em causa.

3 — As pessoas referidas no n.º 1, bem como os contabilistas certificados, são ainda subsidiariamente responsáveis, e solidariamente entre si, pelas coimas devidas pela falta ou atraso de quaisquer declarações que devam ser apresentadas no período

de exercício de funções, quando não comuniquem, por via eletrónica, através do Portal das Finanças, até 30 dias após o termo do prazo de entrega da declaração, à Autoridade Tributária e Aduaneira as razões que impediram o cumprimento atempado da obrigação e o atraso ou a falta de entrega não lhes seja imputável a qualquer título.

4 — As pessoas a quem se achem subordinados aqueles que, por conta delas, cometerem infracções fiscais são solidariamente responsáveis pelo pagamento das multas ou coimas àqueles aplicadas, salvo se tiverem tomado as providências necessárias para os fazer observar a lei.

5 — O disposto no número anterior aplica-se aos pais e representantes legais dos menores ou incapazes, quanto às infracções por estes cometidas.

6 — O disposto no n.º 4 aplica-se às pessoas singulares, às pessoas colectivas, às sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e a outras entidades fiscalmente equiparadas.

7 — (Revogado.)

8 — Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos dos números anteriores, é solidária a sua responsabilidade.

### III — Parecer

#### 1. A responsabilidade pelas dívidas tributárias dos membros de corpos sociais e responsáveis técnicos — art. 24.º da LGT:

O art. 24.º, n.º 1 da LGT, estabelece a responsabilidade subsidiária de administradores, diretores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas coletivas e entes fiscalmente equiparados, pelas dívidas tributárias enunciadas nas alíneas *a)* e *b)* desse dispositivo legal.

No caso da alínea *a)*, ou seja, na responsabilidade pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, a Autoridade Tributária tem o ónus da prova cabendo-lhe provar que foi por culpa dos responsáveis subsidiários que o património da pessoa coletiva se tornou insuficiente para satisfazer as dívidas tributárias.

Já no caso da alínea *b)*, ou seja, na responsabilidade pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, existe uma presunção de culpa, cabendo aos responsáveis subsidiários o ónus da prova, que não lhes é imputável a falta de pagamento das dívidas tributárias.

Por seu turno, o n.º 2 do mesmo artigo alarga a responsabilidade subsidiária pelas dívidas tributárias aos membros dos órgãos de fiscalização e aos revisores oficiais de contas nas pessoas coletivas que os tiverem. Neste caso, o ónus da prova cabe à Autoridade Tributária que tem de demonstrar que a violação dos deveres tributários destes responsáveis subsidiários resultou do incumprimento das suas funções de fiscalização.

Já o n.º 3 do mesmo artigo estabelece a responsabilidade dos técnicos oficiais de contas. Também neste caso, o ónus da prova será da Autoridade Tributária que deve demonstrar a violação dos deveres de assunção de responsabilidade pela regularização técnica nas áreas contabilística e fiscal ou de assinatura de declarações fiscais, demonstrações financeiras e seus anexos.

## 2. A responsabilidade pelas coimas e multas — art. 8.º do RGIT:

O art. 8.º, n.º 1 do RGIT regula a responsabilidade pelas coimas e multas, estabelecendo igualmente a responsabilidade subsidiária dos administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas coletivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas.

No caso da alínea *a*), ou seja, responsabilidade pelas multas ou coimas aplicadas a infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores, verifica-se que a Autoridade Tributária tem o ónus da prova cabendo-lhe provar que foi por culpa dos responsáveis subsidiários que o património da pessoa coletiva se tornou insuficiente para o pagamento das multas ou coimas.

Já no caso da alínea *b*), ou seja, responsabilidade pelas multas ou coimas devidas por factos anteriores quando a decisão definitiva que as aplicar for notificada durante o período do exercício do seu cargo, o ónus da prova pertence aos responsáveis subsidiários.

O n.º 3 do mesmo artigo, alarga a responsabilidade subsidiária e solidariamente entre si, das pessoas referidas no n.º 1, bem como dos contabilistas certificados, pelas coimas devidas pela falta ou atraso de quaisquer declarações que devam ser apresentadas no período de exercício de funções, quando os responsáveis subsidiários não comuniquem, por via eletrónica, através do Portal das Finanças, até 30 dias após o termo do prazo de entrega da declaração, à Autoridade Tributária e Aduaneira as razões que impediram o cumprimento atempado da obrigação e o atraso ou a falta de entrega não lhes seja imputável a qualquer título.

## IV — Conclusões

Do exposto acima decorrem as Conclusões seguintes:

**A.** O exercício por advogado do mandato tributário, nos termos do art. 5.º do CPPT não pode ser subsumido em qualquer das circunstâncias previstas na lei (art. 24.º da LGT e art. 8.º do RGIT) para responsabilização, pelo pagamento, quer de dívidas tributárias quer de coimas ou multas por parte dos responsáveis subsidiários.

**B.** No direito tributário vigora o princípio da legalidade tributária, nos termos do art. 103.º, n.os 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) e também no art. 8.º do RGIT.

**C.** O art. 8.º, n.º 2, alínea *b*), do RGIT prevê expressamente que estão também sujeitas ao princípio da legalidade tributária, a regulamentação das figuras da substituição e da responsabilidade tributárias.

**D.** Ora, na falta de Lei que expressamente preveja a responsabilidade subsidiária pelas dívidas tributárias, multas ou coimas dos mandantes, não podem as mesmas reverter a favor de qualquer advogado no exercício do mandato tributário, sob pena de tais atos de reversão padecerem de inconstitucionalidade por violação do citado artigo da CRP.

Assim, s m o é este o Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados.

Lisboa, 10 de fevereiro 2020

*A Relatora*

CARMO SOUSA MACHADO

Aprovado em reunião Plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 6 de março de 2020

# *Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas*

## PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Sobre o projecto de lei n.º 253/XIV, que aprova regras de transparência aplicáveis a entidades privadas que realizam representação legítima de interesses junto de entidades públicas e procede à criação de um registo de transparência da representação de interesses

*A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias* da Assembleia da República solicita à Ordem dos Advogados o seu parecer quanto ao projecto lei n.º 253/ XIV que visa aprovar “regras de transparência aplicáveis a entidades privadas que realizam representação legítima junto de entidades públicas e procede à criação de um registo de transparência da representação de interesses”.

Anunciam os proponentes que se trata da construção de “um modelo em linha com as soluções das instituições europeias”, sublinhando que “a realidade da União Europeia tem vindo a ser particularmente enriquecida em anos recentes, com o aprofundamento das obrigações de registo de entidades, com um reforço de publicidade e de regras de conduta das entidades que realizam a atividade de representação de interesses e com uma evolução de um modelo de adesão voluntária para uma obrigatoriedade de acesso a instalações e possibilidade de marcação de audiências com as próprias instituições”.

De seguida, recordam o processo legislativo anterior que o Senhor Presidente da República vetou extraindo os proponentes as devidas consequências desse acto com o assumido preenchimento das omissões nele detectadas.

Feito este enquadramento e recordando também no presente parecer os textos dos projectos Lei n.º 734/XIII (Aprova o regime da atividade da atividade profissional de mediação na representação de interesses)

e 735/XIII (Aprova o regime de registo de entidades privadas que realizam representação de interesses), analisemos então o articulado do documento no exercício das atribuições que são próprias da Ordem dos Advogados:

## I. O Título do diploma

*Regras de Transparência aplicáveis a entidades privadas que realizem representação legítima de interesses juntos de entidades públicas e procede à criação de um registo de transparência da representação de interesses*

O legislador confessadamente quis consensualizar num único documento os textos dos dois anteriores projetos (Projectos Lei 734 e 735/XIII) e, talvez por isso, optou por um título cumulativo que não reflete, quanto nós, a melhor redacção jurídica.

Desde logo a menção a “regras de transparência” é desajustada quando o que se pretende, de facto, é a criação de um regime jurídico que vá definir e regular uma atividade desenvolvida por entidades, colectivas ou singulares, sendo por isso remuneradas, que vai definir o seu objecto, direitos e deveres dos sujeitos e ainda sanções pelos eventuais incumprimentos ou violações das normas definidas. Por isso, faria mais sentido ser desde logo o diploma identificado por “Regime jurídico da atividade profissional de representação de interesses junto de entidades públicas”. E, na nossa perspetiva, tanto bastaria para acolher a segunda parte do título proposto, uma vez que o registo de transparência da representação de interesses é condição de exercício dos direitos atribuídos pelo regime jurídico ora em criação. Dito de outro modo, o registo da transparência faz parte integrante deste corpo normativo que o legislador se propõe criar pelo que não carece de ser autonomizado no título.

E mais: sempre de acordo com o texto em apreço, o legislador, de facto, anuncia a criação de um Registo de Transparência da Representação de interesses a funcionar junto da Assembleia da República, mas não o densifica, designadamente, não esclarece qual a sua natureza jurídica, que autonomia administrativa e/ou financeira terá, nem se os poderes de sancionar comportamentos desviantes do preceituado serão por si apreciados e/ ou punidos. Numa palavra: não é uma verdadeira criação de um “registo” — enquanto entidade dotada de um estatuto próprio — mas um

anúncio de criação com identificação de algumas linhas do seu estatuto jurídico como melhor será apreciado no art. 11.º.

O legislador avança também que todas e cada uma das entidades públicas abrangidas por este diploma terão de proceder à criação de um registo de transparência ou de utilizar aquele que é “gerido” — termo do legislador — pela Assembleia da República (cf. art. 4.º), pelo que, de facto, o diploma “cria” — na expressão do legislador — mais do que o registo da Assembleia da República. Na verdade, prevê logo a existência de outros registos.

Por último, importa ter presente que, pela Lei Orgânica n.º 4/ 2019 de 13 de Setembro, foi criada a Entidade para a Transparência e aprovado o seu Estatuto, sendo certo que a sua natureza — órgão independente que funciona junto do Tribunal Constitucional e tem como atribuição a apreciação e fiscalização da declaração única de rendimentos, património e interesses dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, adiante designada por declaração única (cf. art. 1.º do Anexo à identificada Lei Orgânica) — em nada se confunde com o objeto deste projeto legislativo, pelo que também por esta denominação anterior e já existente deveria ser o título revisto.

## II. O Articulado

### Artigo 1.º — Objecto

Em consequência do que supra se defendeu também o corpo do preceito deverá ser alterado passando a constar como objecto o seguinte:

1. “A presente lei estabelece o regime aplicável à interação entre entidades públicas e entidades privadas que pretendam assegurar representação legítima de interesses”.
2. Inalterado.

### Artigo 2.º — Representação legítima de interesses

Na redação da **alínea c) do n.º 3** sugerimos que seja prevista a atividade regulamentar — municipal, de entidades administrativas independentes e de entidades reguladoras, em articulação com o disposto pelos arts. 3.º, 13.º e 14.º do diploma.

Assim, sugere-se:

“c) As atividades em resposta a pedidos de informação diretos e individualizados das entidades públicas ou convites individualizados para assistir a audições públicas ou participar nos trabalhos de preparação de actos legislativos e **regulamentares** ou de políticas públicas”.

#### **Artigo 4.º — Obrigatoriedade de criação de registo**

Sempre de acordo com as apreciações preambulares, somos de parecer que deverá ser revista a designação de “Registo de Transparência de Representação de Interesses (RTRI)”, sugerindo “Registo de Representação de Interesses (RRI)”.

Quer porque assim se evita qualquer confusão com a actividade da Entidade para a Transparência, quer porque o conteúdo efectivo do vocábulo “transparência” ficará assegurado com o registo de *per si*, se este contiver todas as informações previstas pelo legislador.

Consequentemente, a nossa sugestão vai no sentido de ser alterada a redacção do **art. 4.º/1** passando a constar o seguinte:

“As entidades públicas abrangidas pela presente lei ficam obrigadas a, no quadro das suas competências constitucionais e legais, proceder à criação de um registo público e gratuito para assegurar o cumprimento das obrigações constantes da presente lei ou a utilizar o Registo de Representação de Interesses gerido pela Assembleia da República”(1).

E o **n.º 2** deverá ser, também em articulação com o disposto no n.º 1 e com o art. 2.º/3/c), do seguinte teor:

“São automática e oficiosamente inscritas nos Registos a criar todas as entidades que gozam de direito constitucional ou legal de consulta e participação no âmbito dos procedimentos decisórios e **regulamentares** de entidades públicas”.

Sublinhe-se que o disposto no art. 11.º/4 acaba por ser a repetição deste preceito e sublinhe-se também que o legislador não prevê qualquer prazo para a criação do referido Registo de Representação nem prevê sanção se as entidades públicas não o criarem registo ou não utilizarem o RRI

---

(1) Note-se que não nos parece ser particularmente feliz o uso do vocábulo “gerido”, o qual talvez pudesse ser substituído pela expressão “em funcionamento junto da Assembleia da República”.

da AR, o que, naturalmente, prejudicará o objectivo de integridade com a amplitude pretendida pelo diploma, facto que não podemos deixar de assinalar como uma insuficiência do diploma.

Por outro lado, e atendendo à organização do diploma não parece resultar necessária à autonomização do art. 14.º, cujos números poderiam ser absorvidos neste art. 4.º

### **Artigo 5.º — Objecto do registo**

O art. 5.º versa sobre o objeto do registo e, para lá, de estabelecer o que deve o registo conter, regula o cancelamento da inscrição no registo, matéria que, porventura deveria ser objecto de artigo autónomo por não fazer parte daquilo que seja o objecto do registo em si.

Daí que somos de opinião que o n.º 3, alíneas a) e b) deveria integrar o corpo de um artigo próprio e, em qualquer caso, deverá ser promovida a harmonização das figuras jurídicas utilizadas uma vez que o preceito refere como possível sanção o *cancelamento da inscrição* — o que terá um carácter definitivo — mas o art. 9.º, que versa sobre a violação de deveres e as suas consequências, prevê a suspensão, total ou parcial, de um entidade do registo, o que, parece ser passível de uma interpretação menos definitiva, ainda que não esteja também esclarecido o que se entende por “suspensão, total ou parcial, de uma entidade do registo” [cf. art. 9.º/1/a)].

### **Artigo 6.º — Direito das entidades registadas**

O art. 6.º enumera, com recurso a uma cláusula aberta, os direitos das entidades registadas aí incluindo o *direito a apresentar queixas sobre o funcionamento do registo ou sobre o comportamento de outras entidades sujeitas ao registo*.

Julga-se que o legislador pretende identificar o direito de denunciar factos irregulares e que carecem de ser investigados, Sendo que a expressão “direito de apresentar queixa” — importada seguramente da legislação europeia — tem, entre nós, natureza penal e em homenagem ao princípio da intervenção mínima será mais adequado denunciar, pelo que se propõe essa alteração.

A alteração sugerida vai também acompanhada de um reparo: saber quem vai averiguar o fundamento da denúncia apresentada, quem vai tramitar esse procedimento e qual a consequência a extrair: sancionatória ou de melhoria da qualidade e eficácia do procedimento de registo? Qual o órgão ou órgãos competentes para dar sequência? O legislador não esclarece, privando assim o regime da eficácia desejada.

### Artigo 7.º — Deveres das Entidades Registadas

O **art. 7.º** enumera os deveres das entidades registadas sendo que também não o faz de forma preclusiva, pelo que outros, decorrentes da lei e da regulamentação específica, devem ser tidos em conta<sup>(2)</sup>.

Sublinhar apenas que, atendendo à diversidade das entidades públicas a considerar e, particularmente, ao Regime Eleitoral das Autarquias Locais — Lei Orgânica 1/2001, de 14 de agosto há também que considerar a presença de membros de grupos de cidadãos eleitores nos órgãos autárquicos, pelo que a referência na **alínea h)** a “forças políticas representadas em sede parlamentar” deverá ser substituída por outra que melhor espelhe essa realidade, pelo que se sugere “todas as forças políticas e grupos de cidadãos independentes representados em sede parlamentar e **municipal** a informação...”.

### Artigo 8.º — Audiências e consultas públicas

O **art. 8.º**, sob a epígrafe “Audiências e consultas públicas”, estabelece no seu número 4 uma periodicidade de publicação das reuniões mantidas que é, posteriormente e no n.º 7 do art. 11.º, derrogada pela norma especial que atribui ao RRI da AR, justificando, salvo melhor opinião, uma harmonização entre os dois prazos, designadamente por não se compreender, por exemplo que ao Governo ou a qualquer um dos seus Ministérios assista prazo maior para divulgação das reuniões mantidas do que aquele que Assembleia da República tem.

### Artigo 9.º — Violação de deveres

Quanto ao **art. 9.º** é uma das normas que, na nossa perspectiva, mais revela a imperfeição do regime que se pretende estabelecer neste diploma.

Com efeito, versa o preceito sobre a “violação de deveres” e estipula a possibilidade de aplicação “de uma ou **várias** das seguintes sanções:

- a) A suspensão, total ou parcial, de uma entidade do registo;
- b) A determinação de limitações de acesso de pessoas singulares que tenham atuado em sua representação”.

---

<sup>(2)</sup> Sem cuidar aqui de saber se este art. 7.º pode ser visto como uma norma de recepção e, consequentemente, abrir o leque de deveres que, uma vez violados, suscitam aplicação de sanções neste quadro legislativo — cf. art. 9.º.

Desde logo, a linguagem é errónea e sugere uma panóplia de sanções quando na verdade se limitam a duas (sendo que a primeira poderá ser ou não definitiva):

- a) Cancelamento, temporário ou definitivo, do registo da entidade<sup>(3)</sup>;
- b) Limitação de acesso de pessoa singulares que tenham atuado em representação da entidade registada.

Porém, o que entendemos ser mais complexo de superar com simples sugestões de redação para, de forma muitíssimo modesta, contribuir para aprimorar a redação legislativa, é a regulamentação do procedimento sancionatório. A quem caberá o mesmo? Que procedimento instrutório com garantias de defesa será seguido? Como se garante o exercício da defesa? Com recurso para que órgão judicial? O diploma é completamente omissivo e, apesar de ter sido melhorado nesta parte em relação àquele que foi apresentado na legislatura anterior, cremos que esta matéria carece de expressa e imediata regulamentação para que este diploma possa, efetivamente, ser o estatuto de um regime inovador na sociedade portuguesa e absolutamente necessário em nome da credibilidade e qualidade da democracia e das instituições.

### **Artigo 10.º — Incompatibilidades e impedimentos**

O **art. 10.º** é particularmente relevante para a Ordem dos Advogados e para a Advocacia pois estabelece, erradamente desde já se diga, uma incompatibilidade da atividade de representação legítima com o exercício da advocacia [cf. art. 10/2/b)].

A assunção desta premissa pelo legislador não se revela a mais justa para os Advogados e pode ser vista até como cerceadora da sua liberdade de exercício profissional, designadamente, se tivermos presente que o Advogado age sempre na representação de interesses do seu mandante.

Por outro lado, o legislador parece ignorar a regra já constante no art. 83.º/2 da Lei 145/2015, ou seja, o Estatuto da Ordem dos Advogados, norma que, a nosso ver, permite acautelar o objetivo prosseguido e que coloca a inibição do exercício da advocacia no plano do impedimento, ou seja, numa situação pontual, concreta, extraordinária que exige a recusa da prestação de serviços por parte do Advogado.

---

(3) Julgamos ser esta a melhor interpretação da expressão “suspensão, total ou parcial, de uma entidade do registo” em articulação de resto com o já referido a propósito do art. 5.º/3/b).

Julgamos que há que distinguir, como é feito no **Acordo Interinstitucional sobre a criação de um registo comum em matéria de transparência celebrado entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia de Abril de 2014**<sup>(4)</sup>, entre o *impedimento* que existirá quando o Advogado exerce mandato em representação do Constituinte e com vista à obtenção de informação ou influência do caso concreto, daquelas situações em que o Advogado visa, com o seu desempenho, contribuir para a definição de uma nova política necessária ao bom funcionamento das Instituições e o Governo da comunidade.

As referidas instituições europeias acordaram em que:

*10. As atividades relativas à prestação de aconselhamento jurídico ou de outra natureza profissional não estão abrangidas pelo registo, na medida em que:*

*— consistam em trabalhos de consultadoria e em contactes com organismos públicos destinados a informar melhor os clientes acerca de uma situação jurídica geral ou da sua situação jurídica concreta, ou a aconselhá-los quanto à adequação de uma diligência legal ou administrativa ou quanto à sua admissibilidade no âmbito do quadro legal e regulamentar vigente;*

*— consistam em conselhos dados nos clientes para os ajudar a certificar-se que as suas atividades cumprem a legislação aplicável;*

*— consistam em análises e estudos preparados para os clientes sobre o impacto potencial de alterações legislativas ou regulamentares em relação à sua situação jurídica ou ao seu setor de atividades;*

*— consistam numa representação no âmbito de um processo de conciliação ou de mediação destinado a evitar que um litígio seja submetido a um órgão judicial ou administrativo; ou*

*— se relacionem com o exercício do direito fundamental de um cliente a um julgamento justo, nomeadamente o direito de defesa em processos administrativos, tais como as atividades exercidas por advogados ou por outros profissionais nesses processos.*

*Se uma empresa e os respetivos consultores forem parte numa diligência ou num processo judicial ou administrativo concreto, as atividades diretamente relacionadas com o caso, que não tenham por objetivo intrínseco alterar o enquadramento legal existente, não*

---

(4) Publicado no JO 19.092014.

*estão abrangidas pelo registo. O presente parágrafo aplica-se a todos os setores de atividade na União.*

*Todavia, as atividades a seguir enumeradas, relativas à prestação de aconselhamento jurídico ou de outra natureza profissional, estão abrangidas pela registo, na medida em se destinem a influenciar as instituições da União, os seus membros ou os assistentes destes, ou os seus funcionários e outros agentes:*

— *a prestação de apoio através de representação ou mediação, ou o fornecimento de material promocional, incluindo argumentação e redação de textos; e*

— *a prestação de aconselhamento tático e estratégico, incluindo o levantamento de questões cujo âmbito e cujo momento de comunicação visem influenciar as instituições da União, os seus membros ou os assistentes destes, ou os seus funcionários e outros agentes.*

Entendemos que a solução do legislador europeu é mais justa, adequada e garante o exercício quer da profissão de Advogado, quer da regulação devida à representação de interesses colectivos que tantas vezes são os Advogados quem melhor os sabe interpretar e defender. Naturalmente que, a representação do interesse individual ou concreto tem lugar noutros espaços e com outras regras, designadamente o sigilo, o qual, manifestamente aqui não pode ter lugar.

Como recorda a **S.<sup>ra</sup> D.<sup>ra</sup> Susana Duarte Coroado**, investigadora do Instituto de Ciências Sociais, em artigo de opinião **publicado no BOA de Maio de 2019**:

*Os advogados são provavelmente dos profissionais melhor preparados para compreender os pormenores técnicos da legislação e da contratação pública e, em nome dos seus clientes, contactar deputados e membros do governo para discutir a sua redação. Na realidade, o exercício do lóbi é em muito semelhante à prática da advocacia, uma vez que também se trata de uma actividade de intermediação e representação de clientes.*

Por tudo isto, a Ordem dos Advogados não sanciona positivamente esta discriminação negativa da nossa profissão e não considera, de todo, justificada a consagração legal desta incompatibilidade.

Mas, o **número 1 do art. 10.º** acaba também por revelar desacerto entre soluções legislativas, designadamente o disposto no art. 10.º da **Lei**

**52/2019 — Aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos** — que acaba por ter uma extensão de aplicação superior àquela que o projecto legislativo apresenta, o que, na economia de todo o diploma, não aparenta ser o objectivo final.

Com efeito, a **Lei 52/2019** prevê que:

#### **Artigo 10.º**

Regime aplicável após cessação de funções

1 — Os titulares de cargos políticos de natureza executiva não podem exercer, pelo período de três anos contado a partir da data da cessação do respetivo mandato, funções em empresas privadas que prossigam atividades no setor por eles diretamente tutelado e que, no período daquele mandato, tenham sido objeto de operações de privatização, tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual, ou relativamente às quais se tenha verificado uma intervenção direta do titular de cargo político.

2 — Excetua-se do disposto no número anterior o regresso à empresa ou atividade exercida à data da investidura no cargo.

3 — Os titulares referidos na alínea *b*) do n.º 2 do art. 3.º não podem exercer funções nas entidades adquirentes ou concessionárias nos três anos posteriores à data da alienação ou concessão de ativos em que tenham tido intervenção.

4 — Os titulares de cargos políticos de natureza executiva não podem exercer, pelo período de três anos contado a partir da data da cessação do mandato, quaisquer funções de trabalho subordinado ou consultadoria em organizações internacionais com quem tenham estabelecido relações institucionais em representação da República Portuguesa.

5 — Excetua-se do disposto no número anterior o exercício de funções:

- a*) Nas instituições da União Europeia;
- b*) Nas organizações do sistema das Nações Unidas;
- c*) Decorrentes de regresso a carreira anterior;
- d*) Em caso de ingresso por concurso;
- e*) Em caso de indicação pelo Estado Português ou em sua representação.

Porém, o art. 10.º do projecto de lei em análise impede os titulares de cargos políticos e altos cargos públicos de se dedicarem a actividades de representação de interesses junto da pessoa colectiva ou ministério de cujo órgão foi titular durante um período de três anos contados desde o fim do seu mandato, pelo que, no confronto dos dois articulados julgamos que a proposta legislativa fica aquém daquele que é hoje o impedimento estipulado, designadamente, no número 4 do art. 10.º da Lei 52/2019, pelo que carece de, melhor harmonização legislativa.

Por último, o preceito não inclui no regime dos impedimentos e incompatibilidades os trabalhadores em funções públicas que, nos termos do **art. 22.º da Lei 35/2014** podem cumular as funções públicas com acti-

vidades privadas, existindo alguma discricionariedade na apreciação da admissibilidade de cumulação — cf. arts. 22.º/1 e *maxime* n.º 2 da identificada LGTFP, matéria que, na nossa perspectiva e atendendo aos objectivos perseguidos pelo legislador, carecia de ser revisitada, sugerindo o estabelecimento expresso de incompatibilidade da actividade de representação legítima de interesses com o exercício de funções públicas em articulação com as proibições específicas previstas no art. 24.º da LGTFP.

### **Artigo 12.º — Códigos de Conduta**

De igual modo o **art. 12.º** prevê a adopção de Códigos de Conduta das entidades públicas. Ora, muitas delas já deveriam, nesta altura, ter tais instrumentos aprovados atento o disposto no art. 25.º/6 da referida Lei 52/2019, pelo que faria sentido, de novo, alguma harmonização legislativa por remissão para este diploma legal já em vigor.

E, porventura, seria igualmente relevante e pertinente que o legislador previsse a adopção de códigos de conduta para as entidades que se dedicam à representação de interesses, por forma a obter mais um contributo para a prosseguida transparência.

### **Algumas notas finais que nos parecem ser devidas**

i) Perpassa todo o diploma aquilo que se crê ser uma confusão do legislador no uso da expressão de “representação legítima de interesses” e “representação de interesses legítimos”. A primeira parece-nos a expressão correcta: o diploma visa regular a atividade daqueles que procuram representar, intercedendo, apresentando, defendendo, num quadro legal e supervisionado, os interesses de terceiros junto de entidades públicas com funções legislativas e/ou decisórias. E, para esses, os interesses serão legítimos, porque serão aqueles por si prosseguidos. Contudo, é a representação que é legítima por estar regulada pela lei e não os interesses que são legítimos, até porque se desconhecem quais sejam. Apenas são aferidos através de quem os tenta defender junto do legislador ou decisor.

Consequentemente, entendemos que a melhor redacção aconselha a eliminar a expressão interesses legítimos — muito ligada, aliás, ao RGPD — e substituí-la, sempre que se justifique, por *representação legítima de interesses*.

ii) Para melhor aplicação da lei, julgamos ser útil que se precisem alguns conceitos que poderão trazer maior assertividade e até transparência ao regime proposto.

A definição legal de conceitos como “contrato de representação de interesses” que incluiria também a definição de obrigações perante quem é representado junto das entidades públicas, assim se percebendo melhor os interesses, de facto, prosseguidos e contribuindo, efetivamente, para a transparência dos procedimentos.

A exigência de código conduta às entidades representantes de interesses para valorizar a sua actividade num plano que não é exclusivamente sancionatório se não forem observadas as regras, mas enquadrando-a no plano de princípios civilizacionais que devem ser observados.

iii) A introdução de procedimentos mais densificados e de maior visibilidade da prosseguida transparência: o débil quadro sancionatório que não prevê, por exemplo, aplicação de sanções pecuniárias ou a reincidência como factor de ponderação; o estabelecimento de reciprocidade de informação das entidades de representação de interesses das atividades desenvolvidas uma vez que não há um registo único e, conseqüentemente, é impossível aferir globalmente da actividade desenvolvida por uma entidade, prejudicando a apreciação da coerência e consistência da sua actuação; a identificação em cada acto normativo ou regulamentar da participação/audição das entidades representantes de interesses.

iv) Este projecto versa sobre matéria onde há muito e por muitos era reclamada a regulação. O denominado *lobby*, definido pelos autores como “esforço deliberado de influenciar o exercício do poder público”, é, em Portugal e até à presente data, uma actividade informal, sem regulação normativa específica.

O legislador propôs-se regular aquela que parece ser uma legítima forma de intervir, participar, influenciar os procedimentos decisórios, por parte de quem tem interesse nos mesmos. Note-se que, a uma escala mais circunscrita, esta é também manifestação do princípio da participação que encontra espaço em vários domínios do nosso ordenamento jurídico. Se na administração pública, ao administrado é assegurada a sua participação, também no processo normativo e/ou decisório aos interessados o deve ser, tendo estes um interesse próprio, um conhecimento melhor, uma qualificação específica. É esta intervenção, escrutinável, como é próprio das democracias, que o legislador vem propor, medida que se aplaude.

Porém, se não for a medida corretamente elaborada e densificados conceitos e procedimentos que garantam, *ab initio*, o êxito da proposta — sem prejuízo das naturais revisões que o avanço do conhecimento determina —, cremos que será um passo atrás numa conquista civilizacional de qualificação da democracia e do melhor exercício de cidadania próprio das Repúblicas modernas. Legislar é regular o existente, mas é também antever o futuro e rever as soluções que melhor se lhe ajustem, beneficiando, neste caso em concreto, das experiências de outros ordenamentos jurídicos e de outras comunidades.

Por tudo isto, entendemos que o projecto de diploma deve ser reapreciado, ponderando este e outros contributos que porventura cheguem ao legislador, antes da sua votação final.

Este é, à luz do disposto pelo art. 3.º, alíneas *a)*, *i)* e *j)* do EOA, o nosso parecer.

Barreiro, 17 de maio de 2020

MADALENA ALVES PEREIRA

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados



## Vida Interna

Primeira alteração ao Estatuto da Ordem dos Advogados para clarificar as competências do Conselho Fiscal compatibilizando-as com os arts. 41.º e 42.º do Estatuto da Ordem dos ROC de forma a ser possível a Certificação Legal de Contas

### ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

#### **Lei n.º 23/2020, de 6 de julho**

Revê o estatuto remuneratório do Revisor Oficial de Contas que integra o respetivo Conselho Fiscal, procedendo à primeira alteração ao Estatuto da Ordem dos Advogados.

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

#### **Artigo 1.º**

##### Objeto

A presente lei procede à primeira alteração ao Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, revendo o

estatuto remuneratório do Revisor Oficial de Contas que integra o respectivo Conselho Fiscal.

### **Artigo 2.º**

#### Alteração ao Estatuto da Ordem dos Advogados

Os artigos 15.º, 49.º e 182.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, passam a ter a seguinte redação:

### **Artigo 15.º**

[...]

1 — [...].

2 — [...].

3 — [...].

4 — O Revisor Oficial de Contas que integra o Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados é remunerado pelo exercício da atividade de revisão legal de contas.

### **Artigo 49.º**

[...]

1 — [...]:

a) [...];

b) Apreciar e emitir parecer sobre o orçamento, relatório de atividades e contas anuais, após a sua certificação legal, nos termos previstos no n.º 8 do artigo 182.º, da Ordem dos Advogados;

c) [...];

d) [...].

2 — [...]:

### **Artigo 182.º**

[...]

1 — [...].

2 — [...].

3 — [...].

4 — [...].

5 — [...].

6 — [...].

7 — [...].

8 — As contas do exercício, logo que elaboradas pelo órgão competente, devem ser objeto de certificação legal das contas, a emitir pelo Revisor Oficial de Contas, no prazo de 30 dias.

9 — [...].

### **Artigo 3.º**

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Aprovado em 28 de maio de 2020,

*O Presidente da Assembleia da República*

EDUARDO FERRO RODRIGUES

Promulgada em 26 de junho de 2020.

Publique-se.

*O Presidente da República*

MARCELO REBELO DE SOUSA

Referendada em 29 de junho de 2020.

*O Primeiro-Ministro*

ANTÓNIO LUÍS SANTOS DA COSTA.



# QUESTIONÁRIO AOS ADVOGADOS

## Situação dos advogados portugueses em tempo de pandemia por Covid-19

### **Introdução**

A Ordem dos Advogados elaborou um questionário dirigido a todos os Advogados com o objectivo de avaliar a sua situação profissional no contexto da grave crise pandémica Covid-19.

As respostas ao questionário foram recolhidas entre o dia 30 de Abril e o dia 8 de Maio de 2020 através do preenchimento do formulário disponível no portal da Ordem dos Advogados. De referir que o Estado de Emergência teve início a 18 de Março e cessou a 3 de Maio, tendo sido decretada a situação de calamidade a partir de 4 de Maio. Ao que acresce a suspensão dos prazos processuais, com excepção dos processos urgentes desde o dia 12 de Março, data de aprovação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

### *Análise dos resultados*

Foram recebidas 4560 respostas entre os 33 590 Advogados com inscrição em vigor aos quais foi feito o envio, através do *e-mail* profissional, do link para resposta ao questionário. Considerando que o questionário era de acesso livre poderemos apontar, face à análise dos resultados, para a existência de 20 a 30 respostas duplicadas, as quais reflectem uma margem de erro sem expressão atendendo ao número de respostas recebidas.

No universo desta amostra e em consonância com a tendência sentida nos últimos anos, predominam as Advogadas (58,8% de respostas do sexo feminino, e 41,2% do sexo masculino).

As idades mais representadas são as do grupo etário dos 40 aos 50 anos (40,6%) seguido da faixa etária 50-60 anos (23,5%). O grupo representa assim, na sua maioria, advogados experientes, regra geral com mais de 20 anos de prática da advocacia.

A grande maioria dos Advogados mais de 85% (3949 Advogados), optou pelo regime simplificado de IRS, sendo de 13,4 a percentagem dos que optaram pela contabilidade organizada e verifica-se, no que diz respeito ao **rendimento**, que 47,4% dos Advogados indicam auferir anualmente um valor inferior a 12 500€, valor que está próximo dos 41,7% que situam o seu rendimento anual entre os 12.500€ e 40.000€. Se considerarmos a distribuição etária para este parâmetro veremos que entre os 40 e 50 anos estes dois escalões praticamente coincidem no número de respostas, embora noutras faixas etárias haja desequilíbrios a considerar.

Quanto ao tipo de prática da Advocacia a larga maioria dos Advogados que responderam ao questionário são Advogados em prática individual (88,1%, ou seja, 3879 respostas), seguindo-se com um número bastante inferior os Advogados inseridos em sociedades de advogados (10,6%, 466 respostas) e apenas 3,5% os Advogados de Empresa (159 respostas). Registamos ainda 56 respostas (1,3%) de Advogados que se inserem na grande maioria em regime misto de exercício da advocacia, isto é, prática individual e colaboração com subordinação ou em sociedade. A distribuição por faixa etária quanto ao tipo de prática revela que em todas as faixas etárias a prática individual é maioritária, embora nos jovens Advogados com idade inferior a 30 e até aos 50 anos, a prática societária tenha expressão, ainda que reduzida.

A actividade principal dentro da prática da Advocacia é na maioria a prática forense, 2927 Advogados identificaram esta como a sua principal actividade o que corresponde a 64,2%. O Acesso ao Direito (SADT) é a actividade principal de 908 dos Advogados que responderam, representando 19,9%, ou seja, um quinto dos 4560 Advogados. A consulta jurídica e a prática em regime misto são significativas, não tendo a arbitragem expressão ou sendo residual neste universo dos Advogados.

No período de confinamento, apenas 5,6% dos Advogados não sentiram qualquer decréscimo na sua actividade, sendo que a maioria, 54,5%, viu a actividade parcialmente parada e 39,9% identificaram uma paragem total.

Os Advogados cuja actividade foi parcialmente afectada, estimam que essa interrupção seja maior do que 50% da sua actividade habitual (1074 Advogados, 43,2%), ou entre 25% a 50% (918 Advogados, 37%).

No que diz respeito à estimativa geral de redução de rendimento/honorários durante o período de confinamento, em comparação com a

actividade normalmente exercida, 1845 Advogados (40,5%) indicam que terão uma redução de rendimentos de 50%, número este muito próximo dos 1642 Advogados (36,0%) que estimam uma redução de rendimento de 100%. Estes dados revelam uma grande fragilidade no que respeita ao exercício da Advocacia, actividade muito susceptível a alterações anormais de circunstâncias, que se agrava com a ausência sentida por estes Advogados de mecanismos de apoio, quer do Estado, quer das instituições de que são membros (a Ordem dos Advogados e a Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores), sentimento revelado nas respostas a perguntas abertas.

Na verdade apenas 10,8% dos Advogados (491 respostas) não sentiram qualquer redução de rendimento/honorários no período do Estado de Emergência, que teve início a 18 de Março.

No total, 85,1% dos Advogados que responderam indicam que não lhes foi possível manter durante o confinamento a remuneração habitual, sendo que apenas 8,9% afirmam que a situação actual não afectou os seus rendimentos.

Analisando os valores referentes ao grupo Advogados em prática individual, 69% estimam uma perda de mais de 50% de rendimento, bastante superior aos 40% referidos pela totalidade dos Advogados que responderam ao questionário. Este facto estará provavelmente relacionado com a suspensão de prazos e a ausência de processos judiciais em curso, que representam a suspensão da actividade dos Advogados que exercem em prática individual, mais dependentes do seu trabalho diário e continuado junto de clientes privados, em grande parte. Muitos referem “que sem clientes não há trabalho” “não há nada a fazer, só aguardar pela reabertura dos Tribunais”.

No grupo dos Advogados de Empresa, 123 referem ter a actividade profissional parcialmente parada, 93 mantêm inalterada a sua actividade e 45 pararam a sua actividade. Nestes casos, o teletrabalho surge como a situação maioritária, tendo também sido referido a assistência à família e menores como motivo de suspensão da actividade na empresa, para além, em número menos significativo, do regime de *lay-off* parcial.

As respostas referentes às Sociedades de Advogados e Advogados associados revelaram que a maioria destas têm entre 2 a 5 sócios. Quando confirmada a existência de advogados associados, o número destes é na maior parte dos casos inferior a 5. Quanto a funcionários em geral, a maioria das sociedades tem entre 1 e 2 colaboradores.

Quando questionados sobre as medidas já tomadas, durante este período de confinamento, em relação aos Advogados e Advogados Asso-

ciados, as respostas apontam essencialmente para o recurso ao teletrabalho (66,0% dos Advogados), o encerramento do escritório/actividade, a não distribuição de prémios aos sócios, a redução de vencimentos/honorários/avenças; a aplicação de medidas de distanciamento e protecção de acordo com as indicações da DGS para manter o escritório em funcionamento (cerca de 10,7% das respostas) e o recurso ao *lay-off*. Uma percentagem significativa de Advogados declara não ter adoptado nenhuma medida em especial (11,5%).

Relativamente aos colaboradores das sociedades de advogados, foram preferencialmente colocados em regime de Teletrabalho (48,9%). 15,3% passaram a um regime de trabalho a tempo parcial ou de rotatividade no escritório, com aplicação de medidas de protecção e segurança, de acordo com as instruções da DGS. Salienta-se também que 13,1% das sociedades optou pelo *lay-off* dos funcionários e apenas 1,6% pela redução da sua remuneração.

Questionados sobre as dificuldades sentidas com o pagamento das despesas profissionais, salienta-se que um quarto dos inquiridos (25,1%) optou por não responder. Daqueles que responderam 12,4% declara não ter conseguido pagar nenhuma das suas despesas profissionais correntes (CPAS, rendas dos escritórios e despesas associadas) e 48,6% conseguiram honrar todos os seus compromissos profissionais. Tratando-se esta de uma resposta aberta, é de salientar que a grande maioria dos Advogados que afirmam ter conseguido pagar pontualmente os encargos decorrentes da profissão, mencionam expressamente o enorme esforço e sacrificio pessoal que isso representou, muitas vezes só possível através de poupanças ou empréstimos contraídos para o efeito. Também dentro do universo destes Advogados, foram muitos os que declararam ter conseguido pagar apenas recorrendo a ajuda de familiares (4,8%) e, por último, muitos mencionam ainda achar impossível continuar a manter a mesma situação e honrarem esses compromissos no corrente mês de maio.

À pergunta “O que está a pensar fazer para resolver a situação?” 51% dos Advogados inquiridos optou por não responder. As respostas obtidas dividiram-se entre o equacionar do encerramento da actividade/mudança de profissão/procurar emprego; aguardar o retorno à normalidade e a melhoria da situação (o objectivo com maior consenso, com 23,8% das respostas); incrementar a actividade no futuro ou diferir o pagamento das despesas ou responsabilidades. Da análise desta questão salienta-se que uma parte dos Advogados requerem e aguardam que a Ordem dos Advogados e/ou a Caixa de Previdência dos Advogados, com maior expectativa/exigência para esta última, encontrem uma solução que lhes permita ultrapassar ou mitigar as

dificuldades vividas. Muitos dos Advogados referem ter recorrido a poupanças e/ou ajuda de familiares, e até a empréstimos bancários, para fazer face às despesas profissionais. Noutros casos, escrevem que poderão deixar de pagar algumas despesas, entre elas, a contribuição para a CPAS.

Existe algum optimismo no retorno à actividade, embora alguns se digam impedidos face à assistência a filhos em idade escolar. São poucos os que manifestam estratégias de incremento da actividade no futuro, menos que os que manifestam vontade de procurar outras alternativas, fora da Advocacia.

Aproximadamente 80% das respostas referentes às principais dificuldades apontadas actualmente no exercício da profissão no período de confinamento resultam da conjugação da Diminuição de trabalho/Falta de clientes com o Encerramento dos Tribunais/Suspensão de prazos, e os encargos financeiros da actividade que representam 33,8% das respostas, isto é, 1541. Ao que acrescem os valores individuais de cada uma destas dificuldades, no total de 3691 respostas. Só residualmente são indicados como dificuldade neste período, e de forma isolada, os encargos financeiros com a actividade (219 respostas — 4,85%) e o encerramento dos tribunais/suspensão de prazos (278 respostas — 6,1%).

No que diz respeito às dificuldades de realização de julgamentos à distância ou presenciais grande maioria dos Advogados indicou os meios tecnológicos disponibilizados pelos Tribunais (2679), nalguns casos conjugados com outras das dificuldades referenciadas. O cumprimento das recomendações de saúde pública é uma preocupação de 815 Advogados, 360 consideram existir maior possibilidade de adiamento de diligências, 418 encontram-se impedidos por assistência a filhos em idade escolar e apenas 288 escolheram outras causas, não especificadas.

No âmbito das Medidas excepcionais adoptadas pelo Governo a opinião dos advogados é diversa atendendo ao facto da maioria dessas medidas não se aplicarem à sua circunstância.

O alargamento da moratória no crédito à habitação apresenta uma classificação muito equilibrada, no total 29% dos Advogados estão moderadamente satisfeitos com esta medida.

Ao contrário, 61% estão totalmente insatisfeitos com a aplicação das medidas destinadas aos trabalhadores independentes, em particular, pela ausência de medidas do Governo destinadas a apoiar aos Advogados. Também quanto às Obrigações Fiscais durante a crise pandémica a que estão vinculados, os Advogados manifestaram grande descontentamento pelas medidas adoptadas, 38,9% totalmente insatisfeitos e 28,2% declararam estar moderadamente satisfeitos.

A suspensão de prazos processuais mereceu bom acolhimento por parte dos Advogados inquiridos, 1380 (30,3%) mostraram-se moderadamente satisfeitos, 1169 (25,6%) satisfeitos e 1043 (22,9%) muito satisfeitos.

*Em resumo,*

Os Advogados e as Advogadas que responderam ao questionário têm maioritariamente entre 40 aos 50 anos (40,6%), são regra geral Advogados experientes, com mais de 20 anos de prática da advocacia. Uma maioria muito significativa 85% optou pelo regime simplificado de IRS, tendo 47,4% dos Advogados indicado auferir anualmente um valor inferior a 12 500€, valor próximo dos 41,7% que situam o seu rendimento anual entre os 12.500€ e 40.000€.

A larga maioria dos Advogados exercem em prática individual (88,1%, ou seja, 3879 respostas), seguindo-se os Advogados inseridos em sociedades de advogados (10,6%, 466 respostas) e apenas 3,5% os Advogados de Empresa (159 respostas). 64,2% Advogados (2927 respostas) indicam ser a prática forense a sua principal actividade, seguidos de 908 Advogados, ou seja, 19,9% que dizem ter o Acesso ao Direito (SADT) como principal actividade.

Quando analisadas as respostas relativas à estimativa geral de redução de rendimento/honorários durante o período de confinamento 1845 Advogados (40,5%) indicam prever uma redução de rendimentos de 50%, número próximo dos 1642 Advogados (36,0%) que estimam uma redução de rendimento de 100%. No caso de Advogados em prática individual 69% estimam uma perda de mais de 50% de rendimento, bastante superior aos 40% referidos pela totalidade dos Advogados que responderam ao questionário.

Questionados sobre as dificuldades sentidas com o pagamento das despesas profissionais, um quarto dos inquiridos (25,1%) optou por não responder. Daqueles que responderam 12,4% declara não ter conseguido pagar nenhuma das suas despesas profissionais correntes e 48,6% conseguiram honrar todos os seus compromissos profissionais. Neste último caso, é de salientar que a grande maioria dos Advogados que afirmam ter conseguido pagar pontualmente os encargos decorrentes da profissão, mencionam expressamente o enorme esforço e sacrifício pessoal assim como o recurso a ajuda de familiares.

51% dos Advogados inquiridos optou por não responder à pergunta “O que está a pensar fazer para resolver a situação?”. As respostas obtidas dividiram-se entre o equacionar do encerramento da actividade / mudança

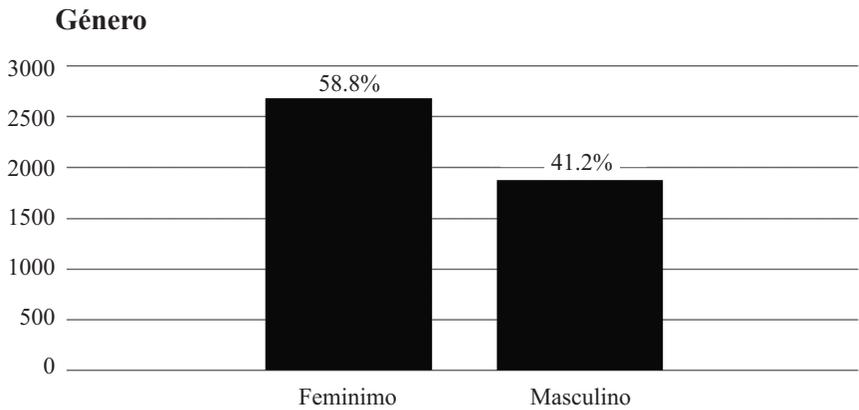
de profissão / procurar emprego; aguardar o retorno à normalidade e a melhoria da situação (o objectivo com maior consenso, com 23,8% das respostas); e ainda, incrementar a actividade no futuro ou diferir o pagamento das despesas ou responsabilidades. Aparentemente existe algum optimismo no retorno à actividade, embora alguns se digam impedidos face à assistência a filhos em idade escolar. São poucos os que manifestam estratégias de incremento da actividade no futuro, menos que os que manifestam vontade de procurar outras alternativas, fora da Advocacia.

A Diminuição de trabalho/Falta de clientes; o Encerramento dos Tribunais/Suspensão de prazos, e os encargos financeiros da actividade, cumulativamente, foram indicados por aproximadamente 80% dos Advogados como as principais dificuldades para o exercício da profissão no período de confinamento. Só residualmente são indicados como dificuldade neste período, e de forma isolada, os encargos financeiros com a actividade (219 respostas — 4,85%) e o encerramento dos tribunais/suspensão de prazos (278 respostas — 6,1%).

Já quanto às dificuldades de realização de julgamentos à distância ou presenciais 58,8% dos Advogados (2679) indicaram os meios tecnológicos disponibilizados pelos Tribunais como a principal dificuldade). O cumprimento das recomendações de saúde pública é uma preocupação de 815 Advogados, 360 consideram existir maior possibilidade de adiamento de diligências, 418 encontram-se impedidos por assistência a filhos em idade escolar e apenas 288 escolheram outras causas, não especificadas.

**Parte 1**  
*Identificação do público-alvo*

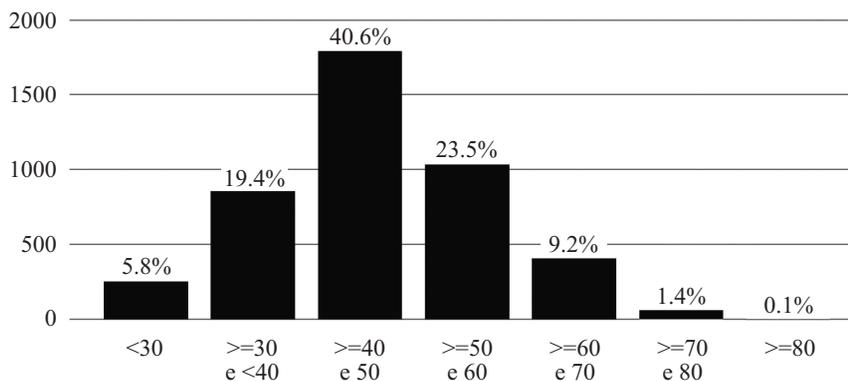
**Questão 1**



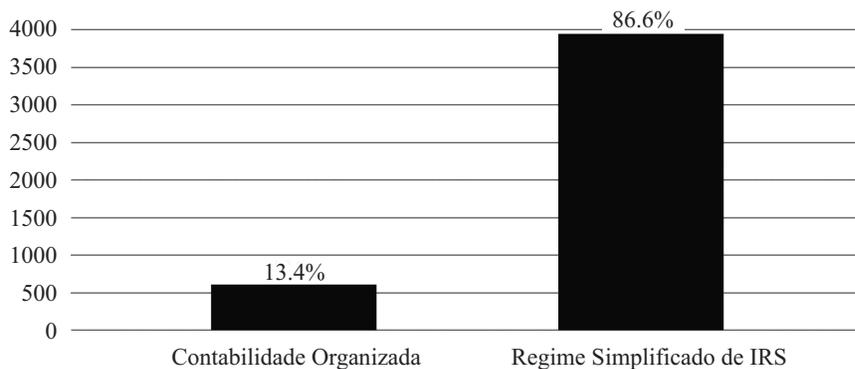
<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Feminino</b>	2682	58.8%
<b>Masculino</b>	1878	41.2%

## Questão 2

**Qual a sua idade?**



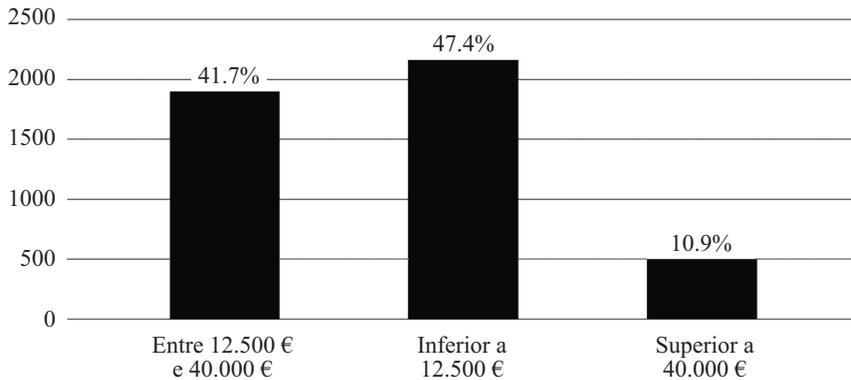
<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<30	255	5.8%
>=30 e <40	857	19.4%
>=40 e <50	1791	40.6%
>=50 e <60	1035	23.5%
>=60 e <70	406	9.2%
>=70 e <80	63	1.4%
>=80	4	0.1%

**Questão 3****Qual o seu regime fiscal?**

<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Contabilidade Organizada</b>	611	13.4%
<b>Regime Simplificado de IRS</b>	3949	86.6%

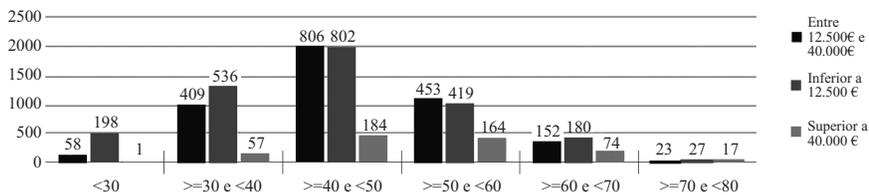
### Questão 4

**Em 2019, o seu rendimento foi:**



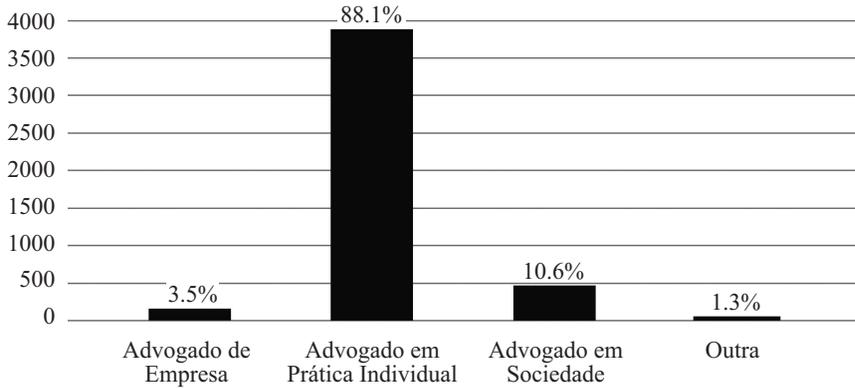
Tipo	Quantidade	Percentagem
Entre 12.500 € e 40.000 €	1901	41.7%
Inferior a 12.500 €	2162	47.4%
Superior a 40.000 €	497	10.9%

**Rendimento | Distribuição por faixa etária**



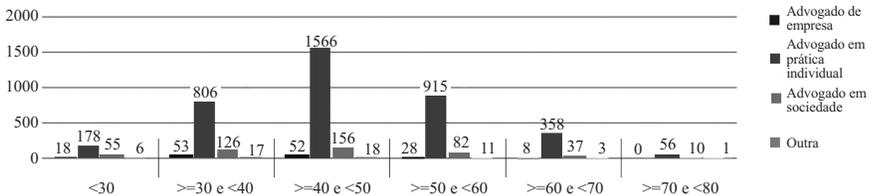
## Questão 5

### Em que tipo de prática da Advocacia se insere?

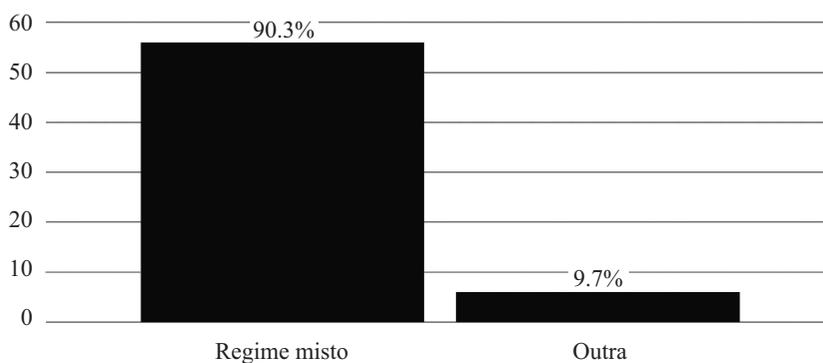


Tipo	Quantidade	Porcentagem
Advogado de Empresa	159	3.5%
Advogado em Prática Individual	3879	88.1%
Advogado em Sociedade	466	10.6%
Outra	56	1.3%

### Tipo de prática de Advocacia | Distribuição por faixa etária



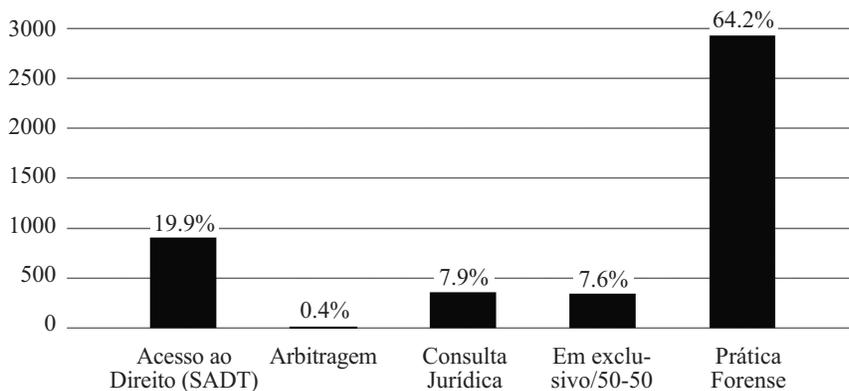
Se respondeu outra, indique qual:



Tipo	Quantidade	Porcentagem
<b>Regime misto: prática individual e colaboração com subordinação ou em sociedade</b>	56	90.3%
<b>Outra</b>	3	9.7%

## Questão 6

**Qual a sua actividade principal dentro da prática da Advocacia?**



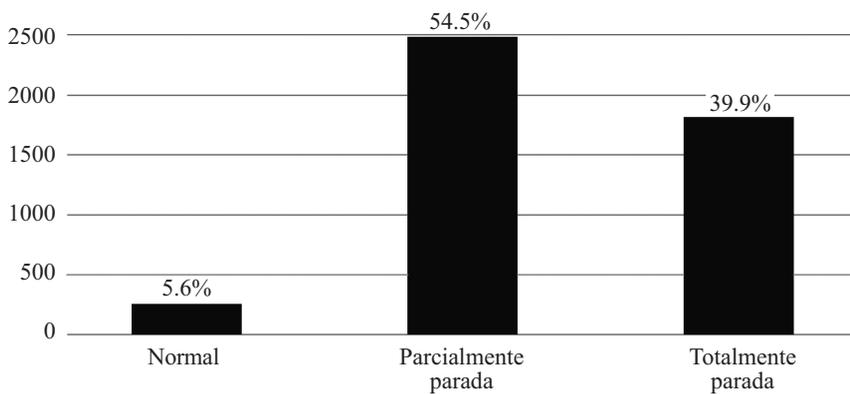
<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Percentagem</b>
<b>Acesso ao Direito (SADT)</b>	908	19.9%
<b>Arbitragem</b>	18	0.4%
<b>Consulta Jurídica</b>	360	7.9%
<b>Em exclusivo/50-50</b>	347	7.6%
<b>Prática Forense</b>	2927	64.2%

## Parte 2

### Situação do Advogado e da sua actividade profissional

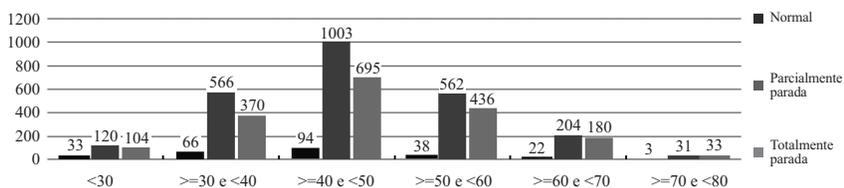
#### Questão 7

Neste período de confinamento, a sua actividade profissional está:



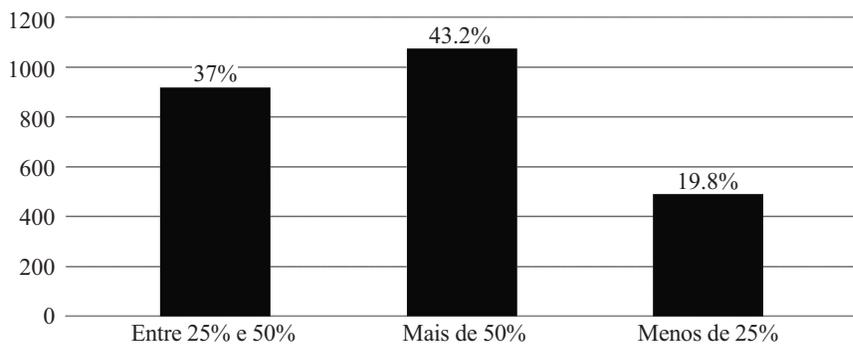
Tipo	Quantidade	Porcentagem
Normal	256	5.6%
Parcialmente parada	2486	54.5%
Totalmente parada	1818	39.9%

#### Confinamento | Distribuição por faixa etária



**Questão 7.1**

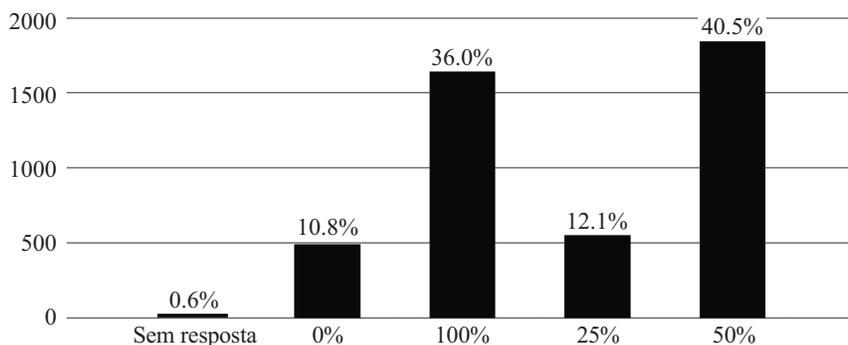
Se respondeu “parcialmente parada”, indique a percentagem:



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Percentagem</b>
<b>Entre 25% e 50%</b>	918	37.0%
<b>Mais de 50%</b>	1074	43.2%
<b>Menos de 25%</b>	492	19.8%

## Questão 7.2

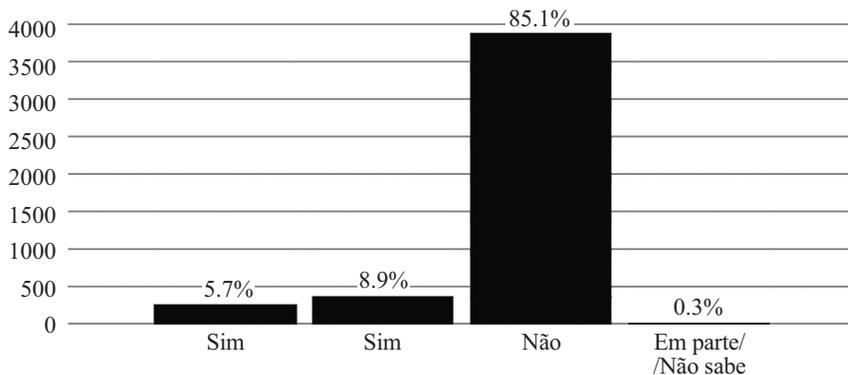
**Durante o período de confinamento estima uma redução de rendimento/ honorários, comparativamente à actividade normalmente exercida (100%) de:**



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Sem resposta</b>	28	0.6%
<b>0%</b>	491	10.8%
<b>100%</b>	1642	36.0%
<b>25%</b>	554	12.1%
<b>50%</b>	1845	40.5%

### Questão 7.3

**É-lhe possível manter, durante o confinamento, a sua remuneração habitual?**



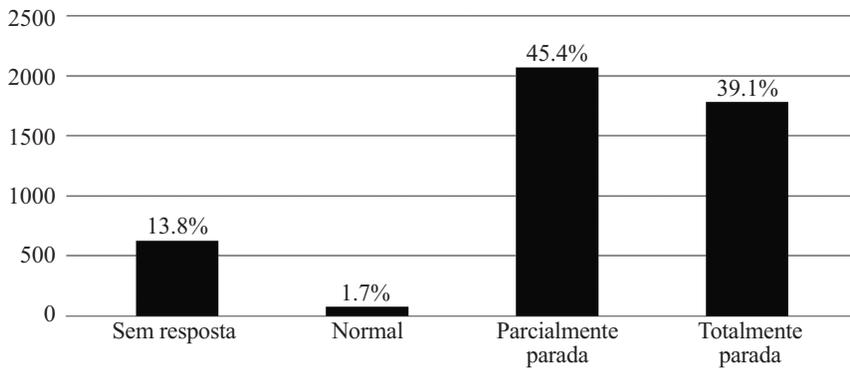
<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Sem resposta</b>	258	5.7%
<b>Sim</b>	408	8.9%
<b>Não</b>	3882	85.1%
<b>Em parte / Não sabe</b>	12	0.3%

### Parte 3

#### *Advogados em prática individual*

#### Questão 8

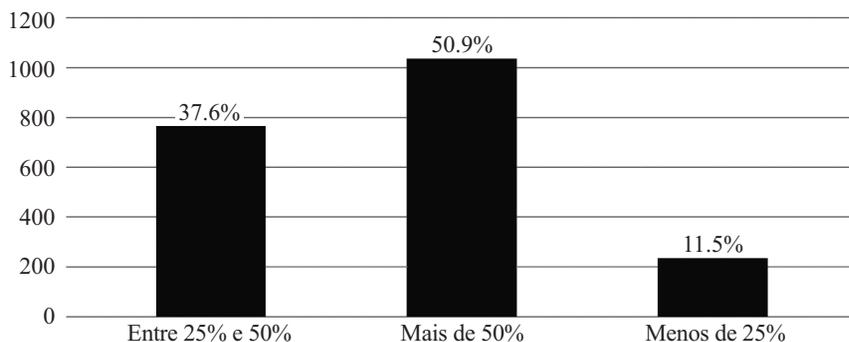
**Advogado em Prática Individual. Durante este período de confinamento a sua actividade profissional está:**



Tipo	Quantidade	Porcentagem
Sem resposta	627	13.8%
Normal	78	1.7%
Parcialmente parada	2070	45.4%
Totalmente parada	1785	39.1%

**Questão 8.1**

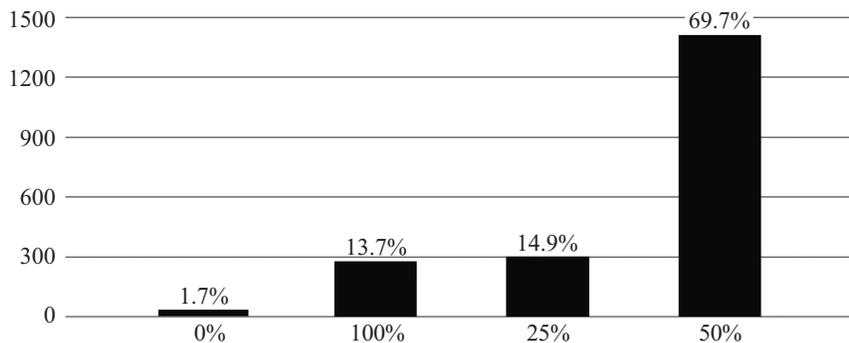
**Se parcialmente parada, qual é a redução da sua actividade profissional (em %), durante o período de confinamento?**



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Entre 25% e 50%</b>	765	37.6%
<b>Mais de 50%</b>	1035	50.9%
<b>Menos de 25%</b>	235	11.5%

## Questão 8.2

**Se tem actividade profissional parcialmente parada, durante o período de confinamento, estima uma redução do seu rendimento mensal de (em %):**



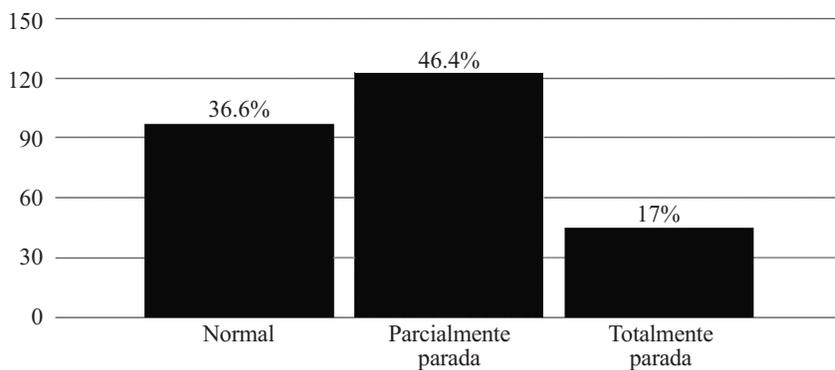
Tipo	Quantidade	Percentagem
0%	34	1.7%
100%	277	13.7%
25%	302	14.9%
50%	1411	69.7%

## Parte 4

### *Advogados de Empresa*

#### Questão 9

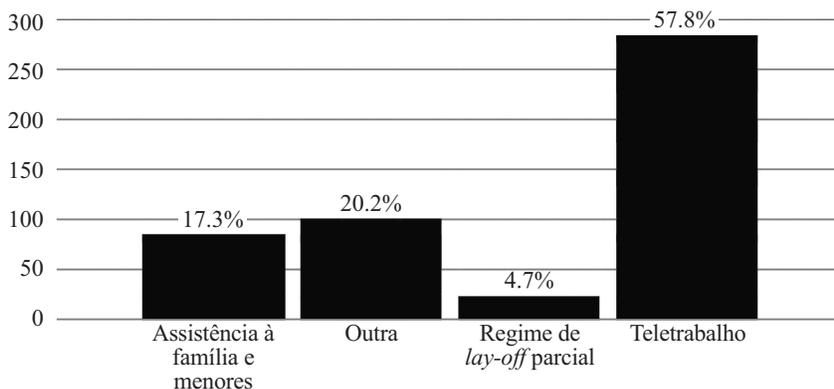
**É advogado por conta de outrem. A sua actividade profissional está:**



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Normal</b>	97	36.6%
<b>Parcialmente parada</b>	123	46.4%
<b>Totalmente parada</b>	45	17%

## Questão 9.1

**Qual é a sua situação?**



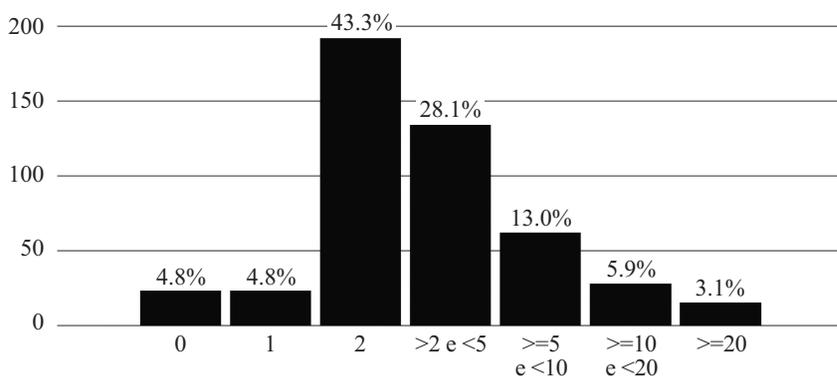
<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Assistência à família e menores</b>	85	17.3%
<b>Outra</b>	99	20.2%
<b>Regime de <i>lay-off</i> parcial</b>	23	4.7%
<b>Teletrabalho</b>	284	57.8%

## Parte 5

### *Sociedades de Advogados e Advogados Associados*

#### Questão 10.1

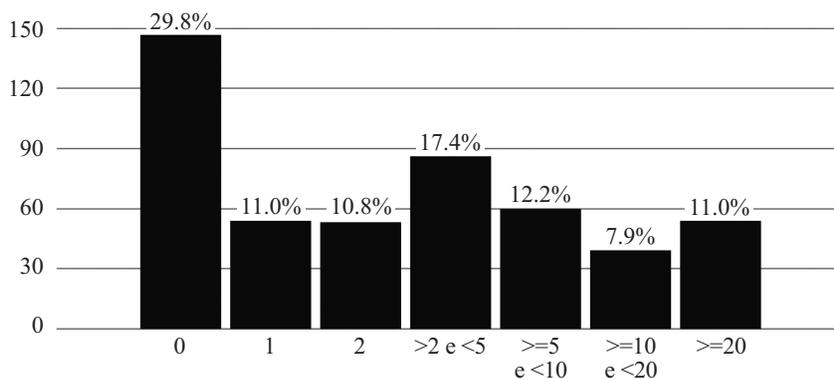
#### Quantos colaboradores tem no seu escritório/sociedade — Sócios



Tipo	Quantidade	Porcentagem
0	23	4.8%
1	23	4.8%
2	192	40.3%
>2 e <5	134	28.1%
>=5 e <10	62	13.0%
>=10 e <20	28	5.9%
>=20	15	3.1%

## Questão 10.2

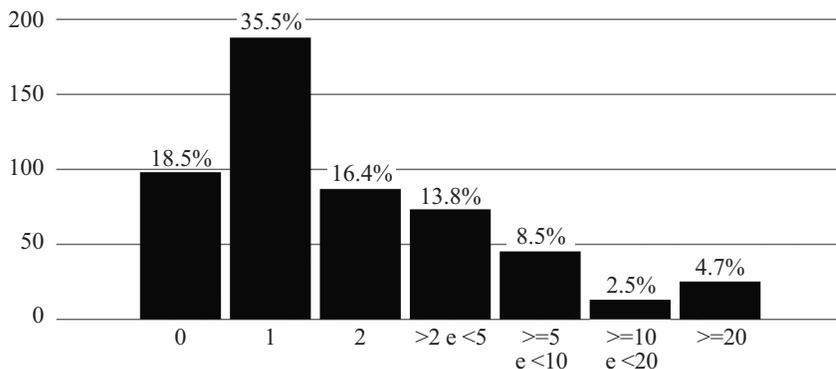
**Quantos colaboradores tem no seu escritório/sociedade — Associados**



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>0</b>	147	29.8%
<b>1</b>	54	11.0%
<b>2</b>	53	10.8%
<b>&gt;2 e &lt;5</b>	86	17.4%
<b>&gt;=5 e &lt;10</b>	60	12.2%
<b>&gt;=10 e &lt;20</b>	39	7.9%
<b>&gt;=20</b>	54	11.0%

### Questão 10.3

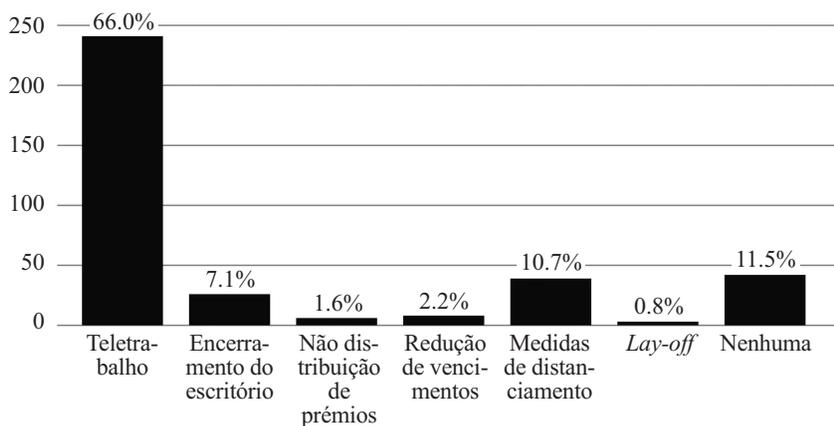
**Quantos colaboradores tem no seu escritório/sociedade — Funcionários**



Tipo	Quantidade	Porcentagem
<b>0</b>	98	18.5%
<b>1</b>	188	35.5%
<b>2</b>	87	16.4%
<b>&gt;2 e &lt;5</b>	73	13.8%
<b>&gt;=5 e &lt;10</b>	45	8.5%
<b>&gt;=10 e &lt;20</b>	13	2.5%
<b>&gt;=20</b>	25	4.7%

### Questão 10.4

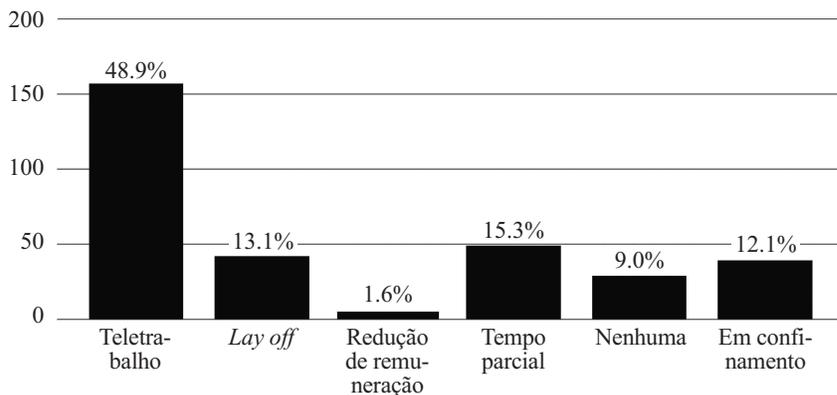
**Quais as medidas que já tomou, durante este período de confinamento, em relação aos Advogados e Advogados Associados?**



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Teletrabalho</b>	241	66.0%
<b>Encerramento do escritório/actividade</b>	26	7.1%
<b>Não distribuição de prémios aos sócios</b>	6	1.6%
<b>Redução de vencimentos/honorários/avenças</b>	8	2.2%
<b>Medidas de distanciamento e proteção</b>	39	10.7%
<i>Lay-off</i>	3	0.8%
<b>Nenhuma</b>	42	11.5%

## Questão 10.5

**Quais as medidas que já tomou, durante este período de confinamento, em relação aos seus colaboradores?**



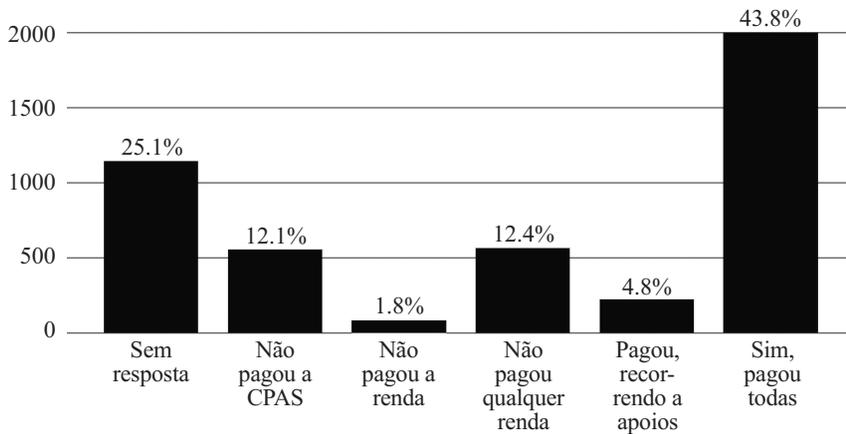
Tipo	Quantidade	Porcentagem
<b>Teletrabalho</b>	157	48.9%
<i>Lay-off</i>	42	13.1%
<b>Redução de Remuneração</b>	5	1.6%
<b>Tempo parcial ou trabalho alternado   Distanciamento   EPI</b>	49	15.3%
<b>Nenhuma</b>	29	9.0%
<b>Em confinamento   Apoio família   Antecipação de férias</b>	39	12.1%

## Parte 6

### *Todos os Advogados*

#### Questão 11

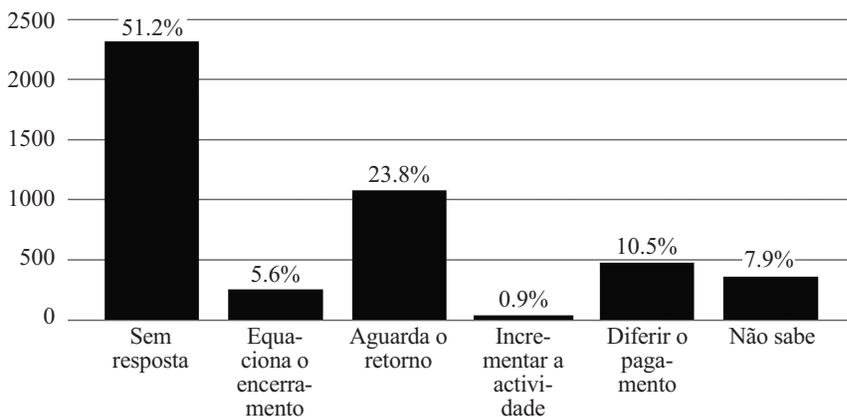
**Foi-lhe possível pagar todas as despesas profissionais na data prevista (excepto as sujeitas a diferimento)? Se não, quais não conseguiu cumprir?**



Tipo	Quantidade	Porcentagem
Sem resposta	1145	25.1%
Não pagou a CPAS	553	12.1%
Não pagou a renda do escritório e despesas associadas	80	1.8%
Não pagou qualquer despesa inerente à actividade profissional	564	12.4%
Pagou, mas recorrendo apoios familiares ou de terceiros	220	4.8%
Sim, pagou todas	1998	43.8%

## Questão 12

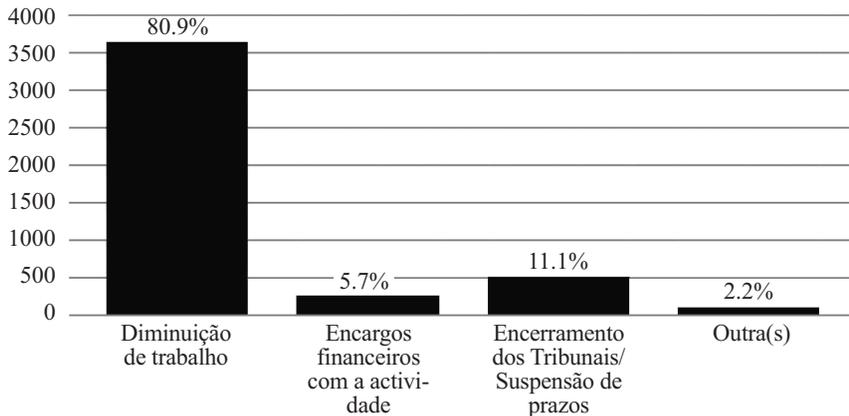
**O que está a pensar fazer para resolver a situação?**



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Sem resposta</b>	2321	51.2%
<b>Equaciona o encerramento da atividade / Mudança de profissão / procurar emprego</b>	252	5.6%
<b>Aguarda o retorno à normalidade e a melhoria da situação</b>	1079	23.8%
<b>Incrementar a atividade no futuro</b>	42	0.9%
<b>Diferir o pagamento das despesas ou responsabilidades</b>	476	10.5%
<b>Não sabe</b>	359	7.9%

### Questão 13

**Quais as dificuldades que encontra actualmente no exercício da profissão?**

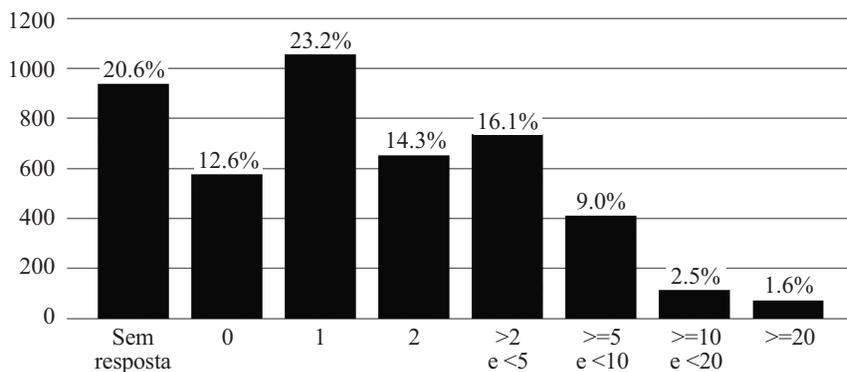


Tipo	Quantidade	Porcentagem
<b>Diminuição de trabalho/ /Falta de clientes(*)</b>	3642	80.9%
<b>Encargos financeiros com a actividade</b>	261	5.7%
<b>Encerramento dos Tribunais/ /Suspensão de prazos</b>	507	11.1%
<b>Outra(s)</b>	101	2.2%

(\*) Inclui todas as respostas que indicaram cumulativamente Diminuição de trabalho/Falta de clientes/Encargos financeiros com a actividade/ /Encerramento dos Tribunais/Suspensão/Outra(s).

## Questão 14

**Contando consigo, quantos advogados trabalham no seu escritório (incluindo outros colaboradores)?**

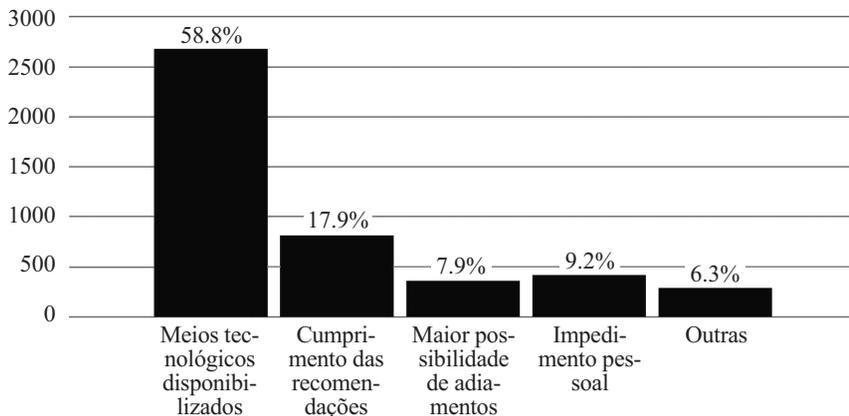


<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Sem resposta</b>	940	20.6%
<b>0</b>	576	12.6%
<b>1</b>	1056	23.2%
<b>2</b>	652	14.3%
<b>&gt;2 e &lt;5</b>	736	16.1%
<b>&gt;=5 e &lt;10</b>	412	9.0%
<b>&gt;=10 e &lt;20</b>	115	2.5%
<b>&gt;=20</b>	73	1.6%

**Parte 7**  
*Dificuldades de realização de julgamentos  
à distância ou presenciais*

**Questão 15**

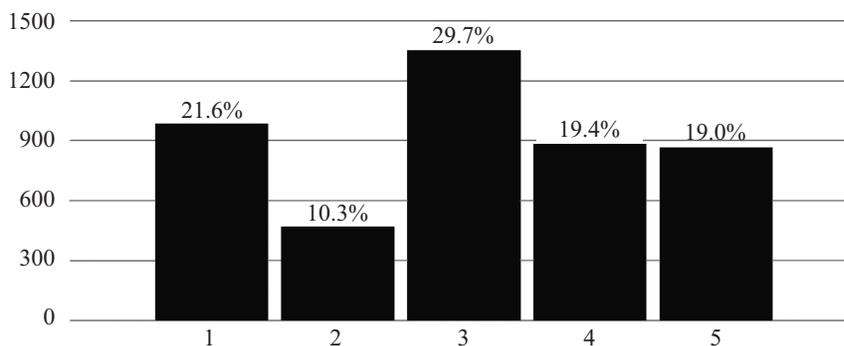
**Quais as dificuldades de realização de julgamentos à distância ou presenciais que identifica**



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>Meios tecnológicos disponibilizados pelos Tribunais</b>	2679	58.8%
<b>Cumprimento das recomendações de saúde pública</b>	815	17.9%
<b>Maior possibilidade de adiamento de diligências</b>	360	7.9%
<b>Impedimento pessoal por assistência a filhos em idade escolar</b>	418	9.2%
<b>Outras</b>	288	6.3%

**Parte 8***Medidas excepcionais adoptadas pelo Governo***Questão 16.1****Alargamento da moratória no crédito à habitação**

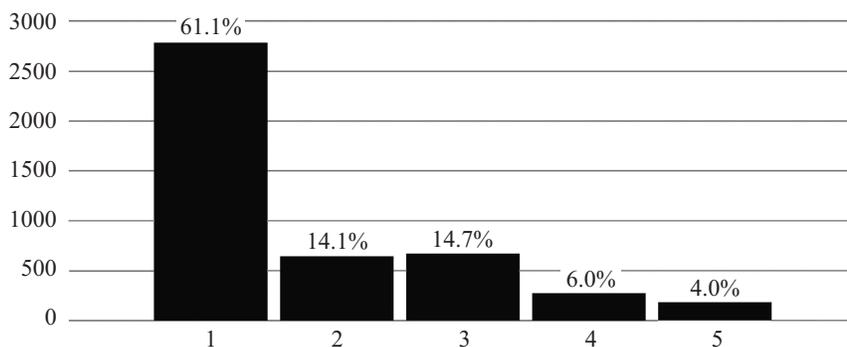
[Classificação do seu grau de classificação (1-5)]



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>1</b>	986	21,6%
<b>2</b>	470	10,3%
<b>3</b>	1354	29,7%
<b>4</b>	884	19,4%
<b>5</b>	866	19,0%

**Questão 16.2**

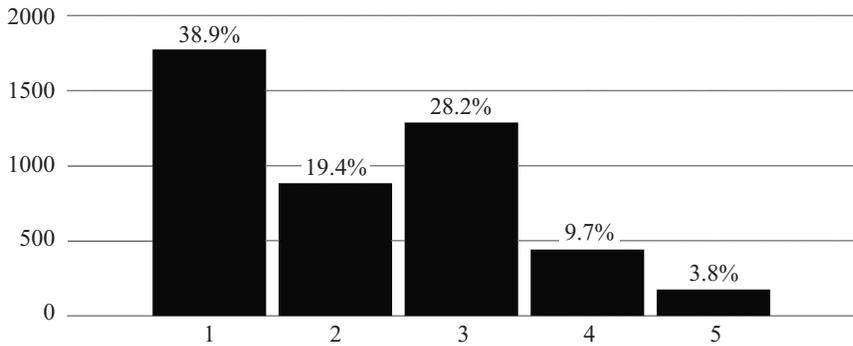
**Aplicação das medidas destinada aos trabalhadores independentes**  
[Classificação do seu grau de classificação (1-5)]



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>1</b>	2788	61,1%
<b>2</b>	644	14,1%
<b>3</b>	670	14,7%
<b>4</b>	275	6,0%
<b>5</b>	183	4,0%

### Questão 16.3

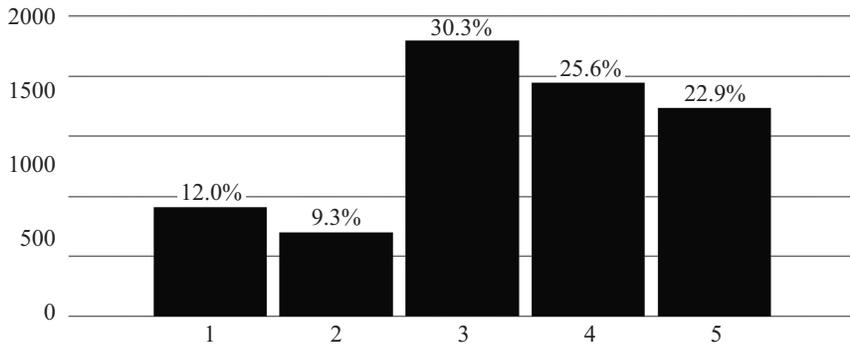
#### Obrigações Fiscais durante a crise pandêmica [Classificação do seu grau de classificação (1-5)]



Tipo	Quantidade	Porcentagem
1	1774	38,9%
2	883	19,4%
3	1287	28,2%
4	441	9,7%
5	175	3,8%

**Questão 16.4****Suspensão de Prazos Processuais**

[Classificação do seu grau de classificação (1-5)]



<b>Tipo</b>	<b>Quantidade</b>	<b>Porcentagem</b>
<b>1</b>	546	12,0%
<b>2</b>	422	9,3%
<b>3</b>	1380	30,3%
<b>4</b>	1169	25,6%
<b>5</b>	1043	22,9%

## **Questionário aos Advogados**

Situação dos advogados portugueses em tempo de pandemia por COVID-19.

Data de realização do questionário — 30 de Abril a 8 de Maio de 2020.

Enviado a todos os Advogados com inscrição em vigor através do *e-mail* profissional.

Tratamento estatístico dos dados — Departamento Informático.

Edição e análise de dados — Departamento Editorial e Comunicação.

*Ordem dos Advogados*

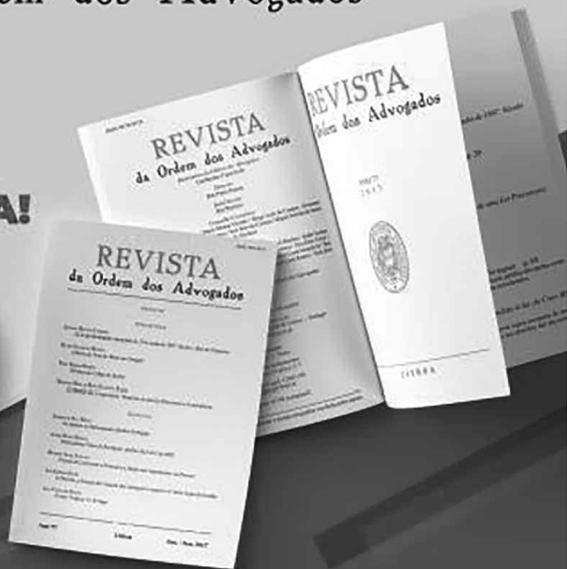
*25 de Maio de 2020*

# REVISTA

da Ordem dos Advogados

**SUBSCREVA!**

A ROA através  
do formulário online  
disponível em  
[www.oa.pt](http://www.oa.pt)



**Revista em suporte papel** mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

**Revista em suporte E-book** enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

*O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.*

**Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA**

# BIBLIOTECA DA ORDEM DOS ADVOGADOS



A Biblioteca da Ordem dos Advogados constitui um centro de recursos especializado na aquisição, tratamento técnico e difusão de documentação e informação jurídica.

#### SERVIÇOS PRESTADOS:

Acesso gratuito à internet;  
Empréstimo domiciliário;  
Livre acesso aos últimos Códigos, obras de referência e formulários.

#### ACERVO DOCUMENTAL:

Cerca de 41 000 monografias e cerca de 850 títulos de publicações periódicas (150 activas);  
Catálogo online com 67 000 registos;  
Bases de dados de legislação, jurisprudência e doutrina portuguesas.

**BIBLIOTECA DA ORDEM DOS ADVOGADOS**  
Largo de S. Domingos, n.º 14 – 1.º, 1169-060 Lisboa (ao Rossio)  
Tel.: 21 882 40 77 | [boa@cg.ao.pt](mailto:boa@cg.ao.pt) | [www.ao.pt](http://www.ao.pt)

**HORÁRIO**  
Dias úteis: 9:30 - 12:30 | 14:00 - 18:00