

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

---

### Doutrina



Mário Raposo: *“OS ÁRBITROS”* Pág. 495

Germano Marques da Silva: *“NOTAS AVULSAS SOBRE AS PROPOSTAS DE REFORMA DAS LEIS PENAS (PROPOSTAS DE LEI N.ºS 75/XII, 76/XII E 77/XII)”* Pág. 521

António Monteiro Fernandes: *“A ‘REFORMA LABORAL’ DE 2012 — OBSERVAÇÕES EM TORNO DA LEI 23/2012”* Pág. 545

Júlio Gomes: *“ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO DO TRABALHO PELA LEI N.º 23/2012 DE 25 DE JUNHO”* Pág. 575

Januário Costa Gomes: *“A DESVINCULAÇÃO AD NUTUM NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO URBANO NA REFORMA DE 2012. BREVES NOTAS”* Pág. 619

João Paulo Remédio Marques: *“ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA NA REVISÃO DO PROCESSO CIVIL DE 2012”* Pág. 653

Nuno Manuel Pinto Oliveira: *“ENTRE CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E ‘PRINCÍPIOS ORIENTADORES’ UM DEVER DE (RE)NEGOCIAÇÃO”* Pág. 677

Olinda Garcia: *“ALTERAÇÕES AO REGIME SUBSTANTIVO DO ARRENDAMENTO URBANO — APRECIÇÃO CRÍTICA DA REFORMA DE 2012”* Pág. 691

Catarina Serra: *“PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO — CONTRIBUTOS PARA UMA ‘RECTIFICAÇÃO’”* Pág. 715

---

Paulo Pimenta: “*A ACÇÃO EXECUTIVA NA REVISÃO DO PROCESSO CIVIL*” Pág. 743

João Batista Pereira: “*RECIBO-VERDE ELETRÓNICO VERSUS E-FATURA: UMA ALTERAÇÃO MERAMENTE PSICOLÓGICA*” Pág. 751

### **Jurisprudência Crítica**

Rui Tavares Correia: “*ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 16 DE FEVEREIRO DE 2012*” Pág. 763

### **Jurisprudência dos Conselhos**

- Parecer do CS, n.º 200/2011-GS/R: “*Revisão do Processo Disciplinar*” Pág. 901
- Parecer do CG, n.º 5/PP/2012-G: “*Sanção penal pelo não pagamento das notas de despesas e honorários*” Pág. 909
- Parecer do CG, n.º 29/PP/2012-G: “*A obrigação de apresentação do Modelo 11 junto da DGCI*” Pág. 913

### **Vida Interna**

- Discurso do Bastonário António Marinho e Pinto proferido na Cerimónia Solene do Dia do Advogado, realizada no Salão Nobre da OA em 19 de Maio de 2012 Pág. 925
- Deliberação do Conselho Geral — Quotas Pág. 939

# OS ÁRBITROS(\*)

*Pelo Bastonário Mário Raposo (1975/77)*

*SUMÁRIO:*

**1. A constituição do tribunal;** Designação e aceitação dos árbitros. E a lei portuguesa? O contrato de árbitro. Nomeação do árbitro presidente pelo presidente do tribunal da relação. E como se processa esse sistema de nomeação. O presidente do tribunal arbitral. **2. Independência e imparcialidade do árbitro;** Os conceitos. Anulabilidade da sentença proferida pelo presidente do tribunal arbitral. A violação da ordem pública. Ainda sobre o critério de ordem pública. A violação terá que ser flagrante e apenas da sentença? **3. Confidencialidade:** Termos gerais. Depois da Espanha, a França. Alguns dos grandes regulamentos de arbitragem. Natureza e limites da confidencialidade. Reflexão final.

## 1

### A CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL

#### Designação e aceitação dos árbitros<sup>(1)</sup>

1.1. É com a aceitação de todos os árbitros designados pelas

---

(\*) Destinado ao Livro de Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas.

(1) Estamos a ter sobretudo em conta a arbitragem *ad hoc*, que será a sua vertente mais pura (JEAN ROBERT, cit. por PIERRE LALIVE, que para ela claramente se inclina — est. por nós referidos na *Rev. O. Advog.*, (R.O.A.) 2007, II, p. 521-545). Entretanto, numa perspectiva mais aberta e realista, cf. JEAN-BAPTISTE RACINE, *La marchandisation du règlement des différends: le cas de l'arbitrage*, em *Droit et marchandisation* (dir. Loquin-Martin), LEX-NEVIS LITEC, 2010, p. 321. Cf. ainda BLACKABY-PARTASIDES-REDFERN-HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2009, p. 55-57. Para eles os principais defeitos da arbitragem *institucional* serão o seu custo e a demora no processamento.

partes que tem início o processo arbitral<sup>(2)</sup>. Considera-se instituída a arbitragem quando for aceite a nomeação pelo árbitro, se for único, *ou por todos*, se forem vários (art. 19 da lei brasileira de 1996).

E é a contar da aceitação pelos árbitros que se inicia o prazo previsto para a sentença, se ele estiver estabelecido<sup>(3)</sup>.

1.2. Acresce que os árbitros, ao aceitarem a designação, devem dar cumprimento do dever de revelação (*disclosure*) de qualquer circunstância que possa afectar a sua independência e imparcialidade.

O art. 1456 da lei francesa de 2011 (C.P.C.) diz mesmo que “o árbitro, *antes de aceitar a sua missão*, tem a obrigação de revelar *sem demora* qualquer circunstância susceptível de afectar a sua independência e imparcialidade (...)”.

É, aliás, uma regra comum à generalidade das legislações a de que o árbitro, logo que *convidado* para exercer funções de árbitro, deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência<sup>(4)</sup>.

## E a lei portuguesa?

1.3. Dispõe a actual LAV portuguesa (2011) que o árbitro designado “deve, no prazo de 15 dias a contar da comunicação da sua designação, declarar por escrito a aceitação do encargo à *parte que o designou*” (art. 12, 2).

Não ocorresse a explícita restrição de a aceitação do árbitro (se as partes não tiverem acordado de outro modo) dever ser comu-

---

(2) BENEDETTELLI-CONSOLO-RADICATI DE BRIZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, Cedam, 2010, p. 135.

(3) Assim já FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, 1996, p. 551.

(4) Curiosamente, embora à *disclosure* seja conferido um significativo relevo na doutrina italiana o certo é que nas leis italianas de 1994 e de 2006 “a ela não se faz referência alguma” (CHIARA SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Giuffrè, 2009, p. 170). Ao invés, na lei austríaca de 2006, que a não previa de modo explícito anteriormente, regula-a agora no § 581 (1). E a *revelação* deve ser feita antes de aceitar o encargo.

nicada *apenas* à parte que o designou e o preceito não justificaria especial reparo.

Mas, tal como está, justifica. Passa como moeda corrente que a designação dos árbitros por cada uma das partes não é feita para que assim passem, cada uma delas, a dispor de um *representante* no tribunal arbitral. É feita no interesse *colectivo* de ambas as partes<sup>(5)</sup>.

O árbitro que tiver aceite o encargo (a “missão”) de actuar como tal, estabelece umnexo em relação às duas partes e não somente em relação àquela que o designou. O árbitro passa a ser um juiz privado, investido do poder e do dever de, disso for caso, negar razão à parte que o designou<sup>(6)</sup>.

1.4. Por assim ser, no art. 13. 2, da Lei de Arbitragem *interna* de Macau (Dec.-Lei 29/96/M, de 11.6) declara-se com meticulosa concludência: “Se o designado pretender aceitar a designação deve declará-lo por escrito *a ambas as partes*, no prazo de 10 dias contados da comunicação da designação”.

As leis, na sua generalidade, não chegam a tão explícito pormenor, que, aliás, nem pecaria por excesso. Só que, na realidade, as leis estrangeiras são, como regra, mais sucintas. Assim, por ex., a lei (interna) suíça de 2008 (C.P.C.) limita-se a dizer (art. 364. 1): “les arbitres confirment l’acceptation de leur mandat”.

Mas essa menção será suficiente para a pretendida finalidade. Com efeito, logo se depreende que a aceitação é comunicada pelos árbitros às duas partes<sup>(7)</sup>.

1.5. Indo à *fons vitae* da nossa actual LAV é de confrontar aquele seu art. 12.2 com o *modelo* contido no *anteprojecto* de LAV da Associação Portuguesa de Arbitragem<sup>(8)</sup>.

---

(5) A aceitação dos árbitros designados pelas partes será o primeiro passo para que com o árbitro-presidente por eles escolhido ou nomeado por uma *appointing authority* se forme um “rapporto trilaterale” que possa promover uma solução de boa *justiça privada* (BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Giuffrè, 1994, p. 69; SERGIO LA CHINA, *L’Arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, 3.ª ed., Giuffrè, 2007, p. 87-89).

(6) MÁRIO RAPOSO, *est. cit.*, p. 529 e GIOVANNI VERDE, *Diritto dell’Arbitrato Rituale*, 2.ª ed., G. Giappichelli Editore, 2000, p. 97 ss.

(7) Se eles, como é usual acontecer, forem três.

(8) Publicado na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* (RIAC), 2010, p. 167 ss, *maxime* p. 177.

A resultante do confronto será inteiramente concludente: o preceito da LAV é a reprodução fiel do correspondente preceito do *Anteprojecto*. E, como neste se diz, aquele art. 12.2 inspirou-se no art. 16 da lei espanhola (de 2003) e no art. 27 da lei peruana (de 2008).

Feito o confronto verifica-se que, na realidade, na lei espanhola (cit. art. 16) cada árbitro deve comunicar a sua aceitação *a quem o designou*. Só que o art. 27 da lei peruana não acolhe o mesmo critério, sendo, portanto, injustificadamente envolvido nesse mau “critério”(9).

1.6. Entretanto, quer a lei espanhola quer a lei peruana contêm preceitos que dificultam a observância de preceitos do conteúdo análogo ao do art. 13.1 da nossa LAV (dever de revelação).

Efectivamente, o art. 17.2 da lei espanhola, o art. 28.1, da lei peruana e aquele nosso art. 13.1 são praticamente idênticos. A diferença estará em que essa revelação é feita em relação *às partes* na lei espanhola (art. 17.2) e sem destinatário identificado no art. 13.1 da nossa Lei. Na lei peruana apenas se refere que a revelação é feita *às partes* depois de feita a designação, embora *sem demora*.

## O contrato de árbitro

1.7. Tendo em conta a *Lei-Modelo* é de dizer que através duma “convenção de arbitragem” as partes decidem submeter a arbitragem todos ou certos diferendos que se possam suscitar entre elas relativamente a uma relação de direito determinada, contratual ou não contratual (art. 7)(10).

Entretanto, a constituição do tribunal arbitral e o processo arbitral poderão ser regulados pelas partes ou pela lei(11).

---

(9) Mau critério, mas sobretudo numa perspectiva formal. Pois ele será necessariamente incidental. Pelo que globalmente se acaba de dizer uma vez mais se dá razão a FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN (ob. e loc. citis): “L’arbitre est lié à toutes les parties à la procédure et non seulement à celle qui l’a désigné”.

(10) Cf., em geral, LIMA PINHEIRO, *Convenção de Arbitragem...*, em *Estudos André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006, p. 1095 ss.

(11) Sobre a convenção de arbitragem, cf. também JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Algu-*

“A arbitragem não é redutível a um mero fenómeno contratual (...); a sua natureza jurisdicional não é já contestável (...). A arbitragem é certamente uma justiça privada, *mas é uma Justiça*; ela advém da vontade das partes de confiar a um terceiro o poder de julgar; o árbitro fica dotado de todos os atributos da *jurisdictio* (...); isto com a *souplesse* que lhe é facultada nos termos em que actua”(12).

1.8. Dizer-se, pois, que os árbitros aceitam os efeitos da convenção de arbitragem só por a ela terem aderido(13) não parece, pois, de acolher.

Os árbitros conformam o seu estatuto com base nos contratos de arbitragem (ou de “árbitro”) em que seja feita a sua *designação*, à qual se seguirá a sua *aceitação*. São, como dissemos, contratos de significação colectiva e não contratos “secamente” bilaterais.

Jean-François Poudret, na edição anotada de *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*(14) dizia já há mais de 20 anos:

“O contrato de árbitro (*Schiedsrichtervertrag*) é celebrado *entre os árbitros e todas as partes* que intervêm na arbitragem e não somente com a parte que designou cada um deles (...). ESTE CONTRATO É INDEPENDENTE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, de modo tal que os árbitros são competentes para decidir sobre a validade desta (...)”.

1.9. A relação contratual *de árbitro* estabelece-se entre todas as partes e todos os árbitros, quer estes sejam directamente designados ou nomeados por terceiros(15).

---

*mas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, em *Estudos Magalhães Colação*, II, Almedina, 2002, p. 625-641.

(12) BRUNO OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, em *Études Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 415 ss, *maxime* p. 420. Cf. no mesmo sentido e do mesmo autor *Théorie de l'Arbitrage*, Puf. 1998, p. 28 (obra póstuma).

(13) Como diz PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária ad hoc*, em *Estudos Marques dos Santos*, I, Almedina, 2005, p. 827 ss, *maxime* p. 831.

(14) LALIVE-POUDRET-REYMOND, 1989, Editions Payot, Lausanne, p. 92-93.

(15) PIERO BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2008, p. 154.

Enquanto nesta veste, os árbitros são profissionais *independentes* — e estará mesmo aí o seu determinante (e condicionante) atributo deontológico e jurídico. É, pois, de rejeitar qualquer enquadramento como *mandato*, mesmo *sui generis*, ou como figura próxima<sup>(16)</sup>.

Não é, pois, uma forma de mandato ou de prestação de serviços. Aliás, como poderia ser visto (ou sequer *avistado*) qualquer elemento de subordinação dos árbitros às partes quando são eles que as julgam<sup>(17)</sup>.

A relação contratual, “criada entre o árbitro e as partes”, não é um dos “clássicos” contratos civis. Participa da natureza mista da arbitragem, contratual na sua origem, jurisdicional pelo seu objecto<sup>(18)</sup>.

### **Nomeação do árbitro presidente pelo presidente do tribunal da relação**

*I.10.* A actual LAV (2011) prevê várias situações em que, por não haver uma diferente *appointing authority*, deve ser pedida ao presidente do tribunal da relação a nomeação do árbitro que as partes ou os árbitros não designaram ou escolheram atempadamente.

Será esse o caso do árbitro presidente (art. 10, 3 e 4, da LAV).

A este propósito põe-se desde logo a questão de saber se antes da nomeação deverá ou não o presidente do tribunal da relação ouvir as partes.

Lopes dos Reis propendeu, veementemente, no sentido da audição prévia, em homenagem ao princípio do contraditório<sup>(19)</sup>.

---

(16) Trata-se de um contrato típico, “*fattispecie* autónoma e independente se confrontada com qualquer outra figura disciplinada no Código Civil” (SERGIO MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Giuffrè, 2008, p. 44).

(17) THOMAS CLAY, *l'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 764.

(18) PHILIPPE FOUCARD, *Écrits* (obra póstuma), publicação do *Comité français de l'arbitrage*, 2007, p. 150 e p. 432.

(19) *Questões de arbitragem ad hoc*, na R.O.A., 1998, I, p. 496-497. De resto, a escolha do árbitro terá sido, ao que refere LOPES DOS REIS, aduzindo factos concretos, na circunstância muito pouco feliz.



1.11. Com detida motivação lembra Lebre de Freitas que a intervenção sucedânea do presidente da relação, embora não tendo carácter *jurisdicional*, tem, inegavelmente, um carácter *judicial*. Está, na realidade, em causa um *suprimento* (judicial) pedido pelas partes, que dá causa a um processo de *jurisdição voluntária*, no qual vigora o *princípio do contraditório*<sup>(20)</sup>.

### E como se processa esse sistema de nomeação

1.12. Para a preparação de um estudo que seria depois publicado<sup>(21)</sup> João Raposo procurou saber junto do Tribunal da Relação de Lisboa “qual o movimento de processos de nomeação de árbitros, e de presidente do tribunal arbitral”. E concluiu, por informação que lhe foi prestada pelo próprio Presidente que entre 2001 e “a presente data” (2007) foram por este “nomeados 27 *presidentes* de tribunal arbitral e 66 *árbitros*”.

Estes números — referentes apenas à Relação de Lisboa — são, de facto, impressionantes e revelam a acuidade de que a questão já há mais de dez anos (2001!) se revestia.

Apurou ainda João Raposo que as nomeações são feitas com base “numa lista que integra individualidades que as recomendavam especialmente para as referidas funções”.

1.13. A referência que se acaba de fazer revela bem como o “modus” de intervenção do presidente do tribunal da relação figurado na LAV86, poderia conduzir a menos certas resultantes. A ideia, afirmada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei, de que a constituição e o funcionamento dos tribunais arbitrais se deverão desvincular tanto quanto possível da intervenção dos tribunais judiciais, claudicava aqui patentemente<sup>(22)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> *O princípio do contraditório na nomeação pelo tribunal da relação*, em *Thémis*, n.º 18, 2010, p. 33-45, e *RIAC*, n.º 4, 2011, p. 163-177.

<sup>(21)</sup> *A intervenção do tribunal judicial na arbitragem: nomeação dos árbitros e produção de prova*, em *Intervenções*, 1.º Congresso do CAC, Almedina, 2008, p. 109 ss, *maxime* p. 120-121.

<sup>(22)</sup> Questiona ainda, muito ajustadamente, JOÃO RAPOSO: “Quais as condições que devem preencher as individualidades dela constantes? Não se conhecendo (estava-se em

1.14. No *anteproyecto* da APA, que esteve na base, com pouco significativas alterações, da LAV 2011, procurou-se ir mais ao encontro da realidade. E inspirou-se, para tal, na Lei-Modelo, na Lei alemã (ZPO) e na Lei espanhola.

Todos elas recomendam à autoridade judicial designante que tenha em conta todas as qualificações exigíveis ao árbitro nomeado e que tome os cuidados adequados para garantir que ele seja um árbitro imparcial e independente (art. 11.5 da Lei-Modelo e § 1035.5 da ZPO). O sistema da lei espanhola (art. 15.6) é praticamente idêntico. Tem como particularidade determinar que o tribunal (judicial) organize uma lista com três nomes por cada árbitro que deva nomear, procedendo depois a um sorteio para apurar o que será efectivamente nomeado<sup>(23)</sup>.

1.15. A nossa LAV 2011 preocupa-se também (nº 6 do art. 10) que o órgão judicial (*in casu* o presidente do tribunal da relação) tenha em conta as qualificações que o árbitro deva possuir, e tudo o mais que seja relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial.

Há, no entanto, que convir que o critério susceptível de ser aplicado será o do “palpite”, ou o da “fama constat”, ou o do conhecimento pessoal, directo ou indirecto. O que — há que convir — continua a ser muito aleatório.

## O presidente do tribunal arbitral

1.16. Se a escolha feita pelo presidente do tribunal da relação for a do árbitro que actuará como presidente do tribunal (arbitral) não se adequar à qualificação exigível a um “bom árbitro” os escolhos de percurso tornar-se-ão particularmente sensíveis.

---

2007) qualquer estatuição sobre a matéria, a conclusão só pode ser a de que a inclusão na lista oficial, bem como a exclusão dela, se situam na zona de discricionariedade do próprio tribunal. Por outro lado, não tendo as nomeações de ser fundamentadas, não serão, em regra, conhecidas as razões concretas pelas quais se escolheu determinada pessoa para esta ou aquela arbitragem, e não outra. O que se presta às mais variadas especulações (...).

(23) FAUSTINO CORDÓN MORENO, *El arbitraje de derecho privado*, Thomson-Civitas, 2005, p. 157.

O árbitro presidente poderá, designadamente, ter que redigir a sentença (art. 40.1. LAV 2011).

1.17. Em direito comparado é-lhe classicamente atribuído o poder, inscrito na lei ou resultante de consenso, de dirigir os trabalhos, por vezes no mais amplo sentido<sup>(24)</sup>.

Na nossa actual LAV dispõe o art. 40.3:

“As questões respeitantes à ordenação, à tramitação ou ao impulso processual poderão ser decididas apenas pelo árbitro presidente, se as partes ou os outros membros do tribunal arbitral (*porque não dizer “os árbitros”?*) lhe tiverem dado autorização para o efeito”.

Este o regime da Lei-Modelo (art. 29).

E é também o do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI (2011) aqui com a especificidade de a decisão do árbitro-presidente poder ser objecto de revisão pelo tribunal (art. 33.2).

Mesmo a prorrogação do prazo para a decisão final pode por vezes, nalguns sistemas, ser delegada no árbitro-presidente, com a concordância das partes<sup>(25)</sup>.

1.18. Dispõe, entretanto, o art. 44.4, da LAV 2011:

“Salvo se as partes tiverem acordado de modo diferente, o presidente do tribunal arbitral deve conservar o original do processo arbitral durante um prazo mínimo de dois anos e o original da sentença arbitral durante um prazo mínimo de cinco anos”.

E aquele prazo de dois anos era, na 1.<sup>a</sup> versão do *anteprojecto* APA, também de cinco anos!...

Que dizer?

---

<sup>(24)</sup> Assim na LAV86, art. 14.3: “Compete ao presidente do tribunal arbitral preparar o processo, dirigir a instrução, conduzir os trabalhos das audiências e ordenar os debates, salvo convenção em contrário”. CLAUDE REYMOND, que tem uma perspectiva prudentemente moderadora desta amplitude de poderes (ou atribuições) acautela que se deve guardar sempre alguma distância entre ele e o árbitro único (*Le président du tribunal arbitral*, em *Études Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 467-482).

<sup>(25)</sup> PHILIPP HABEGGER-ANNA VON MUHLENDahl, *Uncitral notes on organizing arbitral proceedings*, em *International Arbitration and International Commercial Law* (“*Liber Amicorum Eric Bergsten*”), Wolters Kluwer International, 2011, p. 207-222, *maxime* p. 213.

Desde logo é de supor que o possível acordo das partes sobre esta matéria teria a sua sede natural (e previsível) na convenção de arbitragem. Estamos, obviamente, a pensar que estará em causa uma arbitragem *ad hoc*. Ora, é imaginoso prever que nesse momento as partes cuidem desta matéria. Ou seja, a mais segura e certa solução do problema estará em acautelar na lei a sua regulação. E aqui desponta uma magna perplexidade: mesmo pressupondo que ele possa recorrer aos mais sofisticados sistemas de arquivamento documental poderá ser exigível que sobre o presidente do tribunal recaia a responsabilidade e a tarefa de conservar durante um mínimo de dois anos “o original (sic) do processo arbitral”?

Confronte-se, por ex., o que se diz naquele art. 44.4, com o que se prevê na lei espanhola de 2003. O prazo aí é (salvo se as partes diversamente dispuserem na convenção de arbitragem) de... *dois meses* (art. 38, 3). E durante ele as partes poderão pedir a restituição dos documentos que tenham junto ao processo.

O sentido das realidades do *Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial* (29.7.2008) é, ainda aqui, evidente. Nos termos do art. 45.1, o Secretariado do *Centro* conservará nos seus arquivos “os originais das decisões arbitrais”. Mas “os articulados, documentos, comunicações e correspondência relativamente a cada processo serão *destruídos* passados seis meses sobre a data da notificação final, a não ser que alguma das partes, dentro desse prazo, requiera, por escrito, a sua devolução”.

## 2

**INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO****Os conceitos**

2.1. Determina o art. 9.3 da LAV 2011 que “os árbitros devem ser independentes e imparciais”. É uma dualidade que tem tradição no direito alemão (§1036.1 da ZPO).

Sistemas há em que se fala apenas em imparcialidade (*Arbitration Act* “inglês”, sec. 24.1 e 33.1, lei sueca, art. 8) e outros somente em independência (LDIP Suíça, art. 180, 1).

É de supor, no entanto, que são fórmulas equivalentes, a menos que se pretenda aprofundar uma indagação semântica.

De qualquer modo sempre se poderá dizer que a independência será um *estatuto*, que possibilitará e incentivará a *virtude* da imparcialidade (Sergio Guinchard). Delas advirá a *neutralidade*, que será a pedra angular de uma correcta justiça privada<sup>(26)</sup>.

**Anulabilidade da sentença arbitral**

2.2. É evidente que sendo o tribunal constituído por mais do que um árbitro a decisão é tomada em deliberação em que *todos* os árbitros devem participar. Isso era dito pelo art. 20.1, da LAV 86, que logo, no entanto, aceitava que não se tendo formado a maioria necessária, a decisão fosse tomada unicamente pelo presidente, ou que a questão fosse decidida no sentido de voto do presidente (20.2).

A situação actual não é muito diversa (art. 40.1 LAV 2011), como também não o é em Direito Comparado<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Cf., em geral, DOMINIQUE HASCHER, *Indépendances de la justice étatique et de la justice arbitral*, em suplem. esp. 2007 de *Bull. CCI*, 2008, p. 83-95; POUURET-BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2007, p. 348, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *O dever de independência do árbitro de parte*, em *Themis*, n.º 16, 2009, p. 319 ss.

<sup>(27)</sup> MÁRIO RAPOSO, *A sentença arbitral*, em *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Almedina, 2006, p. 5.

2.3. Dá-se, porém, o caso de, caso não se possa formar maioria entre os árbitros, “a sentença é proferida pelo presidente do tribunal, (art. 40.1 LAV 2011)<sup>(28)</sup>.

Ora, o presidente do tribunal arbitral é nomeado, algumas vezes (cf. *supra*) pelo presidente do tribunal da relação. E, como referimos, essa nomeação nem sequer é precedida de audição das partes. Será mesma a mais clamorosa *exceção* ao princípio do contraditório, geralmente garantido “em todas as fases do processo” (arbitral) — art. 30, 1, (a).

2.4. É, pois, evidente que não pode ser deduzido o pedido de recusa. Ora a precedência temporal deste é tida por alguns antes como fase indispensável do pedido, a final, de anulação<sup>(29)</sup>.

Mas não pode ser assim.

2.5. Assim sendo, e removendo todos estes escolhos, tem que se fazer com que a *arbitragem* seja uma solução *de confiança*.

Terá esta de passar, quase necessariamente, pela anulabilidade da sentença quando seja comprovável que ela atinge, em termos *irreparáveis*, um princípio de ordem pública<sup>(30)</sup>. Está em causa o *valor* da independência e da imparcialidade, expressão maior desse princípio<sup>(31)</sup>.

Ora, na circunstância o presidente do tribunal arbitral, por vezes imposto às partes sem hipótese de discrepância, pode, por razões várias (os presidentes dos tribunais da relação não dispõem do dom da infalibilidade), infringir, sem possibilidade de repara-

---

(28) Ao presidente do tribunal arbitral caberá ainda decidir as “questões respeitantes à ordenação, à tramitação ou ao impulso processual” se as partes ou os outros membros do tribunal arbitral lhe tiverem dado autorização para o efeito” (mesmo art. 40.3). Poderá essa autorização ser depois retirada por iniciativa de uma das partes ou de um dos árbitros, contra a vontade dos restantes? Poderá sustentar-se que não.

(29) CHIARA SPACCAPELO, *ob. cit.*, p. 378. Cf. também DANIEL COHEN, *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts*, na RA (*Revue de l'Arbitrage*), 2011, p. 611-652, *maxime* p. 640-641.

(30) JORGE MORAIS CARVALHO, *O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral*, em *O Direito*, 2011, p. 751-791, *maxime* p. 760-761.

(31) SELMA FERREIRA LEMES, *A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação*, em *Intervenções*, III Congresso do C.A.C., Almedina, 2010, p. 41-57.

ção, esses determinantes valores da arbitragem: a independência e a imparcialidade.

### A violação da ordem pública

2.6. No anteprojecto da APA a *ordem pública* era deliberadamente excluída dos fundamentos de anulação da sentença arbitral<sup>(32)</sup>. O legislador da LAV, aspirando, possivelmente, a encontrar uma solução *ecléctica*, manteve a *ordem pública internacional* já prevista na *zona da arbitragem internacional* mas criou na *zona da arbitragem interna* (da qual constam, aliás, alguns dos essenciais princípios do instituto arbitral — art. 49.2 da LAV 2011)... como fundamento da anulação uma “*ordem pública internacional do Estado português*” (art. 46.3, alínea *b*), *ii*).

A Portugal fica assim subtraída a sua própria *ordem jurídica*. Passar-se-á, pois, a invocar apenas a ordem jurídica *internacional*, mesmo em... direito interno.

2.7. Em breve parêntese direi que, em certa medida, uma boa parte do equívoco radica na adopção *de base* que a APA fez e que o legislador acolheu de um sistema *dualista*, i.e., que não regula unitariamente a arbitragem interna e a arbitragem internacional.

Ora, quase todas as leis modernas<sup>(33)</sup>, excepto as de influência francesa (como as leis de Marrocos de 30.11.2007 e da Argélia de 25.2.2008), adoptam um sistema monista.

---

<sup>(32)</sup> Entendia a APA que “semelhante fundamento de anulação criaria de facto o risco de se abrir a porta a um reexame do mérito pelos tribunais estaduais, (...) o que poria em causa a eficácia e o sentido da própria arbitragem (RIAC, 2010). Em artigo doutrinal publicado em Dezembro de 2009 (RIAC, 2009, *maxime* p. 42) evidenciou ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO (que, aliás, tinha sido um dos principais — se não o principal — relator do anteprojecto) peremptória e justificada discordância quanto à eliminação do aludido fundamento. Em síntese, para ele, do anteprojecto deveria ter constado uma *ordem pública interna* na área imputada às arbitragens “domésticas” e uma *ordem pública internacional* para as arbitragens internacionais (p. 48).

<sup>(33)</sup> *Dualistas* são as leis suíças, a lei grega (depois da lei de 1999, respeitante à arbitragem internacional) e algumas leis da América Latina. O Brasil tem um sistema *monista* e a lei peruana de 2008 trata também *unitariamente* da arbitragem interna e inter-

Daí adveio uma mais produtiva flexibilização da arbitragem *interna*, que a leva a adoptar regras mais liberais. Certo é que a *lex mercatoria* continua a ser uma entidade tendencialmente específica da arbitragem internacional. Mas, designadamente, através do canal da *equidade*, é evidente que ela se está a propagar à arbitragem interna. Deixou de haver compartimentos estanques. Era esta a perspectiva de Goldman<sup>(34)</sup>.

2.8. Diz-se na Exposição de Motivos da lei espanhola de 23.12.2003:

“(…) no que respeita à contraposição entre a arbitragem interna e arbitragem internacional, esta lei opta claramente por uma regulação unitária de ambas. Na alternativa entre dualismos (...) e monismo (em que, salvo contadas excepções, os preceitos se aplicam igualmente à arbitragem interna e à internacional), a lei adopta o sistema monista (...). A Lei-Modelo (...) está especificamente concebida para a arbitragem comercial internacional. Mas a sua inspiração e as suas soluções são perfeitamente válidas, numa imensa maioria dos casos, para a arbitragem interna”.

O mesmo se passa na Alemanha, na Áustria, na Inglaterra, na República Sérvia<sup>(35)</sup> e na Suécia<sup>(36)</sup>.

2.9. A posição adversa a um dualismo formulário, mesmo que *mitigado* não significa que, designadamente num ponto de vista científico, não haja regras próprias à arbitragem internacional. O mais representativo sistema legal que aboliu quase por com-

---

nacional, ao invés do que acontecia com a lei de 1996. Cf. MANTILLA-SERRANO, *La nouvelle lois péruvienne...*, na RA, 2009, p. 659 ss (texto na p. 199).

<sup>(34)</sup> Existe uma forte tendência para a absorção pela arbitragem interna das soluções da arbitragem internacional. Cf. CHARLES JARROSSON, *L'apport de l'arbitrage internationale à l'arbitrage interne*, em *L'internationalité dans les institutions et le droit, convergence et défis — Études offertes à Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 233 s. e SYLVAIN BOLLÉE, *La clause compromissoire et le droit commun des conventions*, R.A. 2005, *maxime* p. 919, onde se refere, precisamente, o estudo fundamental de Jarrosson.

<sup>(35)</sup> Lei de 25.5.2006. É de notar que na sua feitura participaram especialistas franceses, como PIERRE MAYER e BERTRAND ANCEL.

<sup>(36)</sup> “(...) em que há um conjunto de regras comuns ou em que as regras aplicáveis à arbitragem interna são extensíveis, sob certas condições, à arbitragem internacional” (LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, Almedina, 2005, p. 199).



pleto qualquer referência à arbitragem internacional terá sido o italiano, com a lei de 2 de Fevereiro de 2006<sup>(37)</sup>.

Não é de esquecer, aliás, que a *Lei-Modelo* da CNUDCI, que se destinou declaradamente a estabelecer um padrão legislativo para a arbitragem *internacional* inspirou, desde então, a arbitragem *nacional e internacional*. Toda a arbitragem tende a transnacionalizar-se.

### **Ainda sobre o critério de ordem pública**

2.10. A menção feita na nossa actual LAV, na área que afecta à arbitragem *interna* a referida “ordem pública internacional do Estado português” — art. 46.3, al. *b*) — não tem sustentação possível.

Desde logo, a própria Lei-Modelo — art. 34.2, al. *b*) fala, em “ordem pública do Estado (em causa)”.

E assim mesmo é acolhida na ZPO alemã (§ 1059) e na lei sueca de 1999, que não distinguem entre ordem pública interna e ordem pública internacional. É entendido que estando ambas inscritas no ordenamento jurídico *nacional*, ambas serão sempre nacionais. E a lei austríaca de 2006 (art. 611.3) refere que a sentença deve ser anulada se violar os valores fundamentais da ordem jurídica *austríaca*; essa violação é mesmo do conhecimento *oficioso*.

2.11. Significativamente, em França — pátria da solução dualista da arquitectura arbitral — fala-se no plano interno apenas em “ordem pública” (art. 1492.5 da Lei de 2011), aludindo-se apenas à ordem pública internacional” (art. 1520.5) no tocante à arbitragem internacional.

---

(37) Entretanto, e ao invés do que se poderá pensar, não advem deste critério uma desconsideração da arbitragem internacional. Caracteriza-se, sim, pela “internacionalização” da arbitragem interna ou por uma “reunificação” das duas interfaces (EDOARDO-F. RICCI, *La longue marche vers l'internationalisation du droit italien de l'arbitrage*, em *Les Cahiers de l'Arbitrage*, IV, 2008, p. 191 s).

2.12. É de concluir, pois, pela rejeição da solução da LAV. Excelente seria a solução que estabelecesse um critério comum à arbitragem interna e à internacional. E que optasse por uma indiferenciação das duas facetas de “ordem jurídica”, como designadamente acontece no direito alemão<sup>(38)</sup>.

### **A violação terá que ser flagrante e apenas da sentença?**

2.13. Como lembrámos, a determinante razão pela qual no anteprojecto da APA se rejeitou a violação da ordem pública como fundamento da anulação da sentença arbitral (em direito interno) foi o risco de com ela “se abrir a porta a um reexame do mérito pelos tribunais estaduais”<sup>(39)</sup>.

Mas mesmo assim cuidou-se em incluir no art. 46 do *anteprojecto* um n.º 9, acautelando que o tribunal estadual que anule a sentença arbitral não possa conhecer do mérito da questão (...).

A LAV 2011, que transpôs quase que na íntegra para o plano normativo aquele *anteprojecto*, afoitou-se a *innovar*, incluindo no seu articulado o desastroso art. 46.3 *b*, em que *desnacionaliza*, internacionalizando-a, a ordem pública interna — que nos demais sistemas jurídicos é indelegável pertença do próprio País, até como valor cultural.

2.14. A finalidade do exame da ordem pública não é, por certo, corrigir “as sentenças erradas” o que, realmente, implicaria um controlo aprofundado de mérito<sup>(40)</sup>. Ou, como referiu outro jurista francês, o tribunal de anulação não é o *juiz do processo*, mas o *juiz da sentença*<sup>(41)</sup>.

Mas será realmente assim?

Na realidade, será de pôr de lado uma perspectiva *maximalista* do exame *aprofundado* de todo o processo. A essa concepção

<sup>(38)</sup> Assim também LIMA PINHEIRO, *Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral*, na R.O.A., 2007 p. 1025-1039, *maxime* p. 1033.

<sup>(39)</sup> Nota justificativa n.º 156 do *anteprojecto* (RIAC, 2010, p. 213).

<sup>(40)</sup> Cf., por todos, LOUIS-CHRISTOPHE DELANOY, *Le controle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation...*, RA, 2007, p. 177-221.

<sup>(41)</sup> SYLVAIN BOLLÉE, anot. jurisp., RA, 2007, p. 101-108, *maxime* p. 102.

se opõe (com algumas cambiantes) a corrente minimalista (Yves Derains, Alexis Mourre, Thomas Clay, por ex.), para a qual bastará uma violação manifesta *da sentença*<sup>(42)</sup>. Assim também em Itália<sup>(43)</sup>.

2.13. Creio, no entanto, que uma perspectiva excessivamente *light* (i.e., branda, aligeirada) é errada e improdutiva. Pôr de lado o *processo* e apenas encarar a *sentença* será esquecer que a sentença *resulta* do processo e que os vícios deste a ela necessariamente se propagarão. O processo e a sentença são fases indelgáveis e não compartimentáveis. Como lembrava Manuel de Andrade todos os actos do processo têm uma significação colectiva.

2.14. E como ajustadamente dizem agora Assunção Cristas e Mariana França Gouveia<sup>(44)</sup> “não se vislumbra como é possível decidir se há ou não violação da ordem pública sem analisar o mérito da decisão”.

---

(42) No mesmo sentido a lei sueca de 1999, que exige que a *sentença* seja manifestamente incompatível com a ordem pública sueca” (art. 33.2).

(43) LUCA RADICATI DI BROZOLO, *Contratto del lodo internazionale e ordine pubblico*, na *Riv. Arb.*, 2006, p. 629 ss, *maxime* p. 637.

(44) *A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais* (anotação jurisprudencial), em *Cadernos do Direito Privado*, n.º 29, Jan.-Março 2010, p. 48 ss., *maxime* p.56.

## 3

## CONFIDENCIALIDADE

## Termos gerais

3.1. Uma das “clássicas” razões que induzem à opção pela arbitragem (pensamos sobretudo na arbitragem comercial) é a confidencialidade que ela tendencialmente assegura. Isto já era dito por Fouchard<sup>(45)</sup> e por Ferrer Correia<sup>(46)</sup>. E é agora repetido por Blackaby-Partasides-Redfern-Hunter<sup>(47)</sup>.

O certo, porém, é que teve, até há não muito tempo, escassa expressão legislativa.

Eram assinaláveis a lei de Taiwan de 24.6.1998<sup>(48)</sup> e a da Venezuela de 25.3.1998<sup>(49)</sup>.

Antes delas já o art. 14 da lei neo-zelandesa de 1996 tinha disposto sobre a reserva que o processo arbitral implicava. Só que o preceito foi alvo de fortes críticas (que culminaram no *Robertson Report* de 2003) vindo a ser substituído em 2007 por um novo art. 14 com nove (!) alíneas, que constam hoje do *Arbitration Amendment Act 2007*<sup>(50)</sup>.

3.2. Inovando em relação à lei de 1988, a lei espanhola de 2003 dispõe no art. 24.2<sup>(51)</sup>:

---

<sup>(45)</sup> *Écrits*, cits., p. 205.

<sup>(46)</sup> *Da arbitragem comercial internacional*, na *Rev. Dir. e Economia*, X/XI (1984-1985), p. 3 ss.

<sup>(47)</sup> *Ob. cit.*, p. 33.

<sup>(48)</sup> Art. 15: “O árbitro deve ser independente e imparcial e deve respeitar o princípio da confidencialidade”.

<sup>(49)</sup> Art. 42: “Salvo acordo em contrário das partes, os árbitros têm a obrigação de manter confidencialidade sobre o processo arbitral, as provas e tudo aquilo que se refira ao processo”.

<sup>(50)</sup> Cf. MICHAEL HWANG-KATIE CHUNG, *Defining the indefinable: practical problems of confidentiality in arbitration*, em *Journal of International Arbitration*, 2009, n.º 5, p. 809-645, *maxime* p. 631-635.

<sup>(51)</sup> Que não foi alterado pela lei 11/2011, de 20.5.

“Os árbitros, as partes e as instituições arbitrais estão obrigadas a manter confidencialidade sobre as informações que conheçam através da sua actuação arbitral”<sup>(52)</sup>.

Desde então várias leis nacionais foram publicadas, encarrando positivamente a questão da confidencialidade.

Em 2008 a lei *peruana* de arbitragem incluiu um extenso art. 51 no qual minuciosamente trata do regime da confidencialidade<sup>(53)</sup>. E logo em Dezembro do mesmo ano a lei *dominicana*, em formulação muito mais sintética, mas de certo modo pouco nítida<sup>(54)</sup> seguiu-lhe o exemplo.

Nesta área geográfica será ainda de assinalar a lei da *Costa Rica* de 25.5.2011<sup>(55)</sup>, que — substituindo uma lei publicada cerca de 3 anos antes (19.12.2008) — pretendeu atrair ao país uma profusa actividade arbitral — o que, dito assim mesmo, é um objectivo de certo modo ingénuo, já que não será apenas de uma lei, mesmo que porventura excelente, que o país que a produziu se tornará num Eldorado de “clientes” alheios.

3.3. De referir que nos países lusófonos a mais expressiva lei é, neste aspecto, a da Guiné-Bissau (2000). Nos termos do art. 28 o processo arbitral é confidencial (n.º 1). Sob reserva de

---

<sup>(52)</sup> Este art. 24.2 foi, por alguns autores (como CHILLÓN MEDINA e MERINO MERCHANT) considerado desde logo como insuficiente. Cf. MONTERRAT DE HOYOS SANCHO, *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje* (dir. Vicente Guilarte Gutiérrez), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 457.

<sup>(53)</sup> A lei de 1996 era omissa. E o regime consagrado na lei de 2008 valerá “salvo pacto em contrário” ou “salvo imposição legal em contrário”. É ainda disposto na actual lei que quando o Estado peruano for parte, o processo arbitral estará sujeito a confidencialidade, mas a sentença será pública (n.º 3 daquele art. 51).

<sup>(54)</sup> Dispõe, com efeito, o art. 22.2: “Os árbitros, as partes e as instituições de arbitragem têm a obrigação de manter a confidencialidade sobre as *informações* de que tenham conhecimento no âmbito do processo arbitral”. Cf. STEPHAN ADELLE, *La nouvelle loi dominicaine sur l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008*, em RA, 2009, p. 503-520. O texto completo é reproduzido na p. 661 ss.

<sup>(55)</sup> Dispõe o art. 38: “O processo arbitral será confidencial. Quando deva ser invocado perante os tribunais do Estado apenas terão conhecimento desta intervenção as partes e os seus representantes. Salvo acordo expresso em contrário, a sentença, quando transitada, será pública (...). Para protecção das partes estas serão identificadas unicamente através das suas iniciais”.

acordo em contrário das partes, estas e os seus advogados e demais pessoas associadas ao processo estão obrigados a confidencialidade, que de igual modo abrange as sentenças arbitrais.

3.4. O *Arbitration Act* “inglês<sup>(56)</sup> de 1996 e a legislação federal dos Estados Unidos não contêm preceitos relativos à confidencialidade. Entretanto, os tribunais ingleses reconheceram-na por vezes como sendo inerente à natureza privada do processo<sup>(57)</sup>.

Nos Estados-Unidos — como, de resto, em Inglaterra — há uma forte pressão doutrinal no sentido de alterar o *Federal Arbitration Act* de modo a que nele seja reconhecida, supletivamente, a confidencialidade, designadamente no tocante à publicação das sentenças, que terá que ser consentida pelas partes<sup>(58)</sup>.

3.5. Entretanto, o *Arbitration (Scotland) Act* de 2010, embora muito próximo do “inglês, acolhe o princípio da *confidencialidade*, com carácter supletivo (Rule 26 Schedule 1)<sup>(59)</sup>.

Ainda de caracterizada inspiração britânica mas prevendo como regra a confidencialidade é a lei de Hong-Kong sobre arbitragem de 2011 (*Arbitration Ordinance*).

## Depois de Espanha, a França

3.6. Dizia Eric Loquin, em 2006<sup>(60)</sup>, que a confidencialidade da arbitragem era “un sujet à la mode”, mas que, não obstante, estava ausente das leis que regiam a arbitragem. E, ao invés,

---

<sup>(56)</sup> Dizemos “inglês” (entre comas) porque o *Arbitration Act* aplica-se na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte.

<sup>(57)</sup> Decisões da *Court of Appeal* nos casos *Dolling-Baker v. Merrett* (1990), *Has-seneh Insurance Co of Israel v. Mew* (1993) e *Emmot v. Michael Wilson* (2008), designadamente.

<sup>(58)</sup> BRUNET-SPEIDEL-STERNLIGHT-WARE, *Arbitration Law in America...*, Cambridge University Press, N.Y., 2006, *maxime* p. 369. O mesmo acontece com o *Revised Uniform Arbitration Act*, de 2000, aplicável apenas à arbitragem interna.

<sup>(59)</sup> NATHALIE MEYER FABRE-CARLA BACKER CHISS, *La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage*, RA, 2010, p. 801 ss.

<sup>(60)</sup> *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage*, RA, 2006, p. 323-352.

era frequentemente referida a decisão do Supremo Tribunal sueco de 27.10.2000 que decidiu não existir em arbitragem qualquer dever legal de confidencialidade<sup>(61)</sup>.

Aconteceu, no entanto, que o Decreto francês 2011-48 de 13.1.2011, sobre a reforma da arbitragem, introduziu no título I, respeitante à *arbitragem interna*, a seguinte al. 4 do art. 1464:

“Sob reserva das obrigações legais e se as partes não dispuserem em contrário o processo arbitral fica sujeito ao princípio da confidencialidade”<sup>(62)</sup>.

3.7. Relativamente à arbitragem *internacional* a remissão feita no art. 1506 para algumas das disposições da arbitragem *interna* não abrange a alínea (4) daquele art. 1464.

Entretanto, é entendido que mesmo sem essa remissão, a confidencialidade continuará a valer como “princípio”, embora sem valor imperativo<sup>(63)</sup>.

### **Alguns dos grandes regulamentos de arbitragem**

3.7. Se as leis dos Estados não são muito pródigas em encarar a problemática da confidencialidade dos processos arbitrais e das sentenças nelas proferidas, os Regulamentos das grandes instituições arbitrais preocupam-se com ela.

Sem cuidar de fazer uma enumeração exaustiva desses regulamentos, parece de indicar alguns deles.

Assim, o da LCIA (1998)<sup>(64)</sup>, que no art. 30 aponta a confidencialidade como regra supletiva (30.1.) e estabelece que a sen-

---

<sup>(61)</sup> *A.I. Trade Finance Inc. V. Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd* (caso *Bulbank*).

<sup>(62)</sup> Acontecera que o texto proposto pelo *Comité français de l'arbitrage* para a reforma do livro IV do NCPC (designação que então tinha o CPC francês), ao qual pertenciam nomes de magna ressonância (BOISSÉSON, CLAY, DERAIS, FOUCHARD, GAILLARD, JARROSSON, MAYER, etc) considerara que o carácter confidencial da arbitragem era uma “noção ambígua e controversa” (RA, 2006, p. 497).

<sup>(63)</sup> JARROSSON-PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, RA, 2011, p. 5 ss.

<sup>(64)</sup> *London Court of International Arbitration* (LCIA).

tença não poderá ser publicada pela *Court*, integralmente ou em extractos, salvo acordo *prévio* das partes e do tribunal arbitral.

3.8. O Regulamento *suiço* de arbitragem internacional dispõe com minúcia, sensivelmente nos mesmos termos da LCIA<sup>(65)</sup>.

O Regulamento da Câmara de Comércio de Estocolmo, (*Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce — SCC*) publicado em 1999 foi integralmente substituído em 2010. Dispõe agora que “salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral deve manter confidencialidade sobre o processo arbitral e a sentença”.

3.9. Entretanto, para além dos Regulamentos apontados com carácter meramente exemplificativo<sup>(66)</sup>, dois há de aplicabilidade quase universal:

- o Regulamento de arbitragem da CCI.
- o Regulamento de arbitragem da CNUDCI (Uncitral).

3.10. O anterior *Regulamento da CCI* é de 1998. Incluía três disposições que revelavam o propósito de resguardar, até certo ponto, a confidencialidade.

Eram elas o art. 20.7 (“o tribunal arbitral pode tomar medidas para proteger os segredos de negócios e as informações confidenciais”), o art. 21.3 (... “Salvo acordo do tribunal arbitral e das partes, às audiências não podem assistir pessoas estranhas ao processo”) e o art. 28.2 (“certidões para além das entregues aquando da notificação podem a todo o tempo ser entregues exclusivamente às partes ou a qualquer delas”).

António Briguglio-Laura Salvaneschi (*Regolamento di Arbitrato della CCI*, Giuffrè, 2005, p. 388-389) consideram que estas medidas eram fragmentadas e insuficientes.

---

<sup>(65)</sup> Art. 43: O regulamento suiço é de 2004. Cf. *Riv. Arb.*, 2004, p. 385 ss.

<sup>(66)</sup> Outros, como o da WIPO, ou o do DIS alemão, são no essencial idênticos. Assim também a *Convenção CIRDI-ICSID* (Centro Internacional para a resolução de diferendos relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados), embora com naturais especificidades.



Já o Regulamento actual — em vigor desde 1.1.2012 — é mais explícito (art. 22.3):

“A pedido de qualquer das partes, o tribunal arbitral pode impor regras relativas à confidencialidade do processo arbitral ou de qualquer outro assunto relativo à arbitragem e adoptar medidas para proteger os segredos comerciais e as informações confidenciais”.

3.11. Substituindo o Regulamento de 1976, o actual *Regulamento CNUDCI*, de 2010, é muito mais contido que o anterior no tocante à aplicabilidade de uma regra geral de confidencialidade<sup>(67)</sup>.

Designadamente quanto à publicidade das sentenças dispõe (art. 34.5):

“A sentença pode ser tornada pública com o consentimento de todas as partes ou quando a sua divulgação for requerida por uma das partes para cumprimento de uma obrigação legal, para proteger ou fazer valer um direito ou relativamente a um processo que corra num tribunal ou perante outra autoridade competente”.

Desde já podemos antecipar que, em geral, estamos em consonância com este novo critério, como adiante brevemente justificaremos.

### Natureza e limites da confidencialidade

3.12. Eu diria, como já disse<sup>(68)</sup>, que a confidencialidade é um *uso normativo*, no sentido de prática geralmente aceite e seguida. A menos que tenha sido formalmente assumida pelas partes ou imposta pela lei, a sua validade poderá ter limites.

De qualquer modo, e enquanto *valer*, integrará uma verdadeira “common law” da arbitragem, como já foi referido<sup>(69)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> PIERRE PIC-IRÈNE LEGER, *Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (2011), RA, 2011, p. 99 ss., *maxime* p. 105.

<sup>(68)</sup> *O Estatuto dos Árbitros*, R.O.A., 2007, *maxime* p. 541.

<sup>(69)</sup> VINCENZO VIGORITI, *Le revisione delle “Rules of Arbitration” dell’Uncitral*, na Riv. Arb., 2009, p. 575 ss., *maxime* p. 578. Vigoriti mantém nesse escrito o que já dissera em *Towards a Common Law of Arbitration*, em *Am. Rev. Int. Arbitration*, 1995, p. 29. É o que o próprio diz.

Qualificar a confidencialidade de *uso normativo*, por assim dizer *implícito*, tem sido repetidamente feito. Assim, desde logo, por Eric Loquin<sup>(70)</sup> ou Philippe Cavalieros<sup>(71)</sup>.

3.13. Aliás, Cavalieros considera que “a confidencialidade da arbitragem tem todas as características de um uso internacional, cuja fonte não residirá em qualquer lei em particular, mas na *lex mercatoria*; pelo menos numa *lex mercatoria processualis*” (ob. cit., p. 60).

Esta remissão para uma *lex mercatoria processualis* poderá ser dogmaticamente arriscada. A não ser, talvez, como princípio, desprovido de força impositiva. Seria caso para dizer que se estaria perante uma *lex mercatoria processualis* que apenas se *propunha*, sem se *impor*, à vontade das partes<sup>(72)</sup>.

Num comentário recente ao Regulamento NAI (holandês) é reafirmado que a confidencialidade é uma “usual practice”; caso se pretenda obter uma segurança absoluta, “seja conveniente obter-se o acordo escrito da outra parte”<sup>(73)</sup>.

3.14. A dimensão *ética* do dever de confidencialidade pesará, mas muito mais fundamentalmente pesarão os deveres de *independência e imparcialidade*<sup>(74)</sup>.

Agostinho Pereira de Miranda pôs, com realismo, dúvida sobre a existência de um *dogma da confidencialidade*, uma “condi-

<sup>(70)</sup> A existência de confidencialidade é implícita, e pode ser “explicada” “par l’existence en ce sens d’un usage supplétif de la volonté des parties” (*L’obligation de confidentialité de l’arbitrage*, RA, 2006, p. 323 ss, *maxime* p. 352).

<sup>(71)</sup> *La confidentialité en l’arbitrage*, em *Cahiers de l’Arbitrage*, III, 2006, p. 56 ss., que assim expressamente o qualifica.

<sup>(72)</sup> De qualquer modo o que se tem como não aceitável é que se confunda este uso *comercial* ou “aparentado” com um mero uso inserível no art. 3 do Código Civil. Insistimos: a confidencialidade arbitral, com todas as limitações que possa ter, tem um lugar certo na arbitragem em geral (*customary arbitration law*). Cf. assim PIETER SANDERS, *Quo vadis Arbitration?*, Kluwer Law International, 1999, p. 362 ss.

<sup>(73)</sup> BOMMEL VAN DER BEND e outros, *A Guide to the NAI Arbitration Rules*, Wolters Kluwer, 2009, p. 12. NAI corresponde a *Netherlands Arbitration Institute*.

<sup>(74)</sup> Assim F. ESTAVILLO-CASTRO, *Ethics in Arbitration*, em *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, p. 398 ss e J. C. FERNANDEZ ROSAS, *Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators*, no mesmo *Liber Amicorum*, p. 441 ss.

ção inderrogável da arbitragem”(75). Vimos que não é, situando-na na sua exacta dimensão.

### Reflexão final

3.15. Face ao que se deixou dito é de crer que uma solução legal correcta da magna questão da confidencialidade poderá ser a constante dos arts. 30.5 e 30.6 da nossa LAV 2011 — recebidas, *ne varietur*, do anteprojecto da APA.

Dando uma resposta legislativa ao problema faz-se no art. 30.5 uma equilibrada compatibilização entre o dever de sigilo e o direito à actuação processual pública quando disso for caso(76). Tem-se também em conta o dever de cooperação com as autoridades oficiais, se exigido.

3.16. A publicação das sentenças arbitrais, em moldes que não colidam no essencial com a confidencialidade, é de incentivar. A formação de um *acquis* jurisprudencial contribuirá em grau máximo para a qualidade científica de futuras decisões(77).

E, nesta perspectiva, será de aceitar a formulação do art. 30.6.

Expurgada de elementos de identificação das partes a sentença (*e porquê outras decisões?*) do tribunal arbitral pode ser publicada, salvo se qualquer das partes a isso se opuser.

---

(75) Cf. *O estatuto deontológico do árbitro...*, em *Intervenções*, III Congresso do CAC, Almedina, 2010, p. 59 ss, *maxime* p. 67. E nessa exacta medida está incluída no *Código Deontológico da APA* (art. 9).

(76) Cf. PAULA COSTA E SILVA, *A execução em Portugal de decisões arbitrais...*, em *Intervenções*, I Congresso CAC, 2008, p. 131 ss, *maxime*, p. 133.

(77) Destacando um exemplo é de lembrar o art. 27 da Convenção Internacional sobre Salvação (marítima) de 1989: “Os Estados devem incentivar na medida do possível e obtido que seja o consentimento das partes a publicação das sentenças arbitrais proferidas em casos de salvação”. Esta prática é hoje corrente em todas as áreas especializadas do Direito. Cf. EMMANUEL GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, I, Pedone, 2004 e II *id*, 2010. Eduardo Parente (*Processo Arbitral e Sistema*), Ed. Atlas, S. Paulo, 2012, p. 306-307) distingue, e bem, entre a jurisprudência dos tribunais judiciais (sobretudo Tribunais Superiores) sobre arbitragem e a dos próprios *tribunais arbitrais*. Será esta que agora estará em causa.

3.17. A *não-oposição* ou a *autorização* são, qualquer delas, modos de dar *consentimento*. E, como é óbvio, em qualquer dos casos terão as partes que ter prévio *conhecimento* de que se pretende publicar a sentença.

A ser assim, porque optar pela fórmula *não oposição*? Apenas por uma razão “prática”. A *autorização* pressupõe um *facere*. Poderá acontecer que a parte vencida não dê autorização apenas como reacção (porventura instintiva) perante o desfecho desfavorável do processo arbitral.

# NOTAS AVULSAS SOBRE AS PROPOSTAS DE REFORMA DAS LEIS PENAIS

(PROPOSTAS DE LEI N.<sup>OS</sup> 75/XII, 76/XII E 77/XII)

*Pelo Prof. Doutor Germano Marques da Silva*

*SUMÁRIO:*

**Introdução.** 1. Alteração do regime da prescrição do procedimento criminal. 2. Medidas de coacção. 3. Validade como elemento de prova de declarações prestadas nas fases processuais anteriores ao julgamento. 4. Processo sumário. 5. Fecho.

## INTRODUÇÃO

Estão pendentes da Assembleia da República três Propostas e dois Projectos de Leis que têm por objecto alterações das leis penais. Trata-se das Propostas de Leis n.<sup>os</sup> 75/XII, 76/XII e 77/XII e dos Projectos de Leis n.<sup>os</sup> 194/XII/1.<sup>a</sup> e 266/XII/1.<sup>a</sup>.

Propomo-nos analisar as alterações essenciais constantes das propostas do Governo porque são as que introduzem alterações mais profundas nos diplomas fundamentais sobre matéria penal. Cuidaremos principalmente das matérias enunciadas no sumário, mas no final faremos uma apreciação global, embora sintética, da generalidade das alterações propostas e cujo processo legislativo está em curso.

Com este artigo para a Revista da Ordem não temos a pretensão de influenciar o processo legislativo, quase na fase final e porventura até já encerrado quando for publicado, mas tão-só contri-

buir para a reflexão alargada sobre o direito penal do devir próximo, para a interpretação dos textos que resultarem da reforma e cumprir a função crítica que também cabe ao académico e ao jurista militante.

## **1. ALTERAÇÃO DO REGIME DA PRESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL — ARTIGO 120.º DO CÓDIGO PENAL (PROPOSTA DO GOVERNO)**

**I.** Na Proposta de Lei n.º 75/XII propõe-se uma nova causa de suspensão da prescrição do procedimento criminal: a sentença condenatória<sup>(1)</sup>. A suspensão da prescrição por pendência do processo após a notificação da sentença condenatória pode atingir 20 anos! É manifesto exagero e porventura violador da garantia a um processo célere (art. 32.º, n.º 2, da Constituição e art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

**II.** O esforço das reformas processuais deve orientar-se no sentido de garantir a celeridade do processo para cumprimento da garantia constitucional da celeridade. Percebe-se que o aumento dos processos e a sua crescente complexidade (consequência também de não se procurar obstar aos chamados “processos monstruosos” em resultado de múltiplas conexões processuais) torne o tempo de suspensão actual de 3 anos [al. b) do n.º 1 do art. 120.º] insuficiente, mas parece manifestamente exagerado e violador do espírito da Constituição passar de 3 anos para 8, 13 ou 23, consoante o processo seja comum, seja declarada a sua especial complexidade ou haja recurso para o Tribunal Constitucional. Em nossa opinião não tem qualquer justificação uma suspensão por

---

<sup>(1)</sup> Art. 120, n.º 1, al. e): A sentença condenatória, após notificação ao arguido, não transitar em julgado. 4. Nos casos previstos na alínea e) do n.º 1 a suspensão não pode ultrapassar cinco anos, elevando-se para 10 anos no caso de ter sido declarada a excepcional complexidade do processo. 5. Os prazos a que alude o número anterior são elevados para o dobro se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional.

mais 5 anos após a notificação da sentença condenatória se o processo não for declarado de especial complexidade, por mais 10 anos se o processo for declarado de especial complexidade, acrescendo mais 10 ou 5 anos se for interposto recurso para o Tribunal Constitucional e o processo for ou não declarado de especial complexidade, respectivamente.

Teremos assim que um crime punível com pena de prisão até 5 anos, cujo prazo de prescrição do procedimento é de 10 anos [art. 118.º, al. b)] pode arrastar-se pelos tribunais pelo menos por 23 anos, tanto é o limite do prazo de suspensão por pendência do processo em caso de ser declarada a sua especial complexidade e for interposto recurso para o Tribunal Constitucional. Não faz sentido, não respeita a Constituição e viola também a CEDH.

**III.** Percebe-se o objectivo prosseguido com a proposta de aditamento desta nova causa de suspensão da prescrição: evitar as prescrições.

É necessário, porém, ter sempre presente que nem todos os recursos são dilatatórios, embora o sejam muitas vezes, e se são interpostos múltiplos recursos no mesmo processo (mais de 3) isso significa as mais das vezes a falta de qualidade das decisões das instâncias. Falta de qualidade que não se combate com a limitação directa ou indirecta dos recursos ou, como agora se propõe, alargando de tal modo a suspensão por pendência em resultado da interposição de recursos que faz com que o prazo efectivo de prescrição do procedimento seja elevado, em alguns casos, para mais do triplo da sua duração normal.

Importa é criar instrumentos de aceleração dos recursos porque a sua pendência durante largos meses ou anos não é benéfica nem para a sociedade nem para os arguidos que vêm os seus processos arrastar-se sem fim. É um direito dos arguidos a ter o seu processo resolvido «no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa» (art. 32.º, n.º 2, da CRP) e o alargamento desmedido e desproporcionado da suspensão da prescrição em razão da interposição de recurso não estimula a celeridade dos tribunais, muito antes pelo contrário.

## 2. MEDIDAS DE COACÇÃO

### A) Artigo 194.º (Medidas de coacção)

I. Na Proposta de Lei n.º 77/XII propõe-se a alteração do art. 194.º do Código de Processo Penal, sendo as alterações mais relevantes as que respeitam à possibilidade de o juiz de instrução poder, durante o inquérito, aplicar medida de coacção mais grave do que a pedida pelo Ministério Público<sup>(2)</sup>. Não entendemos nem a necessidade nem as razões subjacentes à alteração, não obstante a justificação constante da exposição de motivos.

Recordemos que a norma do n.º 2 do art. 194.º vigente, que dispõe que «durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coacção ou de garantia patrimonial mais grave que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade», foi aditada ao Código pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Antes dessa alteração, o entendimento dominante era que o juiz apenas estava sujeito à lei e à promoção de aplicação de uma medida pelo Ministério Público. Do mesmo modo que o tribunal não fica limitado pela pena concreta pedida pela acusação também não estaria limitado pela medida de coacção concreta pedida pelo Ministério Público.

A partir de determinado momento, já muito antes de 2007, alguma jurisprudência começou a entender que o juiz de instrução estava condicionado pela medida requerida pelo Ministério Público, argumentando com o domínio da fase processual do Inquérito pelo Ministério Público e considerando que medida de coacção mais grave do que a requerida significava a interferência do juiz na condução do Inquérito. Alguns invocavam a estrutura acusatória do processo para concluir que o juiz não deveria poder aplicar medida mais grave do que a requerida.

---

(2) Art. 194.º, n.º 2: Durante o inquérito, o juiz pode aplicar medida de coacção diversa, ainda que mais grave, quanto à sua natureza, medida ou modalidade de execução, da requerida pelo Ministério Público, com fundamento nas alíneas *a*) e *c*) do artigo 204.º. 3. Durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coacção mais grave, quanto à sua natureza, medida ou modalidade de execução, com fundamento na alínea *b*) do artigo 204.º nem medida de garantia patrimonial mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade.



Nunca entendemos a polémica. Face aos argumentos no sentido da limitação parecia-nos que conduziam a que o juiz não pudesse simplesmente aplicar medida diferente, mais gravosa ou menos gravosa, mas não era essa a nossa opinião. Em nosso entender, o juiz estava limitado era pelos fins cautelares prosseguidos com a promoção do Ministério Público. Por isso que defendíamos que em qualquer caso, mesmo na aplicação de medida menos gravosa, o juiz deveria ouvir previamente o Ministério Público, não tanto relativamente aos pressupostos das medidas, mas em atenção aos fins para que eram requeridas. Com esta exigência pensávamos assegurar maior imparcialidade do juiz que em caso algum tomava a iniciativa de restringir a liberdade ou a propriedade do arguido.

Acresce que o argumento de que a aplicação de medida mais gravosa poderia prejudicar a actuação do Ministério Público, nomeadamente o seu plano de investigação, não nos convencia, pois as medidas de coacção não se justificam pela estratégia de investigação nem para servir a investigação, embora na prática isso suceda com demasiada frequência em manifesta violação da lei.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, consagrou-se no Código a orientação que vinha a ganhar os favores da jurisprudência e parte da doutrina, limitando os poderes do juiz que, condicionado pela promoção do Ministério Público, ficava também condicionado pela natureza e gravidade da medida requerida e, no nosso entender, pelos fins que o Ministério Público visava acautelar, ou seja pelos perigos que o Ministério Público procurava afastar com a aplicação da medida cautelar.

As alterações propostas são significativas. Não voltam à redacção inicial e afastam o essencial das alterações de 2007.

**II.** Propõe-se agora um sistema misto que na nossa perspectiva é perturbador do sistema.

A primeira observação que nos parece importante fazer é que no que respeita às medidas de garantia patrimonial mantém-se tudo como na lei vigente. O juiz não pode aplicar medida de garantia patrimonial mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, conforme resulta da proposta de alteração do n.º 3, parte final, do

art. 194.º. E aqui começa a primeira incoerência: se as medidas de garantia patrimonial, desde logo a caução económica, visam acautelar o «pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime» qual a razão de terem tratamento diverso da medida aplicável quando haja receio de fuga ou perigo de fuga? Também neste caso a finalidade da medida de coacção não é acautelar que a pena aplicada a final seja cumprida? E sendo assim qual a razão da limitação quantitativa ao requerido pelo Ministério Público? Não entendemos.

E relativamente à alínea *c*) do art. 204.º do CPP? Recai agora sobre o juiz o encargo e a correspondente responsabilidade de velar para que o arguido não continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e tranquilidade públicas? É essa a função do juiz das liberdades? Sempre entendemos que o juiz é garante das liberdades de quem vê a sua liberdade ameaçada pelo poder, mas que não tem o encargo de velar preventivamente pelos direitos de todos. Essa função compete, segundo cremos, a outros poderes do Estado, ao Executivo, através das polícias, e quando seja necessário privar ou limitar a liberdade de algum arguido compete ao Ministério Público submeter ao juiz a sua pretensão para que este aprecie e decida sobre os direitos do arguido.

**III.** Relativamente às medidas de coacção, temos então dois sistemas:

- a*) Se os fins da aplicação das medidas forem as alíneas *a*) ou *c*) do art. 204.º (fuga ou perigo de fuga, continuação da actividade criminosa ou alarme social), o juiz é livre na escolha da medida, quanto à natureza, medida ou modalidade da execução, bastando que uma qualquer medida seja requerida pelo Ministério Público durante o inquérito;
- b*) Se o fundamento da aplicação for a al. *b*) — perigo de perturbação do inquérito — o juiz não pode aplicar medida de coacção diversa, quanto à sua natureza, medida ou modalidade, da requerida pelo Ministério Público.

Qual a razão para a diversidade de regime? Com o n.º 3 parece querer responder-se ao argumento de que dando liberdade

de escolha ao juiz estaríamos a admitir a sua interferência na condução do inquérito, cuja competência é do Ministério Público. O juiz pode aplicar ou não a medida requerida, mas não pode aplicar outra diversa quanto à natureza, medida ou modalidade de execução. É sim ou não; a ponderação a que o juiz deve proceder, imposta pelo art. 18.º da Constituição e art. 193.º do CPP, respeita tão-só à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida concreta requerida; é o tudo ou nada. Não vejo aqui qualquer dificuldade teórica e parece-me que a solução proposta é até mais coerente do que o regime vigente dado que medida diversa da requerida pelo Ministério Público pode não satisfazer as necessidades processuais que o Ministério Público pretende acautelar de acordo com a lei.

Com o n.º 2 do art. 194.º parece entender-se que o fundamento da medida já nada tem a ver com o decurso do inquérito — salvo que a necessidade de alguma medida tem ainda de ser requerida pelo Ministério Público, o que passa a ser uma exigência puramente formal. Pretende acautelar-se o perigo de fuga, a continuação da actividade criminosa ou perturbação da ordem e tranquilidade pública e agora é o juiz o senhor da decisão no que respeita à necessidade e à natureza e gravidade da medida.

A redacção proposta para o n.º 2 do art. 194.º suscita-nos uma primeira questão que parece essencial: basta que o Ministério Público requeira a aplicação de uma medida, seja qual for o perigo que vise acautelar, ou é necessário que o Ministério Público requeira a aplicação de uma medida para acautelar a fuga ou perigo de fuga, a continuação da actividade criminosa ou perturbação da ordem pública? Se, como entendemos dever ser, for de exigir que o requerimento do Ministério Público vise acautelar aqueles perigos, não vemos qualquer problema em que o juiz possa livremente escolher a medida que entenda necessária, adequada e proporcional. Se, pelo contrário, com a alteração projectada se vier a interpretar a lei no sentido de que basta que o Ministério Público requeira a aplicação de uma medida cautelar para que o juiz possa alargar a sua apreciação e decisão a todos os perigos que são pressuposto legal da aplicação das medidas de coacção, então a solução seria gravíssima porque se está a pôr em causa a imparcialidade do

juiz nesta fase processual, atribuindo-lhe o encargo de velar para que a decisão final possa ser cumprida [al. *a*)] ou que o arguido não continue a actividade criminosa ou haja perturbação da ordem e da tranquilidade públicas [al. *c*)], o que, entendemos, não é função do juiz.

Tendemos a interpretar a proposta no sentido que temos defendido até agora: o requerimento do Ministério Público deve ter por fundamento acautelar um concreto perigo, um dos indicados nas diferentes alíneas do art. 204.º. O fim visado com a medida requerida vinculará o juiz.

#### IV. Algumas questões:

- a*) Se a razão para a liberdade do juiz na aplicação da medida de coacção for o perigo de fuga, que o arguido fuja à justiça, não haverá idêntica razão no que respeita à medida de garantia patrimonial, como referimos supra? Se sim, qual a razão da diferenciação do regime? Não será incoerência?
- b*) Se o Ministério Público invocar como fim da medida requerida todos os perigos elencados no art. 204.º e concretamente o perigo de fuga, o perigo de perturbação do inquérito e o perigo de perturbação da tranquilidade pública, como na prática sucede com frequência, o juiz é livre na escolha da natureza da medida e sua gravidade ou fica condicionado pela limitação do n.º 3 da projectada alteração, não podendo aplicar medida diversa nem mais grave do que a requerida? O que prevalece? A liberdade do juiz ou a limitação requerida pelo MP?
- c*) Se o Ministério Público apenas promover a aplicação de uma concreta medida com fundamento na al. *b*) do art. 204.º, o juiz pode, officiosamente, apreciar a existência dos perigos das als. *a*) e *c*)? Admite-se agora a interferência do juiz, mesmo sem pedido? Mas se é assim para que serve o pedido do Ministério Público?
- d*) E se o Ministério Público promover a aplicação de uma medida de coacção com fundamento na al. *b*) do art. 204.º

e a medida for rejeitada pelo juiz, o Ministério Público pode ou deve promover outra ou outras de diferente natureza, medida ou modalidade de execução? Parece-nos que pode, mas, pelo menos aparentemente, deve repetir-se todo o incidente para a aplicação da medida, nomeadamente deve o arguido ser novamente ouvido. Parece um desperdício processual e uma perturbação desnecessária da paz do arguido.

Aqui temos já algumas dificuldades perturbadoras do sistema.

V. E quais as consequências, em termos práticos, da alteração proposta? Que o juiz antes de aplicar a medida deve ouvir o arguido e o seu defensor sobre a concreta medida que se propõe aplicar parece-nos absolutamente necessário e decorrente já do n.º 5 do art. 194.º. Que a alteração é menos garantística para o arguido também nos parece manifesto. Hoje temos uma dupla valoração: do Ministério Público, que requer fundamentadamente a medida, e do juiz que deve comprovar os seus pressupostos e ponderar os requisitos, nos termos do art. 193.º (necessidade, adequação e proporcionalidade). Passaremos a ter apenas a valoração feita pelo juiz.

Devemos anotar que, pelo que lemos na comunicação social — e com a reserva da pouca credibilidade que a comunicação social nos merece nestas coisas da justiça! —, a justificação para a alteração projectada residiria na frequente brandura do Ministério Público, donde que o juiz não pudesse aplicar medidas de coacção mais graves porque não requeridas. É verdade que já lemos isto mesmo em despachos judiciais de aplicação de medidas de coacção! Este argumento representa, em nossa opinião, a subversão total dos princípios: em lugar de ser o juiz o garante das liberdades seria o Ministério Público o seu principal defensor! Que o deve ser também, temos por assente, mas que se diminua a função do juiz é que nos parece de repudiar. E temos também por adquirido que a ponderação feita a três, juiz, Ministério Público e defensor, será mais prudente do que a que é feita por um só, mesmo juiz a exercer funções que não são as próprias da jurisdição.

### 3. VALIDADE COMO ELEMENTO DE PROVA DE DECLARAÇÕES PRESTADAS NAS FASES PROCESSUAIS ANTERIORES AO JULGAMENTO

I. É proposta agora também a alteração da alínea *b*) do n.º 1 do art. 357.º no sentido de admitir como meio de prova em julgamento as declarações anteriormente prestadas pelo arguido perante a autoridade judiciária<sup>(3)</sup>.

Não existem sistemas probatórios puros e que a mistura de modelos adoptada pela lei processual portuguesa foi uma opção política e processual de compromisso pragmaticamente fundada num contexto histórico específico parece-nos indiscutível.

Se bem entendemos as razões do sistema probatório vigente no que respeita à prova por declarações, quer do arguido quer das testemunhas, o legislador de 87 pretendeu (*i*) acautelar o retorno às práticas anteriores de formação antecipada da prova; (*ii*) assegurar uma interacção comunicativa entre o arguido e o juiz, o que correspondia à tradição do interrogatório judicial no julgamento e realiza o princípio da investigação, ou seja o poder-dever do tribunal de esclarecer e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa; (*iii*) proteger o arguido contra a auto-incriminação, porventura pela consciência comum de que a assistência judiciária, à data assegurada por advogados estagiários, era insuficiente para garantir a liberdade das declarações auto-incriminatórias dos arguidos nas fases preliminares do processo; (*iiii*) a desconfiança na actuação policial então ainda mais preocupada com a eficácia no combate à criminalidade e aos criminosos do que na garantia dos direitos e

---

(3) Art. 357.º, n.º 1: A reprodução ou leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido no processo só é permitida: *b*) Quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *b*) do n.º 4 do artigo 141.º. Art. 141.º, n.º 4: Seguidamente o juiz informa o arguido: *b*) De que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova.

liberdades dos cidadãos; (iiii) a preocupação de assegurar o contraditório da audiência, etc, etc.

Entendemos que as opções de 87 continuam válidas, mas admitimos que, cerca de 25 anos passados, algumas das razões que ditaram o sistema consagrado no Código de 1987 possam ser revistas. Os tempos mudaram e a nossa aprendizagem dos valores e práticas democráticas é uma realidade, também, e diria mesmo sobretudo, por parte das autoridades e por isso que não me repugne que algumas das preocupações de 87 se possam reavaliar à luz da eficácia das soluções consagradas na lei, mas mantendo e aprofundando se possível as garantias de defesa dos arguidos.

É, ao que parece, em razão da busca de mais eficácia que se pretende alterar a lei, mas duvidamos que existam, porventura por não os conhecermos, os estudos empíricos sobre a eficácia ou ineficácia das soluções vigentes, indubitavelmente garantísticas dos arguidos, e das soluções propostas. E receamos sinceramente, desejando enganar-nos, que as alterações em curso sejam antes o resultado das intuições de alguns juristas e políticos inspiradas por um certo populismo em matéria de combate ao crime, que parece ter-se apoderado da sociedade portuguesa ou pelos menos dos meios de comunicação social.

É em nome da eficácia no combate ao crime que ao longo da história se têm cometido os mais graves atentados aos direitos humanos<sup>(4)</sup>.

**II.** Devemos ter em atenção que já hoje, a al. b) do art. 357.º dispõe que a leitura de declarações feitas pelo arguido perante juiz é permitida em audiência quando houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência, o que representa a atribuição àquelas declarações de alguma valia probatória. Note-se que não podem ser lidas quando o arguido se remete ao silêncio. A proposta de alteração alarga a leitura às declarações prestadas anteriormente quer perante juiz quer perante o Ministério Público e quer o arguido preste declarações em audiência ou não. Trata-se de

---

(4) Cf. D. ANTÓNIO FERREIRA GOMES, *A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz*, Direito e Justiça, Vol. I., n.º 1, 1980.

uma extensão, embora muito importante, do actual regime do art. 357.º, al. b).

Seja como for, se houver motivos para a alteração da lei na busca de mais eficácia, pensamos que na alteração do regime vigente na matéria deve ressaltar: (i) a protecção da dignidade humana, (ii) a prerrogativa contra a auto-incriminação, (iii) a privacidade e princípios gerais de lealdade e responsabilidade. E, concretizando, no que respeita às declarações processuais do arguido, afigura-se-nos central a garantia da voluntariedade das suas declarações antes do julgamento, cujo núcleo se reporta aos direitos à assistência efectiva de defensor e ao silêncio que podem e devem ser combinados com outros instrumentos preventivos condicionantes da utilização probatória contra o próprio arguido e contra os co-arguidos.

Formalmente, estes requisitos, que nos parecem absolutamente essenciais, estão contemplados na Proposta de Lei: as declarações processuais do arguido prestadas antes do julgamento só valem como prova se prestadas voluntariamente, com a assistência de advogado, perante juiz ou Ministério Público e com a prévia advertência de que essas declarações valem como meio de prova em julgamento.

**III.** É claro que a admissão como prova das declarações processuais prestadas pelo arguido antes do julgamento tem inconvenientes e traz limitações a princípios enformadores do processo penal vigente. Vejamos:

- a) Dois dos princípios em que assenta o nosso Processo Penal são o princípio da imediação e da oralidade da prova pessoal por declarações, que tem acolhimento nos arts. 96.º, 128.º, n.º 1, 129.º, 130.º, 140.º, n.º 2, 145.º, n.º 3, e 355.º. Ao admitir-se como prova as declarações processuais prestadas pelo arguido antes do julgamento fica prejudicada a imediação e a oralidade, quer as declarações tenham sido prestadas perante o juiz de instrução quer perante o Ministério Público. Neste aspecto, e em geral, não há diferença alguma em serem as declarações prestadas perante o juiz ou perante o Ministério Público.



- b) Também o ideal do processo acusatório é que a prova seja produzida em audiência, ressalvadas situações excepcionais de antecipação da produção de prova (prova para memória futura). Sendo as declarações do arguido essencialmente um meio de defesa, só devem ser prestadas quando já tenha conhecimento integral dos factos que lhe são imputados e das provas que sustentam a imputação, ou seja, quando conhece a acusação e as provas que a suportam. Com a alteração proposta acentua-se o carácter de meio de prova das declarações do arguido em prejuízo de serem essencialmente meio de defesa.
- c) Tem-se vindo a acentuar a sensibilidade à dimensão adversarial da produção da prova, centrada no contraditório e no respectivo corolário, o contra-interrogatório, operado no quadro de uma contemporânea interacção dos sujeitos processuais e das fontes da prova, sendo a imediação, a oralidade e a concentração instrumentos da realização do princípio do contraditório. Parece-me manifesto que as alterações propostas vão contra esta sensibilidade que os filmes americanos têm contribuído para implantar também entre nós.
- d) Na fase do inquérito, quer quando presta declarações perante o juiz quer perante o Ministério Público, o arguido não conhece, ou pode não conhecer, os factos que lhe são imputados na sua plenitude, tanto mais que o inquérito é dinâmico e expansivo. Por isso que se as perguntas podem ser condicionadas, até porque ordenadas para obter prova (são meio de investigação), as respostas são também condicionadas pelas perguntas concretamente formuladas e modo da sua formulação e até pelo ambiente em que ocorre o interrogatório.
- e) Também o direito ao silêncio é profundamente limitado com a alteração proposta. Como referimos já, a al. b) do art. 357.º dispõe que a leitura de declarações feitas pelo arguido perante juiz é permitida em audiência quando houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas

em audiência. Note-se que não podem ser lidas quando o arguido se remete ao silêncio em audiência ou o julgamento é feito na sua ausência. O silêncio do arguido em audiência tinha como efeito que as suas declarações prestadas anteriormente não tinham qualquer valia para efeitos de condenação, o que passa a não suceder e que significa uma importante limitação do direito ao silêncio.

**IV.** Questão de grande relevância neste domínio respeita à valia das declarações do arguido em prejuízo de outro co-arguido.

Dispõe o n.º 4 do art. 345.º que as declarações de um co-arguido quando o declarante se recusa a responder às perguntas formuladas não podem valer como meio de prova contra o co-arguido.

Parece-nos que se deve continuar a entender que, na ausência de contraditório, as declarações do arguido só podem ser utilizadas como meio de prova contra si e não contra o co-arguido, mas percebe-se que há aqui uma forte distorção do contraditório porque o arguido pode responder às perguntas formuladas e o tribunal considerar como válidas as declarações anteriores, limitando-se assim o contraditório, dado que o co-arguido não teve possibilidade de participar na constituição dessa prova por declarações do seu co-arguido e que podem agora ser utilizadas contra si.

Parece-nos clara uma limitação: as declarações do co-arguido só podem constituir meio de prova contra outro co-arguido quando o declarante não se recusar a responder às perguntas feitas por este co-arguido, não valendo em circunstância alguma se esse contraditório não for possível. Apesar desta limitação, parece-nos que a questão não fica satisfatoriamente resolvida porque é manifesto que o contraditório sobre a formação da prova fica prejudicado uma vez que o co-arguido não tenha participado na produção da prova por declarações do seu co-arguido.

**V.** Vejamos agora as dificuldades de ordem prática que o projecto de alteração do art. 357.º suscita:

- a) Como referimos anteriormente, a admissibilidade como meio de prova das declarações processuais do arguido

prestadas nas fases preliminares do processo pressupõe a garantia da liberdade das suas declarações, cujo núcleo se reporta aos direitos à assistência efectiva de defensor e ao silêncio. É necessário, por isso, que haja garantias práticas de que a assistência por defensor não seja meramente formal e o exercício do direito ao silêncio não tenha consequências em prejuízo do arguido.

É preciso, para tanto, que o arguido, quando presta declarações perante o Ministério Público ou o juiz de instrução, tenha plena consciência de que as suas declarações valem como prova contra si, o que implicará especial cuidado na preparação da defesa. Preparação da defesa que passa naturalmente pela disponibilidade do defensor. As declarações do arguido, passando a constituir meio de prova, devem inserir-se na estratégia da defesa pelo que o defensor não pode ser mais o mero polícia do acto, mas verdadeiro assistente do arguido. E isto terá naturalmente implicações práticas sobretudo a nível das defesas officiosas, mas não só. Desde logo temos sérias dúvidas que a assistência efectiva ao arguido seja compatível com a nomeação de defensor de escala quando o arguido presta o primeiro interrogatório em situação de detenção.

- b) Ainda na sequência do dito anteriormente, exige-se do defensor especial cuidado no acompanhamento dos interrogatórios e que cuide para que sejam formuladas as perguntas adequadas ao enquadramento das declarações do arguido, o que pressupõe que já nessa fase o defensor tenha pleno conhecimento dos factos imputados e estabelecido a estratégia da defesa. Esta exigência é de muito difícil realização prática.
- c) Finalmente, é necessário assegurar que o direito ao silêncio seja efectivo, o que não é compatível com práticas frequentes nos interrogatórios do Ministério Público e do Juiz de instrução nas fases preliminares, sobretudo no inquérito. Todos os advogados já experimentaram as ameaças implícitas no interrogatório quando o arguido quer exercer o seu direito ao silêncio. Digo ameaças

implícitas, mas também ameaças expressas do tipo: se não quer defender-se, então vou dar como válidos os indícios e indiciados os factos ou fórmulas semelhantes a constarem ilegal e descaradamente das promoções e despachos de aplicação das medidas de coacção.

- d) Já hoje o exercício do direito ao silêncio é motivo frequente para indirectamente se justificar a aplicação da prisão preventiva, alegando-se falta de colaboração do arguido. Não será de temer que no futuro este argumento saia reforçado como de valor reforçado passam a ser também as declarações prestadas pelo arguido perante o juiz ou Ministério Público? A magistratura não é por si uma garantia contra os abusos do poder dos próprios magistrados, felizmente poucos, mas que inevitavelmente existem.

#### 4. PROCESSO SUMÁRIO

I. A Proposta de Lei propõe a alteração profundíssima do âmbito do processo sumário, que nos merece as maiores reservas. Propõe-se agora alargar o âmbito do processo sumário a todos os crimes desde que ocorra a detenção em flagrante delito. Dizemos a todos os crimes, mas não é inteiramente assim porque o n.º 2 do art. 381.º estabelece restrições relativamente à criminalidade altamente organizada, dos crimes contra a paz, identidade pessoal e integridade pessoal, dos crimes contra a segurança do Estado e dos crimes abrangidos pela Lei relativa às violações do Direito Penal Humanitário, crimes que já hoje são da competência do tribunal colectivo (art. 14.º, n.º 1).

As restrições constantes do n.º 2 do art. 381.º da Proposta de Lei mostram claramente que também para o Governo não é indiferente que o julgamento se faça em processo sumário ou em processo comum e neste com intervenção do tribunal singular ou do tribunal colectivo. Mas se assim é, se o julgamento em processo sumário não é adequado para o julgamento de alguns crimes, qual a razão para alargar o âmbito do processo sumário ao julgamento

de crimes da escala superior de gravidade do nosso Código Penal?

**II.** A história documenta que os maiores erros judiciais resultaram da precipitação dos julgamentos assentes frequentemente em provas consideradas simples ou evidentes, por directas, a permitirem a detenção em flagrante. Esse pressuposto não corresponde inteiramente à verdade. Bem se sabe como a denominada prova directa é muitas vezes enganosa em razão da emoção que a assistência à prática do crime normalmente desperta no observador accidental. Os erros sobre a prova que resulta da observação directa são frequentes.

Não temos experiência de julgar, mas estamos absolutamente convencidos de que é mais difícil um julgamento assente em provas sumárias resultantes do flagrante delito, em que a prova pode ser muito limitada, do que o julgamento de processo precedido de investigação cuidada e aprofundada em que se recolhem todos os elementos essenciais para apreciar a culpabilidade do arguido. A determinação da culpabilidade não se faz apenas em razão da verificação dos elementos objectivos do crime, mas de inúmeros outros elementos e circunstâncias essenciais e accidentais.

A tradição portuguesa era a de o processo sumário ser apenas utilizado para o julgamento das bagatelas penais. Recordemos que antes do Código de Processo Penal de 1987 só eram julgados em processo sumário os infractores detidos em flagrante delito por infracção a que correspondesse processo correcional (até 2 anos de prisão) ou de transgressões. O Código de 1987, na sua redacção originária, só admitia o julgamento em processo sumário por crimes puníveis com pena não superior a 3 anos de prisão. Alargou-se posteriormente o seu âmbito para crimes puníveis com pena de prisão até 5 anos, alargamento que foi, aliás, muito criticado por alguns sectores da doutrina, mas limitou-se sempre o âmbito do processo sumário aos processos da competência material do tribunal singular.

Este alargamento do âmbito do processo sumário foi sempre acompanhado também pelo alargamento da aplicação da suspen-

são da execução da pena de prisão, maioritariamente aplicável aos crimes puníveis com pena até 5 anos.

**III.** É nossa convicção que a razão da atribuição da competência ao tribunal colectivo dos processos por crimes puníveis com pena superior a 5 anos de prisão nada tem a ver, ou não o tem principalmente, com a previsível complexidade dos processos, mas antes ou principalmente com a gravidade das penas aplicáveis.

Propõe-se agora que o julgamento em processo sumário nada tenha a ver com a pena aplicável, podendo, por isso, ser julgado em processo sumário o acusado por crime punível com pena até 25 anos de prisão (v.g., o homicídio qualificado)<sup>(5)</sup>.

Somos adeptos fervorosos da celeridade processual, que consideramos benéfica para a Justiça em geral e também para os próprios arguidos, asseguradas que forem efectivamente as garantias de defesa. Por isso aplaudimos todas as medidas no sentido de inculir celeridade aos processos. Entendemos, porém, que o critério para subtrair o julgamento ao Tribunal Colectivo não pode, não deve ser, o ter ocorrido ou não a detenção em flagrante delito. E isto porque se a competência do Tribunal Colectivo se justifica pela gravidade das penas aplicáveis, a sua intervenção nos julgamentos por crimes graves continua a justificar-se, seja o arguido detido em flagrante ou não, e até por maioria de razão se reclama a sua intervenção no julgamento simplificado como é o sumário, porque neste as provas são, em regra, em menor quantidade, não são investigadas aprofundadamente as motivações e demais circunstâncias importantes para a determinação da culpabilidade, não são ponderadas com a profundidade exigida ao Ministério Público, findo o inquérito, para dedução da acusação, e falta de todo o crivo da instrução.

Parece-nos incoerente que o sistema continue a exigir para o julgamento dos crimes puníveis com pena superior a 5 anos de pri-

---

(<sup>5</sup>) A Proposta de Lei propõe também a alteração da reserva de competência do Tribunal Colectivo, estabelecida no art. 14.º, n.º 2, que reserva ao Colectivo o julgamento dos crimes dolosos ou agravados pelo resultado, quando for elemento do tipo a morte de uma pessoa, mesmo se o MP usasse da faculdade conferida pelo art. 14.º, n.º 2 (fixação concreta da competência com a consequência de limitação da pena a aplicar ao máximo de 5 anos de prisão).

são a intervenção do Tribunal Colectivo quando o julgamento é precedido de inquérito e de instrução e se admita que pela simples circunstância do flagrante delito, tantas vezes enganosa, já seja suficiente a intervenção do juiz singular.

A vingar a Proposta de Lei, no sentido de alargar o âmbito do processo sumário ao julgamento de crimes puníveis com pena superior a 5 anos de prisão então, pelo menos por coerência, deve ser o Tribunal Colectivo o competente para o julgamento desses crimes. Ou então, acabe-se com o Tribunal Colectivo se a razão da sua intervenção deixar de ter justificação em razão da gravidade da pena aplicável.

**IV.** A solenidade processual, quer no que respeita à intervenção do Tribunal, quer em matéria de competência para os recursos, depende da gravidade da pena aplicável e aplicada, aquela para efeito de fixação da competência de um tribunal com composição mais solene — o Colectivo —, e esta para efeito de recurso até ao Supremo Tribunal de Justiça.

E até esta última faculdade é retirada ao arguido julgado em processo sumário, mesmo pelo mais grave dos crimes previstos no Código Penal (art. 131.º). Se julgado em Tribunal Colectivo e lhe for aplicada pena superior a 5 anos de prisão recorre directamente para o Supremo Tribunal, se o recurso visar exclusivamente a matéria de direito, mas se julgado em processo sumário terá de recorrer necessariamente para as relações; se julgado em processo comum pode recorrer de todas as decisões cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei (art. 399.º), mas se julgado em processo sumário, por mais grave que seja o crime, só pode recorrer da decisão final (art. 391.º).

**V.** O n.º 6 do art. 387.º da Proposta de Lei<sup>(6)</sup> constitui grave atentado aos direitos de defesa do arguido, podendo mesmo ser considerado inconstitucional por violação do art. 32.º da CRP.

---

(6) Art. 387.º, n.º 6: “Nos casos previstos no n.º 2 do artigo 389.º, a audiência pode ser adiada, a requerimento do arguido, com vista ao exercício do contraditório, pelo prazo máximo de 10 dias, sem prejuízo de se proceder à tomada de declarações ao arguido e à inquirição do assistente, da parte civil, dos peritos e das testemunhas presentes.”

Com efeito, o n.º 2 do art. 389.º(7) prevê que no início da audiência o Ministério Público pode completar a factualidade constante da acusação — o que significa alteração da acusação, nomeadamente da sua ampliação, o que pode representar alteração substancial dos factos da acusação — mas o julgamento pode iniciar-se imediatamente com a audição das testemunhas presentes, ou seja, o julgamento iniciar-se-á sem que o arguido tenha tido sequer oportunidade para contestar todos os factos de que é acusado e são objecto do processo. A audiência pode ser interrompida para que o arguido exerça o contraditório — para que apresente contestação, pelo prazo máximo de 10 dias.

Se entretanto o arguido tiver apresentado o rol de testemunhas parece que já não o pode alterar e não pode exceder o número das 7 que a lei prevê. Certamente que esta interpretação não vingará.

O princípio da isonomia processual é gravemente afectado. Ao Ministério Público são concedidos prazos compatíveis com as diligências de prova que necessitar para suportar a acusação, mas a defesa do arguido é limitada por várias formas, desde logo pelos prazos limitados para exercer a sua defesa, frequentemente ainda dificultada pela circunstância de se encontrar detido ou preso preventivamente.

De restrição em restrição vai-se limitando ao arguido o direito de defesa própria de um processo democrático. É que a defesa é um acto unitário, como a audiência deve ser também um acto unitário, de apreciação global. Estamos convencidos que também por esta razão, mas não só, a submissão a julgamento em processo sumário por crimes graves não é um processo equitativo e por isso viola a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Constituição e o ideal democrático.

**VI.** Estamos inteiramente convencidos de que seria mais razoável ponderar o fim dos Tribunais Colectivos em 1.ª instância, se a razão para a sua manutenção for outra que não a gravidade da pena aplicável ao crime objecto do processo, do que aceitar sem

---

(7) Art. 389.º, n.º 2: “Caso seja insuficiente, a factualidade constante do auto de notícia pode ser completada por despacho do MP proferido antes da apresentação a julgamento, sendo tal despacho lido em audiência.”



protesto o julgamento em processo sumário por crimes graves, precisamente aqueles cuja gravidade é a razão principal da atribuição de competência para o seu julgamento ao Colectivo.

## 5. FECHO

**I.** Como referimos logo na Introdução, as alterações às leis penais cuja processo legislativo está em curso na Assembleia da República não se limitam às questões que analisámos nos números anteriores, nem apenas às Propostas de Lei identificadas, abrangem muitas outras normas penais e processuais penais constantes daquelas Propostas de Lei, mas também de Projectos de Lei de iniciativa do Bloco de Esquerda (Projeto de Lei n.º 194/XII/1.<sup>a</sup>) e do Partido Comunista Português (Projeto de Lei n.º 266/XII/1.<sup>a</sup>). Não podemos analisar todas as propostas e projectos com a profundidade devida, porque falta-nos o tempo e o espaço na Revista. Oportunamente promoveremos um colóquio no seio da Ordem para mais profunda análise e com mais interesse para a aplicação da lei que for alterada.

Importa desde já referir, porém, que a apreciação crítica que fizemos de algumas das propostas de alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal não significa minimamente que não encontremos naquelas Propostas e Projectos, propostas de alteração de muitas normas a justificarem a nossa adesão e aplauso. Vamos referir sinteticamente algumas dessas propostas pendentes no processo legislativo que está a correr.

**II.** Desde logo merece-nos o mais forte aplauso a proposta de alteração ao Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Proposta de Lei n.º 76/XII) que visa flexibilizar a oportunidade de a pena acessória de expulsão ser antecipada.

Entendemos que, encontrando-se realizada a finalidade da pena na vertente da protecção da sociedade, a alteração permitirá que a execução da pena possa ser também orientada no sentido da reinserção social do condenado através do seu regresso ao país de origem, o que cumpre uma das finalidades das penas (art. 40.º do CP).

**III.** Relativamente à Proposta de Lei n.º 75/XII que visa a alteração de vários artigos do Código Penal, concordamos também plenamente com a alteração do art. 69.º, no seu conteúdo, relativa à pena acessória de proibição de conduzir, aplicável aos crimes de homicídio ou de ofensas à integridade física cometidos no exercício da condução de veículo motorizado com violação das regras de trânsito; na qualificação como crime particular do furto simples de valor diminuto de coisas expostas em estabelecimento comercial durante o período de abertura ao público (art. 207.º, n.º 2); na qualificação do furto que impeça ou perturbe a exploração de serviços de comunicações ou de fornecimento ao público de água, luz, energia, calor, óleo, gasolina ou gás (art. 347.º); no agravamento do limite mínimo da pena no crime de resistência e coacção sobre funcionário (art. 347.º) e bem assim do aditamento do novo artigo 348.º-A que tipifica como crime as falsas declarações prestadas à autoridade pública ou a funcionário no exercício das suas funções sobre a identidade, estado ou outra qualidade a que a lei atribua efeitos jurídicos em ordem à protecção da autonomia intencional do Estado.

**IV.** No que respeita às muitas propostas de alteração do Código de Processo Penal (Proposta de Lei n.º 77/XII), muitas das alterações constituem ajustamentos impostos pelas outras alterações já antes analisadas (validade de declarações nas fases preliminares do processo e processo sumário) ou de clarificação de algumas normas resultantes das orientações da jurisprudência, mas importa destacar a consagração como regra do registo áudio, ou áudio visual, das declarações prestadas no decurso do processo, nomeadamente em audiência e quando possam vir a ser utilizadas como meio de prova (art. 364.º). Discordamos da proposta de alteração da alínea *e*) do art. 400.º que estabelece mais uma restrição ao recurso para o STJ das decisões condenatórias em pena não superior a 5 anos de prisão, proferidas em recurso pelas relações, mas aplaudimos a restrição ao recurso proposta para a alínea *d*) do mesmo artigo, tornando irrecuráveis as decisões absolutórias proferidas em recurso pelas relações.

V. Também o Projeto de Lei n.º 194/XII/1.<sup>a</sup>, do Bloco de Esquerda, em ordem ao reforço da protecção às vítimas de violência doméstica merece, em geral, o nosso acordo, mas entendemos necessário evitar as penas acessórias automáticas e de duração ilimitada, bem como proteger os direitos do arguido/condenado nomeadamente no que respeita ao direito ao trabalho.

O Projecto de Lei n.º 266/XII/1.<sup>a</sup>, do Partido Comunista Português, propõe várias alterações ao Código de Processo Penal, todas inspiradas pelo reforço de garantias processuais do arguido, a merecerem o nosso acordo genérico, embora algumas de difícil execução pelos custos acrescidos para os cofres públicos, e para o próprio arguido, como sucede com a obrigatoriedade de assistência de defensor em todos os actos processuais em que o arguido possa prestar declarações ou deva estar presente (art. 64.º) e outras a necessitar de mais aprofundada ponderação por eventualmente prejudicarem a economia e celeridade processuais tão reivindicadas na actualidade.

VI. Nunca antes se discutiu tanto a matéria penal, mormente a disciplina processual. As várias propostas de alteração das leis vigentes são naturalmente inspiradas pelas perspectivas-criminais que inspiram os seus promotores, mas representam sempre um esforço para o melhoramento da justiça pela protecção dos direitos de todos.

Também os nossos comentários não são neutros, naturalmente; mas também e só inspirados pela preocupação de servir o País no aprofundamento do ideal democrático na Justiça.

*Lisboa, 17 de Outubro de 2012*



# A “REFORMA LABORAL” DE 2012

## Observações em torno da Lei 23/2012

*Pelo Prof. Doutor António Monteiro Fernandes*

1. As “reformas laborais”, fundamentadas na necessidade de travar a galopada do desemprego e da precariedade das relações de trabalho, ou nos imperativos da produtividade e da competitividade, ou em ambos os argumentários, estão há algum tempo instaladas na enciclopédia das crises económicas e ocupam aí, até, as primeiras páginas. Trata-se de uma constante, não apenas na recente tradição juslaboral portuguesa, mas na experiência político-jurídica de todos os países, em especial, naqueles que se defrontam com os efeitos mais intensos da crise em curso: vejam-se os casos da Espanha<sup>(1)</sup> e da Itália<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Veja-se o *Real Decreto-Ley 3/2012*, de 12 de Fevereiro (de que há um resumo acessível, por exemplo, em <[www.sepe.es](http://www.sepe.es)>) que instituiu “medidas para favorecer a empregabilidade dos trabalhadores, o fomento da contratação indefinida e outras medidas para favorecer a criação de emprego”. Essas medidas consistem: na atribuição, às empresas de trabalho temporário, de possibilidade de actuarem como agências de emprego; na criação do “contrato para a formação e aprendizagem” (que admite a prestação de trabalho efectivo até 75% do período normal de trabalho, no primeiro ano, e até 85% nos anos seguintes), com isenção total de contribuições para a segurança social; a instituição da “conta de formação” de cada trabalhador, em que é registada toda a formação por ele recebida ao longo da carreira profissional; a introdução do “contrato de trabalho por tempo indefinido para empreendedores”, utilizável por empresas com menos de 50 trabalhadores que não tenham realizado despedimentos por causa objectiva nos seis meses anteriores, e apoiado num conjunto de benefícios fiscais e contributivos; a admissão da realização de horas extraordinárias por trabalhadores a tempo parcial; a regulação do “trabalho à distância”; a criação de benefícios contributivos para as empresas com menos de 50 trabalhado-

A revisão das leis laborais — no sentido da sua “flexibilização”, isto é, no sentido da rarefacção dos dispositivos limitadores do poder de decisão de quem chefia ou gere as organizações, e também no sentido do seu “embaratecimento”, ou seja, da redução de vantagens económicas para os trabalhadores — surge, assim, invariavelmente, na primeira linha dos recursos para a resolução de dificuldades económicas e sociais<sup>(3)</sup>. Elas são, de resto, propiciadas por vários factores convergentes: o império absoluto da análise liberal da economia, a crise endémica do emprego (acentuada pelo fenómeno do “crescimento sem emprego”), o correlativo enfraquecimento da acção sindical, a existência de disfuncionalidades inegáveis nos sistemas clássicos de direito do trabalho — e, enfim, uma crise económica e financeira generalizada, que parece capaz de todos os usos legitimadores.

A Lei 23/2012, de 25 de Junho, provém de uma proposta<sup>(4)</sup> cuja exposição de motivos lembrava que o Programa do XIX Governo Constitucional “concretiza...um conjunto de medidas dirigidas ao bem-estar das pessoas e à competitividade das empresas e da economia portuguesa”, sustentando que isso exige “uma legislação laboral flexível, concentrada na protecção do trabalhador, e não do posto de trabalho, no quadro de um modelo de flexi-

---

res que transformem contratos precários em contratos de duração indefinida; e a introdução de medidas de apoio à suspensão de contratos e à redução de tempos de trabalho, através de bonificações contributivas.

(2) Trata-se da *Lei n.º 92, de 28 de Junho de 2012* (acessível, por exemplo, em <[www.gigroup.it](http://www.gigroup.it)>) que, segundo o título, contém “disposições em matéria de reforma do mercado de trabalho numa perspectiva de crescimento”. A sua aprovação no Parlamento culminou um tortuoso processo em que as contradições políticas se cruzaram com a contestação social e a crítica académica. Trata-se de um extensíssimo e muito complexo diploma, em que se abordam medidas nos seguintes domínios, entre outros: as modalidades de contratação de trabalho, com especial ênfase para a aprendizagem; as consequências do despedimento ilícito, nas suas diferentes modalidades; o sistema de “amortecedores sociais”, em especial os que actuam no desemprego.

(3) Reformas laborais “flexibilizantes” ocorrem, um pouco por toda a Europa, desde a segunda metade da década de oitenta, com efeitos nada evidentes no domínio do emprego e da competitividade, mas com consequências seguras e claras no abaixamento dos níveis de protecção dos direitos e interesses dos trabalhadores por conta de outrem. O caso da Espanha, com cerca de meia centena de reformas laborais em 30 anos, e as mais altas taxas de desemprego e precariedade da Europa, parece digno de ponderação.

(4) A Proposta de Lei n.º 46/XII.

segurança, que fomente a economia e a criação de emprego e que vise combater a segmentação crescente do mercado de trabalho”. Um pouco mais adiante, reclamava-se “uma legislação que contribua, de facto, para o aumento da produtividade e da competitividade da economia nacional, e que concretize a necessária aproximação do enquadramento jurídico vigente em países congéneres, nomeadamente no contexto do mercado comum europeu”.

2. Em todo o caso, a questão da necessidade desta revisão é inseparável do teor de outros dois documentos fundamentais, de resto quase coincidentes no que deles consta a propósito da legislação do trabalho: o *Memorando de Entendimento* subscrito em Maio de 2011 pelo Governo português e pela chamada “troika”<sup>(5)</sup>, e o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, assinado em Janeiro de 2012, em sede de concertação social, pelo Governo (já outro Governo), pelas confederações patronais e pela União Geral de Trabalhadores.

O *Memorando de Entendimento* acolhia vários compromissos básicos — ainda que, nalguns pontos, verdadeiramente sibilinos — do Governo, com incidência na lei laboral:

- a) “*Proceder a reformas do sistema de protecção ao emprego que tenham em conta a segmentação do mercado de trabalho, promovam a criação de emprego e facilitem ajustes no mercado de trabalho*”. As medidas destinadas a concretizar este desígnio eram: a redução de indemnizações pela cessação dos contratos de trabalho; a alteração das regras sobre despedimentos por inadaptação e por extinção de posto de trabalho (no sentido de os libertar de alguns requisitos fundamentais).
- b) “*Proceder a reformas nos regimes de tempo de trabalho com vista a melhor conter as flutuações de emprego durante o ciclo, acomodar melhor as diferenças entre padrões de trabalho nos diferentes sectores e firmas e aumentar a competitividade das firmas*”. Medidas preco-

---

(5) Constituída por representantes do Fundo Monetário Internacional, da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu.

nizadas: promoção do uso da flexibilidade na organização do tempo de trabalho, nomeadamente dos “bancos de horas”; redução das remunerações e eliminação do descanso compensatório por trabalho suplementar.

- c) “Promover uma evolução salarial compatível com os objectivos de fomentar a criação de emprego e melhoria da competitividade das empresas, com vista a corrigir os desequilíbrios macroeconómicos”. Nesse sentido, estabeleceu-se que o salário mínimo não seria aumentado senão “no âmbito da revisão do programa”, preconizou-se um travão à extensão das convenções colectivas, salientou-se a necessidade de reduzir a sobrevigência das convenções não revistas e impôs-se a criação, na contratação colectiva, de regras de articulação entre níveis, permitindo a celebração de acordos pelos “conselhos de empresa”(6).

Alguns destes pontos eram e são manifestamente capazes de suscitar dificuldades de ajustamento à Constituição portuguesa. Essa questão não foi ignorada. O *Memorando* não inclui no perímetro dos seus objectivos a revisão da nossa Lei Fundamental e exprime o escrúpulo de que todas as medidas a empreender a salvaguardem(7). Bem poderá, pois, afirmar-se que o tão piamente proclamado “respeito pelos compromissos assumidos” inclui o de cuidar da efectiva (e não apenas aparente) conformidade constitucional da legislação a elaborar.

Por seu turno, o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* desenvolve e concretiza o essencial das medidas indicadas, e acrescenta-lhes outras que acentuam o impacto geral da operação na legislação do trabalho. Fá-lo, no entanto, sob

---

(6) Supõe-se que a referência diz respeito às comissões de trabalhadores, mas isso não é indiscutível: poderia estar implícita a criação de um outro modelo, mais “europeu”, de representação unitária dos trabalhadores da empresa.

(7) Com efeito, na parte relativa ao “mercado de trabalho”, está incluído o seguinte parágrafo: “Serão implementadas reformas na legislação do trabalho e de segurança social após consultas aos parceiros sociais, **tendo em consideração as possíveis implicações constitucionais** e respeitando as Directivas da UE e as normas fundamentais do trabalho (*core labour standards*)” (sublinhado nosso).



a capa de formulações “sociais”<sup>(8)</sup>, que constituíram, manifestamente, as únicas verdadeiras concessões obtidas pela UGT no processo de concertação em que participou até à assinatura final. Ao mesmo tempo, elas tornam claro que a concordância dessa central sindical foi, ou *pretendeu ser*, mais do que a expressão de um verdadeiro consenso (na verdade, inexistente), um gesto de travagem e contenção face um projecto mais amplamente nocivo para os interesses dos trabalhadores<sup>(9)</sup>.

De qualquer modo, a relevância do *Compromisso* liga-se ao facto de que ele constitui — mais do que o texto do *Memorando* — a verdadeira pauta orientadora (e, ao mesmo tempo, legitimadora) daquilo que veio a ser a reforma laboral de 2012<sup>(10)</sup>. Com efeito, ele aborda as seguintes matérias:

- a) *Organização do tempo de trabalho*, prevendo-se: o banco de horas por acordo individual, o banco de horas “grupal”, a redução para metade das remunerações por trabalho suplementar e a eliminação do descanso compensatório correspondente.
- b) *Feriados e férias*, estabelecendo-se a redução dos feriados em três a quatro; admitindo-se o encerramento do estabelecimento ou empresa, para “pontes”, contando como férias; e retomando-se a regra de que as faltas injustificadas contíguas a dias de descanso ou feriados implicam o

---

<sup>(8)</sup> Leia-se, por exemplo, o intróito do capítulo IV, intitulado “Legislação laboral, subsídio de desemprego e relações de trabalho”. Aí se encontram expressas preocupações como a de “procurar salvaguardar as categorias de trabalhadores mais vulneráveis e com maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho” e se sublinha que “a reforma laboral deve ser executada na sequência da consulta aos Parceiros Sociais, cuja participação importa incrementar”. Ao longo da parte propriamente “normativa” do *Compromisso*, encontram-se também vários tempos verbais (e basicamente inconsequentes) desse tipo para a crueza das medidas projectadas.

<sup>(9)</sup> Não pode também ser ignorado o facto de na UGT convergirem as influências dos dois principais partidos responsáveis pelo *Memorando* e protagonistas políticos da crise que se arrastou a partir de 2008.

<sup>(10)</sup> Assinale-se, também, que o *Compromisso* reflecte, em parte, o conteúdo do *Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego*, assinado em 22 de Março de 2011 pelas mesmas entidades (embora o Governo tivesse diferente base partidária). Esse Acordo é acessível em <[www.ces.pt](http://www.ces.pt)>.

desconto destes dias no salário; quanto às férias, eliminação da majoração por assiduidade.

- c) *Redução ou suspensão de actividade em situação de crise empresarial*, preconizando-se o encurtamento do processo, a imposição de certos requisitos às empresas e a atribuição de acréscimos da compensação retributiva no caso de o trabalhador frequentar adequada formação durante a inactividade.
- d) *Despedimento*, manifestamente o alvo central e estratégico de toda a manobra (como se calcularia, face aos antecedentes), prevendo-se: relativamente ao despedimento por *extinção de posto de trabalho*, a eliminação do critério da (menor) antiguidade na escolha do trabalhador a despedir e do ónus, incidente sobre o empregador, de tentar ocupação substitutiva para o trabalhador em risco de ser despedido; quanto ao despedimento por *inadaptação*, a admissão dele mesmo quando não tenha havido modificações no posto de trabalho (ou seja, em situações de menor capacidade ou rendimento do trabalhador) e a eliminação, também, do ónus de ocupação substitutiva.
- e) *Compensações por cessação do contrato*, estabelecendo-se, com carácter imperativo, uma redução do seu valor, a eliminação do limite mínimo e a fixação de um limite máximo (12 meses de retribuição mensal e diuturnidades); e prevendo-se<sup>(11)</sup> a criação de um “fundo de compensação do trabalho” ou de um mecanismo equivalente, para suportar, parcialmente, o pagamento das compensações<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Ideia proveniente do mencionado *Acordo Tripartido* de Março de 2011.

<sup>(12)</sup> Este “fundo” aparece referido no *Memorando* como meio de financiamento parcial do “custo dos despedimentos para novas contratações”, sugerindo, assim, que se trataria de medida facilitadora do refrescamento do pessoal das empresas, sem redução do nível do emprego. Por outro lado, o *Memorando* remete expressamente para os termos (bastante detalhados) em que o “fundo” foi desenhado no *Acordo Tripartido*. Aí, ele surge como garantia parcial dos créditos dos trabalhadores e instrumento de aligeiramento do impacto na tesouraria das empresas da cessação de contratos por razão objectiva, nomeadamente nos despedimentos colectivos — impacto esse que pode conduzir ao retardamento de medidas de viabilização da empresa e à sua perda definitiva.

- f) *Outros contratos*: alargamento da duração admitida para os contratos de muito curta duração e admissibilidade do uso da comissão de serviço para novas funções de chefia.
- g) *Promoção da mediação e da arbitragem laborais*, surgindo como mera declaração de intenções.
- h) *Centro de Relações Laborais*, ideia antiga (mais de década e meia) e nunca concretizada: prevê-se a elaboração e discussão de um projecto de diploma legal que até agora não apareceu.
- i) *Fiscalização das condições de trabalho*, prevendo-se a eliminação ou dispensa de várias comunicações e pedidos de autorização à inspecção do trabalho.

Se deixarmos de lado as alíneas g) e h), manifestamente despidas de verdadeiros propósitos de concretização — como já tinham sido em acordos de concertação anteriores —, encontramos, claramente, no *Compromisso* o *lay-out* da Lei 23/2012, de 25 de Junho, peça básica da mais recente reforma laboral portuguesa. Poderia, porventura, dizer-se que este diploma legal constitui um mero instrumento de “transposição” das orientações constantes do *Compromisso*, mas a realidade conhecida aponta em sentido contrário: o *Compromisso* foi um mero instrumento de “legitimação” de uma reforma legislativa que ocorreria — nesses termos ou, porventura, em moldes agravados — com ou sem ele.

3. Em suma: a política legislativa que se condensa nos documentados examinados visa, declaradamente, tirar partido da regulação das relações de trabalho para obter vantagens no domínio da competitividade das empresas e da economia, assim se potenciando a capacidade de criação de emprego. Nesse sentido, são notórios certos objectivos tácticos:

- a) *Reduzir os custos do trabalho*, por várias vias: diminuir a remuneração do trabalho suplementar (instrumento tradicional de flexibilidade usado pelos nossos empregadores), aumentar o tempo de trabalho (encurtando as férias, eliminando feriados, afastando descansos compensatórios do trabalho suplementar, neutralizando hipóteses de “pon-

tes”), reduzir e “plafonar” as compensações por cessação do contrato de trabalho;

- b) *Ampliar o poder de decisão dos empregadores*: encerramento para férias, modo de compensação do trabalho suplementar, alteração unilateral de horários acordados, bancos de horas por acordo individual, facilitação da suspensão e redução de actividade em situação de crise empresarial, ampliação da justa causa por inadaptação, etc.;
- c) *Neutralizar produtos da contratação colectiva anterior*: imperatividade dos novos regimes em vários domínios, declaração de “nulidade” (!) de cláusulas de convenções pré-vigentes.

Este desenho táctico traduz a adesão formal à ideia de que o desenvolvimento da nossa economia se faz pela via dos baixos salários e dos longos tempos de trabalho. Exprime, por outro lado, a convicção de que o dinamismo da economia se desenvolve, essencialmente, através de regimes amigáveis para os detentores de capital, empregadores e gestores, sendo irrelevantes os factores de motivação, participação, envolvimento e bem-estar das pessoas que vivem do trabalho assalariado.

4. A primeira nota que ressalta da leitura da Lei 23/2012 respeita ao facto de ter sido respeitada a lógica da codificação, tratando-se, por conseguinte, de ajustamentos ao Código do Trabalho, na sua versão de 2009, e não de um articulado exterior e alheio à sistemática do Código, ou de uma “reescrita” do mesmo Código, com eventual recuperação do maior número possível de traços fisionómicos da versão de 2003<sup>(13)</sup>. A codificação parece, assim, definitivamente assente no nosso sistema de direito do trabalho.

Em segundo lugar, tem que se pôr em relevo a extrema dificuldade técnica dessa operação de múltipla enxertia num corpo

---

<sup>(13)</sup> Não tendo faltado quem visse, na mudança de sistematização operada em 2009, uma postura afrontosa relativamente aos autores do Código de 2003, não admiraria que isso acontecesse.

normativo já de si bastante denso e complexo, como é o do Código do Trabalho. A Lei 23/2012 contém três tipos de diligências: a alteração parcial de um grande número de artigos do Código; a introdução, no mesmo Código, de alguns novos artigos (208.º-A, 208-B e 298.º-A); e a inclusão de várias normas exteriores ao Código, mas influentes sobre a sua aplicação, com e sem o carácter de direito transitório (arts. 4.º a 11.º). Do ponto de vista da técnica legislativa, em nossa opinião, as dificuldades inerentes à operação foram superadas de modo inteiramente satisfatório.

Em síntese, as modificações introduzidas no anterior *statu quo* normativo dizem respeito, essencialmente, a quatro áreas temáticas: tempo de trabalho, relações das empresas com a administração estadual do trabalho (inspecção), cessação do contrato de trabalho e contratação colectiva.

O segundo desses temas — relacionado com os meios de controlo da legalidade — merecer-nos-á aqui, somente e desde já, breve referência. A Lei 23/2012 opera a rarefacção das exigências de informação ou comunicação das empresas à inspecção do trabalho (nomeadamente mapas de horário de trabalho e isenções de horário acordadas)<sup>(14)</sup>, com base em juízos de utilidade/eficiência e sob o signo da “desburocratização” das relações de trabalho. O baixo grau de efectividade da legislação laboral portuguesa, agravado pela multiplicação dos expedientes que se destinam a contornar as suas exigências, tornam estas alterações legislativas, no mínimo, particularmente discutíveis. Poderá dizer-se, com razão, que o cumprimento das anteriores exigências burocráticas, implicando tempo e trabalho por parte das empresas, redundava, sobretudo, na acumulação de papel nos serviços da administração do trabalho, incapacitados de exercer verdadeira verificação sobre a regularidade das situações assim documentadas. Mas, ainda assim, o controlo possível teria suportes que, com a modificação da lei, deixou de ter. Trata-se de uma desburocratização pouco significativa, com diminuta expressão no quotidiano das empresas, mas com efeitos seguros no enfraquecimento dos meios de fiscalização da legalidade laboral.

---

(14) Acrescente-se o regime de deferimento tácito dos pedidos de redução ou exclusão do intervalo de descanso (art. 213.º/4).

Quanto às alterações incidentes no domínio da contratação colectiva, teremos que as deixar para outra oportunidade, não só pela complexidade das questões teóricas que agitam, mas também pela escassa relevância prática que delas se pode esperar.

5. No tocante ao *tempo de trabalho*, isto é, à dimensão quantitativa da prestação contratualmente devida pelo trabalhador e às coordenadas segundo as quais essa prestação se situa no dia, na semana, no ano de vida das pessoas, ressalta das alterações legislativas em causa um significativo acréscimo de *unilateralidade*, no sentido da atribuição de faculdades de decisão ao empregador — quer uma unilateralidade “disfarçada” por acordos individuais<sup>(15)</sup>, relativamente à instituição de bancos de horas<sup>(16)</sup>, quer uma unilateralidade explícita, no caso das paragens de trabalho, consideradas tempo de férias, em dias úteis ladeados por descansos e feriados (as chamadas “pontes”)<sup>(17)</sup>. Essa característica estende-se ainda a outros pontos do regime do tempo de trabalho, como a escolha da forma de compensação do trabalho normal em dia feriado (art. 269.º/2).

O significado desse acréscimo de unilateralidade é particularmente notório pelo que respeita ao banco de horas. Trata-se de um expediente dotado de um potencial elevado de perturbação da vida pessoal e familiar do trabalhador<sup>(18)</sup>, além do facto de redundar na conversão de horas suplementares em horas normais, isto é, em perda de rendimento para o mesmo trabalhador. O banco de horas instituído por convenção colectiva, nos moldes já anteriormente

---

(15) Não se pode, evidentemente, excluir que os acordos individuais instituidores de bancos de horas correspondam, em certos casos, a interesses de ambas as partes. No entanto, a razão de ser da figura não está — longe disso — na conciliação vida/trabalho, mas sim no incremento da liberdade de gestão de tempos por parte dos empregadores. Note-se, para mais, que o acordo pode ser presumido (art. 208.º-A/2).

(16) Matéria tratada no art. 208.º-A da proposta de lei, com extensão à figura do “banco de horas grupal”, desenhada no n.º 2 do art. 208.º-B.

(17) A solução foi introduzida no n.º 2 do art. 242.º, em adenda à possibilidade, que já se admitia, de encerramento por cinco dias úteis no Natal.

(18) Não falta, por isso, quem sustente que o banco de horas por acordo individual — sabendo-se o que significam acordos individuais no decurso das relações de trabalho, em contexto de forte desemprego — conflita com a exigência constitucional de “organização do trabalho (...) de modo a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar” (art. 59.º/1-b) da Constituição).

vigentes (art. 208.º), poderia permitir a formação de equilíbrios negociais que se traduzissem em alguma forma de compensação para aquelas desvantagens. As novas possibilidades abertas aos empregadores com os arts. 208.º-A e 208.º-B vão, certamente, constituir factores inibitórios para a contratação colectiva nesse domínio. O estabelecimento do banco de horas por acordo individual (porventura tácito) ou pela via “referendária” que o legislador designa por “grupal” cria condições novas para a difusão de uma prática de organização do trabalho que, quase três anos após a sua disponibilização (pelo Código de 2009), constitui ainda uma raridade no mundo do trabalho português.

6. Por outro lado — e sempre no regime do banco de horas —, a Lei 23/2012 inclui uma nova possibilidade de compensação do tempo de trabalho em excesso: o “aumento do período de férias” (art. 208.º/4-a). É uma hipótese que se acrescenta a uma outra, também de não-trabalho, já existente: a “redução equivalente do tempo de trabalho”. Isso mostra que o legislador teve a percepção de que “mais férias” não é, sob o ponto de vista jurídico, exactamente o mesmo que “menos dias de trabalho”.

Mas a solução levanta problemas sérios. A circunstância de as duas formas de compensação surgirem ao lado uma da outra — não sendo, portanto, a mesma coisa — pode levar à suposição de que se tratará, no caso das férias, de algum tipo de *proporcionalidade*, mas não de *equivalência*. Ora parece inconcebível que o aumento do período de férias não seja igual, dia por dia, ao tempo de trabalho a mais que se trata de compensar. Tratando-se de uma espécie de “devolução” ou “reposição” de tempo ao trabalhador, caberá ainda indagar se este terá direito a subsídio de refeição (estando este ligado aos dias de trabalho). Por outro lado, a qualificação como “férias” parece pouco congruente com o regime aplicável: nos termos do art. 264.º/2, não há lugar a subsídio de férias, e não parece também que a regra da escolha do período de concretização pelo trabalhador (art. 208.º/4-c) possa sofrer desvio unicamente por mor dessa qualificação. Afigura-se, pois, difícil descortinar o significado e o alcance deste aditamento aos modos de compensação de trabalho a mais.

7. A já referida unilateralidade manifesta-se também no novo tratamento dado pela lei aos dias de possível “ponte”, isto é, localizados “entre um feriado que ocorra à terça-feira ou quinta-feira e um dia de descanso semanal” (art. 242.º/2-*b*): o empregador passa a ter a faculdade de encerrar a empresa ou estabelecimento nesses dias “para férias dos trabalhadores”. Por outras palavras: o tempo de inactividade assim determinado por decisão do empregador é descontável no período anual de férias, sem que a isso possa o trabalhador obstar de qualquer maneira<sup>(19)</sup>.

É verdade que já actualmente se verifica muitas vezes essa prática, por iniciativa e no interesse do trabalhador. É também verdade que algumas empresas, sobretudo de dimensão apreciável, tomavam a iniciativa de dispensarem o pessoal nesses dias, sem consequências nas férias ou mediante compensação noutros dias.

De qualquer modo, a noção de férias anuais — como objecto de um *direito* do trabalhador — é, de algum modo, refractária à ideia de imposição patronal, como acabará por ser o caso quando o novo regime legal seja aplicado. É certo que o regime legal, em matéria de *localização* do respectivo período, acaba por conferir, em certos termos, prevalência ao interesse do funcionamento da empresa sobre o da conciliação vida/trabalho por parte do trabalhador. Mas não está aí em causa a duração do período de repouso; e, de todo o modo, a experiência evidencia que, numa vasta generalidade de situações, as férias são marcadas em conformidade com o interesse do trabalhador.

8. Ainda no domínio do tempo de trabalho, é forçoso salientar as novas soluções tendentes ao *embaratecimento do trabalho suplementar*<sup>(20)</sup>. Na verdade, as taxas de acréscimo da remuneração desse trabalho, em qualquer das modalidades possíveis, são

---

(19) Recorde-se que a faculdade de encerramento da empresa ou estabelecimento por motivo de férias já era reconhecida pela lei, em termos bastante latos (art. 242.º). Uma das hipóteses contempladas — a de encerramento por cinco dias úteis “na época de férias escolares do Natal” — surge na lei, aparentemente, desligada do gozo do período anual de férias, mas não há razão para supor que esses dias não possam ser contados em tal período.

(20) Essas soluções têm as suas raízes no *Memorando de Entendimento*, mas a redução a metade só foi definida no *Compromisso* de Janeiro de 2012.



reduzidas para metade (art. 268.º), o mesmo se verificando no tocante ao trabalho normal prestado em dia feriado (art. 269.º/2). Ao mesmo tempo, é sumariamente eliminado o direito a descanso compensatório, salvo nos casos de trabalho em dia de descanso semanal obrigatório ou que seja impeditivo do gozo integral do descanso diário (art. 229.º/3 e 4). Quanto ao trabalho normal em feriado, o empregador pode escolher entre descanso compensatório (de metade do tempo de trabalho prestado) ou remuneração com acréscimo reduzido a 50% (art. 269.º/2).

Sabe-se como, na realidade laboral portuguesa, o trabalho suplementar se desvirtuou totalmente (como recurso excepcional), tornando-se uma fonte essencial de rendimento para muitos trabalhadores, e, em contrapartida, para os empregadores, o grande instrumento de flexibilidade na organização do tempo de trabalho. Como efeito colateral, a banalização do trabalho suplementar pode, naturalmente, funcionar como obstáculo à criação de emprego.

Com o novo regime legal, tudo parece apontar para um considerável aumento do recurso a trabalho fora do horário, seja por objectiva necessidade das empresas, seja no interesse económico dos trabalhadores. Estes deverão prestar mais horas para sofrerem menor redução de rendimento. As empresas verão nisto um incentivo para se dispensarem de ensaiar outras formas de adaptabilidade temporal, mantendo o apego ao trabalho suplementar como meio de ajustamento. E, se assim for, as novas normas jogarão, inevitavelmente, em sentido oposto ao da abertura de novos postos de trabalho.

De qualquer modo, a convicção do legislador é, manifestamente, inabalável. Que assim é, confirma-o a barreira de protecção que ergueu em torno de várias alterações (desfavoráveis aos trabalhadores), nomeadamente as relativas às consequências da prestação de trabalho suplementar (remuneração<sup>(21)</sup> e descanso compen-

---

(21) A forte redução do acréscimo retributivo para o trabalho suplementar suscitou, no decurso do processo legislativo, a interessante questão de saber que impacto teria essa alteração nas retribuições especiais por isenção de horário de trabalho, uma vez que estas são calculadas na base de certo número de horas de trabalho suplementar. A resposta que parece mais correcta é a de que os novos dados só relevarão para as isenções estabelecidas após a entrada em vigor da 23/2012, ou seja, a partir de 1 de Agosto deste ano.

satório), tendo em vista somente *a contratação colectiva anterior*. Na verdade, o art. 268.º/3 mantém a derogabilidade (por convenções futuras) das regras sobre as consequências do trabalho suplementar. Por outras palavras: o legislador quis destruir os benefícios anteriormente consagrados, apostando na “nova” negociação colectiva — com sindicatos debilitados e desemprego galopante — para a fixação de condições mais “convenientes”. Encontrar-se-á aposta idêntica a propósito das compensações por despedimento.

Contudo, a referida barreira de protecção contra o “passado” está construída de modo tecnicamente discutível. O art. 7.º da Lei 23/2012 declara “nulas” as cláusulas das convenções colectivas, *anteriormente celebradas*, que “prevejam montantes superiores” aos da nova lei no tocante a compensações por despedimento e caducidade, ou que (simplesmente) “disponham sobre” o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso complementar ou em feriado<sup>(22)</sup>. Que pode significar esta “nulidade”? Sem nenhuma precisão de regime em sentido diverso, ela traduzir-se-ia na inutilização de *toda a eficácia* produzida por essas cláusulas — o que parece não corresponder à vontade do legislador.

Para além da duvidosa legitimidade desta destruição de produtos da autonomia colectiva, as figuras da “revogação” ou, simplesmente, da perda ou cessação de eficácia (naturalmente *ex nunc*) seriam decerto mais ajustadas ao que se pretende.

Por outro lado, e de modo igualmente heterodoxo, a lei assume uma postura *modeladora* do conteúdo das convenções colectivas celebradas antes da sua entrada em vigor, no sentido de forçar esse conteúdo a ajustar-se ao teor das normas modificadas<sup>(23)</sup>. Declara-se, assim, a *suspensão*, por dois anos, das cláusulas (de convenções colectivas e contratos individuais) não coinci-

---

(22) Trata-se dos n.ºs 1 e 2 do artigo citado no texto. A segunda dessas disposições ameaça também com “nulidade” os contratos de trabalho em vigor que regulem o descanso compensatório.

(23) Referem-se os n.ºs 3 a 5 do mesmo art. 7.º, respeitantes às cláusulas das convenções colectivas posteriores a 2003 que estabelecem períodos de férias superiores ao mínimo legal, e às que disponham sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos agora estabelecidos e sobre a retribuição do trabalho normal em dia feriado, ou descanso compensatório da mesma prestação.

dentes<sup>(24)</sup> com o novo regime legal em matéria de consequências do trabalho suplementar, e ameaça-se com a *redução* do seu conteúdo no caso de não serem, durante o período de suspensão, ajustadas ao teor da lei (n.º 5 do art. citado).

Trata-se de soluções só compreensíveis no quadro da concepção *regulamentarista* que continua a prevalecer no regime das convenções colectivas de trabalho<sup>(25)</sup> e na articulação delas com outras fontes de direito. Nessa perspectiva, que se acentua com as modificações legislativas recentes, a convenção colectiva não é, essencialmente, o produto de uma negociação e, por conseguinte, um *acordo* — é um *regulamento* (negociado) que tem com a lei a mesma relação que os restantes regulamentos (não negociados). Os tipos de intervenção que o art. 7.º da Lei 23/2012 formaliza são, a nosso ver, incompatíveis com o conteúdo essencial do “direito de contratação colectiva” reconhecido no art. 56.º/3 da Constituição, e que é a expressão normativa da *autonomia colectiva* — uma das peças do travejamento dogmático do direito colectivo do trabalho.

**9.** Como é sabido, a temática da dimensão temporal da prestação de trabalho engloba o tratamento jurídico de certos períodos ou momentos em que a execução dessa prestação não ocorre. Na Lei 23/2012, esse tratamento persiste em atender sobretudo a uma lógica de redução de períodos de inactividade ou, por outras palavras, à convicção de que uma melhoria da produtividade se obtém, primordialmente, pelo alongamento dos tempos de trabalho<sup>(26)</sup>, através da eliminação ou redução de períodos de não-trabalho.

É nessa lógica que se insere a eliminação do regime de *majoração do período de férias* em função da assiduidade do trabalhador, criado pelo Código de 2003 e mantido na revisão de 2009

---

(24) Curiosamente, no que respeita a remunerações por trabalho suplementar, a lei suspende apenas as cláusulas que estabeleçam acréscimos *superiores* aos que ficam a constar do Código (n.º 4/a).

(25) E que é muito visível na persistência da categoria corporativa dos “instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho” (IRCT).

(26) Recordar-se-á que chegou a ser apresentada uma proposta de lei consagrando um aumento de meia hora no período normal de trabalho diário, ou de duas horas e meia no período normal semanal. Essa proposta foi retirada na sequência da assinatura do *Compromisso* de janeiro de 2012.

(art. 238.º). A eficácia desse regime no plano do combate ao absentismo não estava plenamente demonstrada, mas alguma terá sido. A circunstância de a majoração ser atribuída em função do número de faltas justificadas, e de as ausências ou interrupções de trabalho exceptuadas serem em número muito limitado, permitiria ver nela um incentivo forte à assiduidade. É certo que a aplicação do regime de majoração suscitava alguns problemas<sup>(27)</sup>, mas parece claro que ele seria merecedor de teste mais alongado.

Registe-se, por outro lado, o novo modo de contar dias úteis (de férias) nos regimes de turnos<sup>(28)</sup>, cuja necessidade ou utilidade prática está por demonstrar.

Importa inserir no mesmo quadro a “nova”<sup>(29)</sup> penalização das *faltas injustificadas*: desconto do salário respeitante aos dias de descanso ou feriados contíguos ao período de falta<sup>(30)</sup>. Quis-se atacar certas práticas oportunistas de extensão de períodos de descanso e lazer através de faltas. No entanto, o enquadramento sancionatório das faltas injustificadas (relevância disciplinar, com iminência do despedimento, e desconto na retribuição) parece já suficientemente severo. De resto, deve ter-se em conta que, no conjunto do absentismo, as faltas injustificadas estão longe de constituir o principal problema.

O facto de o absentismo português — um dos mais elevados da União Europeia — ser, na quase totalidade, integrado por faltas *justificadas* (doenças profissionais e não profissionais<sup>(31)</sup>, e “outras causas”, ultrapassam 95% do total) sugere que o *mix* da proposta de lei — eliminação de um incentivo à diminuição das faltas justificadas e agravamento da penalização das injustificadas — falha o alvo, mesmo se ele se reduz, como parece, a fazer as pessoas trabalhar mais tempo pelo mesmo dinheiro.

---

(27) Nomeadamente o de saber se os dias de majoração se adicionavam ao período *mínimo* de férias (de 22 dias úteis) ou ao período *efectivo* que resultasse do regime aplicável em cada empresa — e que era, nalguns casos, bastante superior.

(28) Veja-se a redacção dada ao n.º 3 do art. 238.º pela Lei 23/2012.

(29) Ou não tão nova como isso: a regra já esteve em vigor, com o DL 409/71..., e foi abandonada mais tarde.

(30) A solução é introduzida com um novo n.º 3 do art. 256.º.

(31) Notar-se-á que o art. 238.º/4, agora revogado, incluía claramente as faltas por doença no âmbito daquelas que poderiam privar o trabalhador da majoração das férias.

Esta última ideia está também ligada à eliminação de quatro *feriados obrigatórios*, dois religiosos e dois civis: o dia do Corpo de Deus, 5 de Outubro, 1 de Novembro e 1 de Dezembro (nova redacção dada ao art. 234.º/1) — embora somente com efeitos em 2013 (art. 10.º/1 da Lei 23/2012). Esta medida não representa, de imediato, economia para as empresas, uma vez que os feriados são remunerados; mas significa mais trabalho pelo mesmo dinheiro, e, conjugada com a nova regra sobre o trabalho normal em dia feriado (art. 269.º/2), já mencionada, acaba por se traduzir em redução significativa do custo dos feriados obrigatórios para as empresas.

**10.** A dimensão económica das relações de trabalho exprime-se não só no valor e na estrutura das retribuições, mas também nos custos associados à cessação do contrato, nomeadamente quando se trata de mecanismos em que a lei é regularmente observada, isto é, na caducidade e no despedimento por causa objectiva (individual ou colectiva). A Lei 23/2012 estabelece um conjunto de parâmetros destinados a limitar o montante das *compensações pela cessação do contrato de trabalho*: redução da factor de cálculo de um mês para vinte dias por ano de serviço, sendo o salário diário 1/30 do mensal<sup>(32)</sup>; eliminação do mínimo de três meses e imposição do tecto de 12 meses de retribuição<sup>(33)</sup>; limitação da base de cálculo a 20 vezes a retribuição mínima garantida, de onde resulta que a compensação máxima admitida é de 240 vezes este último valor<sup>(34)</sup>.

A protecção de expectativas legítimas (e não, propriamente, “direitos adquiridos”) dos trabalhadores cujos contratos são anteriores a esta lei é, nalguma medida, assegurada pela instituição de um *processo de cálculo misto* — aplicável a esses trabalhadores — compreendendo uma parte da compensação fixada segundo o pro-

---

(32) Este elemento do processo de cálculo constitui um desvio à regra geral estabelecida no art. 271.º do Código, a qual não foi alterada.

(33) Deve recordar-se que a compensação não tinha qualquer limite legal.

(34) Mantém-se a técnica, adoptada no Código, de tomar como base a compensação por despedimento colectivo (art. 366.º) e estender a sua aplicação aos casos de caducidade (arts. 344.º, 345.º e 347.º), despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 372.º) e despedimento por inadaptação (art. 379.º).

cesso anterior e outra parte de acordo com o regime que agora se estabelece (art. 6.º da Lei 23/2012).

Uma segunda anotação que importa fazer é que se trata apenas de formas *lícitas* de cessação do contrato, nomeadamente de despedimentos realizados com plena observância dos requisitos legais de forma e de fundo. As consequências económicas do despedimento ilícito mantêm-se integralmente.

Uma terceira observação diz respeito à relação que se estabelece entre este regime legal e a contratação colectiva. O art. 339.º do Código, que admite derrogações, por via convencional colectiva, ao regime respeitante aos “critérios de definição de indemnizações” e aos “valores” destas — expressões que se julga abrangem latamente todos os efeitos económicos dos despedimentos — mantêm-se em vigor, não foi tocado pela Lei 23/2012. Assim, nada parece impedir que, por convenções futuras, sejam definidos outros processos de cálculo e eliminados limites, em sentido mais ou menos favorável aos trabalhadores. Mas, por outro lado, o art. 7.º/1-*a*) da Lei 23/2012 declara “nulas” as cláusulas de convenções anteriores que regulem a matéria em sentido mais favorável aos trabalhadores. De novo, pois, deparamos com a postura político-jurídica já evidenciada a propósito do regime do trabalho suplementar: neutralização dos regimes convencionais anteriores, se favoráveis aos trabalhadores, e aposta numa contratação colectiva futura, em contexto favorável aos interesses das empresas.

**11.** Ainda em conexão com o tema anterior, a Lei 23/2012 introduz no Código, em vários pontos<sup>(35)</sup>, referências a um “fundo de compensação do trabalho” (ou “mecanismo equivalente”) destinado a suportar, em parte, o custo das compensações de despedimento. A ideia vem de longe e parece inspirada pelo facto de, muitas vezes, despedimentos “necessários” (do ponto de vista da viabilidade das empresas) serem inviabilizados ou retardados por falta de “tesouraria” para as compensações.

O compromisso da criação e entrada em funcionamento desse “fundo” tem sido protelado: pelo *Acordo Tripartido* de Março

---

(35) Arts. 127.º, 177.º, 192.º, 366.º.

de 2011, aprazou-se o seu lançamento para esse mesmo ano; o *Memorando de Entendimento* obrigava o Governo a incluir, na nova legislação sobre compensações que deveria ser proposta no 3.º trimestre de 2011, “a aplicação do fundo acordado”; finalmente, o *Compromisso* de Janeiro de 2012 exige que o fundo esteja a funcionar em Novembro deste ano. A verdade é que — pelo menos oficialmente — nada transpirou, até à data em que escrevemos, acerca das características de tal fundo, nomeadamente do seu financiamento e do seu modo de actuação, embora várias hipóteses tenham sido avançadas a tal respeito.

**12.** Resta-nos examinar as alterações propostas para o regime do *despedimento individual não disciplinar* — a temática que constitui o baricentro das pressões a que a lei laboral portuguesa tem estado longamente sujeita, sob invocação da sua insuportável rigidez.

Num país em que, como diz a gente que sabe, “não é possível despedir”, ocorre todos os meses — e, ao longo do último ano, com especial dinamismo — um estranho fenómeno de eliminação de efectivos das empresas, aos milhares ou dezenas de milhares, muito para além do que a estatística dos despedimentos colectivos ajudaria a entender<sup>(36)</sup>. É claro que, em muitos casos, essa destruição de emprego é determinada pela desapareição das próprias empresas<sup>(37)</sup>. Mas, em muitos outros, não é assim. E não se trata também, decerto, da expulsão de trabalhadores por motivos disciplinares — uma realidade seguramente residual no que respeita à perda do emprego.

---

<sup>(36)</sup> Tomando apenas os anos mais recentes, em que se acentuou fortemente a destruição de emprego, os números da Direcção-Geral do Emprego e Relações de Trabalho (DGERT) são eloquentes: em 2010, perderam o emprego por despedimento colectivo 3.462 trabalhadores (mais 73 aceitaram a cessação do contrato por mútuo acordo); em 2011, foram despedidos por essa via 6.526 trabalhadores (224 fizeram acordos); e, no primeiro semestre de 2012, foram 4.191 os abrangidos por despedimentos colectivos (mais 42 fizeram acordos). Comparem-se esses números com os dos que passaram ao desemprego nesse período — sem perder de vista que o regime português do despedimento colectivo é dos mais liberais da Europa.

<sup>(37)</sup> Em todo o caso, o encerramento definitivo das empresas, se realizado de acordo com a lei, implicaria, como se sabe, a observância do processo de despedimento colectivo (art. 346.º/3).

Sabe-se que o despedimento por inadaptação superveniente do trabalhador sempre foi “mal amado” pelos empregadores, apesar das inúmeras possibilidades de ajustamento que essa ferramenta oferece face às necessidades evolutivas das empresas. Por esta ou por aquela razão, são raríssimos os casos de uso de tal regime pelas empresas. Sabe-se, por outro lado, que o despedimento por extinção do posto de trabalho adquiriu alguma voga e utilização relativamente mais frequente a partir do momento em que a revogação por mútuo acordo deixou de oferecer caminho certo de acesso ao subsídio de desemprego.

Mas a destruição de emprego continua a produzir-se, em grande parte, por meios aparentemente não enquadrados pela lei. O caso está por estudar, mas valeria a pena analisá-lo a fundo, no plano factual<sup>(38)</sup>, sempre que se encare um projecto de alteração dos pressupostos do despedimento individual. Não se procedendo assim, o legislador será conduzido pela fé cega em correlações teóricas à espera de confirmação (como a de que a redução da protecção do emprego gera mais emprego e torna as empresas mais competitivas) ou, simplesmente, pela crença ideológica de que a prosperidade só se alcança com um poder empresarial forte, mais horas de trabalho, salários baixos e trabalhadores submissos.

Vale a pena, nessa perspectiva, considerar os ajustamentos que a Lei 23/2012 introduz nas condições em que os despedimentos individuais *não disciplinares* podem ser realizados. As modalidades contempladas são, como se sabe, o despedimento por *extinção do posto de trabalho* e o despedimento por *inadaptação*.

**13.** Quanto ao despedimento por extinção do posto de trabalho, há que considerar várias importantes modificações de regime.

A primeira diz respeito à *escolha do trabalhador a despedir*, quando existe “uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico” (art. 368.º). Só muito raramente, com efeito, é possível identificar ou situar de modo diferenciado um posto de

---

<sup>(38)</sup> Como é evidente, falta informação estatística credível sobre as vias jurídicas de perda de emprego por parte de muitos dos que, em número de centenas de milhares, recorrem aos Centros de Emprego e se candidatam ao respectivo subsídio. Na verdade, mesmo as formas jurídicas declaradas ocultam realidades muito diversas.



trabalho a extinguir. Para isso, é, em regra, necessário que se trate de funções singularizadas na estrutura da empresa e individualmente atribuídas a certa pessoa (telefonista, recepcionista, chefe de um certo departamento ou secção...). Não sendo esse o caso — ou seja, verificando-se a hipótese descrita no art. 368.º —, a identificação do posto de trabalho extinto *supõe* a escolha de um trabalhador cujo contrato cessará.

Anteriormente, o Código impunha (nesse mesmo art. 368.º) uma ordem de precedência que, se observada, conduzia ao afastamento do trabalhador com menor antiguidade no posto de trabalho, na categoria ou na empresa<sup>(39)</sup>. A nova redacção dada ao art. 368.º/2 pela Lei 23/2012 vai em sentido bem diferente. Como se advertia na exposição de motivos da proposta de lei, “transfere para o empregador a responsabilidade pela definição de um critério” que deve ser “relevante e não discriminatório”.

A protecção dos trabalhadores mais antigos constitui uma resposta ao problema da redução da sua empregabilidade futura e releva, pois, de uma atendível preocupação de ordem social. Mas, por outro lado, numa perspectiva económica e organizacional — que é a única com sentido para o “actual” legislador do trabalho... —, entende-se que, em muitos casos, a extinção de um posto de trabalho é uma medida de sentido quantitativo, traduzindo-se numa “redução de pessoal” apontada (presumivelmente) a um aumento de eficiência. Um empregador que se conduza por critérios racionais não deixará de salvaguardar a permanência dos mais antigos que representem para a empresa benefícios de experiência, de perícia e de identificação cultural.

Acresce que os critérios “relevantes e não discriminatórios” adoptados pelo empregador estão sujeitos a explicitação e até a “prova” (não se percebendo em que poderá esta consistir), sempre que haja oposição por parte da estrutura representativa dos trabalhadores, ou do próprio trabalhador designado para sair da empresa (art. 371.º/2-c)). Estes podem, em suma, sustentar que se trata de uma sanção abusiva disfarçada, ou de um acto discriminatório

---

(39) Saliente-se o facto de essa ordem de precedência não ser atendível no âmbito do regime do despedimento colectivo.

(porventura em função da idade...), tendo o empregador que demonstrar a natureza e a consistência dos motivos “de mercado, estruturais ou tecnológicos” que explicam o despedimento *daquele* concreto trabalhador. Tudo visto, não parece que esta modalidade passe a oferecer aos empregadores maiores garantias de segurança do que até aqui.

Entretanto, é inegável que a alteração de regime redunde em forte aproximação ao paradigma regulatório do despedimento colectivo<sup>(40)</sup>. Também no despedimento por extinção do posto de trabalho se pretendeu reconduzir a justificação ao plano da *razoabilidade e adequação*, num quadro de pura conveniência da empresa — ficando de fora, apenas, o puro arbítrio e a discriminação.

**14.** Uma segunda alteração proposta refere-se ao *onus de ocupação substitutiva* — um ónus porque constitui pressuposto da obtenção de uma vantagem — que é, simplesmente, erradicado do regime de qualquer das duas modalidades de despedimento individual não disciplinar.

Recorde-se que, no regime ainda vigente, o empregador, para que possa invocar justa causa, tem que realizar diligências (as quais podem, naturalmente, ser mal sucedidas) no sentido de facultar ao trabalhador em risco de despedimento um outro posto de trabalho compatível com a sua “categoria” (art. 367.º/4) ou “qualificação profissional” (art. 376.º/1-c) do trabalhador<sup>(41)</sup>. O referido ónus implica fazer tentativas sérias e razoáveis de recolocação, e *não* criar empregos artificiais.

Esta exigência legal correlaciona-se, estreitamente, com a determinação da justa causa de despedimento, entendida como situação de “impossibilidade prática da subsistência da relação de

---

(40) De resto, um argumento muito repetido é que, sendo fácil despedir um conjunto de trabalhadores, não se entende que seja tão difícil despedir um só... Na verdade, a diferenciação do despedimento colectivo relativamente ao individual está longe de ser quantitativa; o debate, na Assembleia Constituinte, em torno do art. 53º tornou evidente essa diversidade de *natureza*.

(41) As referências à “categoria” e à “qualificação” não são, a nosso ver, limitativas do campo das possibilidades de ocupação alternativa. Bastará que o trabalhador aceite um outro posto de trabalho, ainda que com remuneração inferior — preferindo-o ao desemprego —, para que o desígnio da lei se tenha por realizado.

trabalho” — ou seja, de *inexigibilidade da conservação do contrato* pelo empregador.

Tal correlação era abertamente declarada pela lei, no tocante ao despedimento por extinção do posto de trabalho: depois de, no art. 368.º/1-b), se exigir a referida “impossibilidade prática”, esclarecia-se, na formulação originária do n.º 4 do mesmo artigo, que ela existe “quando o empregador não disponha de outro (*posto de trabalho*) compatível com a categoria profissional do trabalhador”.

Relativamente ao despedimento por inadaptação, a geometria era outra, mas ia dar no mesmo: exigia-se, no art. 374.º, que certas constatações de facto, relativas ao desempenho do trabalhador, revelassem a mesma “impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho”; e, no art. 375.º, eram alinhadas as condições que era preciso preencher para que tal hipótese se pudesse ter por verificada — uma das quais era que “não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador”.

Por outras palavras: a concepção legal da justa causa de despedimento, assente na ideia de *inexigibilidade*, supunha a verificação da inviabilidade prática da recolocação do trabalhador. A lógica da lei era cristalina: não podia considerar-se “praticamente impossível” a subsistência da relação de trabalho quando existisse, na empresa, uma vaga compatível com as qualificações do trabalhador — não havendo, por outro lado, razões disciplinares contra ele.

Aí se estabelecia com clareza o nexo de conformidade entre a lei e a Constituição. Na verdade, a noção de justa causa suposta pelo art. 53.º da Constituição corresponde, como é entendimento hoje pacífico da jurisprudência, à concepção do despedimento individual como *ultima ratio*, como último recurso, em situações que não deixam ao empregador alternativa conservatória do contrato.

Ora a nova redacção do art. 368.º, introduzida pela Lei 23/2012, procede à eliminação do ónus de ocupação substitutiva — o que redundava na legitimação do despedimento sem que haja “impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho”.

**15.** E aqui surge, porventura, a mais relevante alteração que a Lei 23/2012 introduz nesta parte do Código.

Na verdade, a eliminação do ónus de ocupação substitutiva surge como corolário de uma nova redacção ao n.º 4 do art. 368.º.

Recorde-se que o enunciado originário desse preceito rezava assim:

*“(...) considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro (posto de trabalho) compatível com a categoria profissional do trabalhador”.*

A nova redacção é do seguinte teor:

*“(...) considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”.*

Ambos os enunciados são, evidentemente, tributários da posição adoptada, em cada um dos regimes a que pertencem, face ao ónus de ocupação substitutiva. Mas não é esse o ponto que agora nos interessa. A questão que se levanta é, ainda e sempre, de um dos vários ângulos a partir dos quais pode ser encarada, a da conformidade da lei com a concepção constitucional da justa causa de despedimento.

Na linha da rejeição do ónus de ocupação substitutiva, a Lei 23/2012 procura “recuperar” a aparência de respeito pelo critério da “impossibilidade prática” — revelando, assim, a consciência plena, por parte do legislador, de que nesse critério se encontra a chave da constitucionalidade. E fá-lo de modo hábil, procurando a reorientação do critério para longe da questão da viabilidade da relação de trabalho, e apontando esse critério para a *razoabilidade ou atendibilidade da decisão de despedir* — ou melhor, da escolha do trabalhador a despedir, o que vem a dar no mesmo.

Mas a simples leitura do novo texto impressiona, desde logo, quanto ao grau de artificialidade do juízo nele expresso. E requer algumas observações acerca do sentido do critério de inexigibilidade em que assenta a justa causa

**16.** Poderia, na verdade, sustentar-se que a inexigibilidade envolve simplesmente uma ponderação *jurídica*, um juízo norma-

tivo, não uma simples constatação de factos — e que, por consequência, tal ponderação pode ser parametrizada pela lei. Nessa perspectiva, o novo enunciado do art. 368.º/4 do Código do Trabalho seria constitucionalmente legítimo, exprimindo simplesmente uma *nova valoração* do legislador acerca da medida do exigível a qualquer empregador. Na versão originária, o preceito considerava *exigível* ao empregador a manutenção do contrato com um trabalhador cujo posto de trabalho fosse extinto, havendo ocupação alternativa compatível. A nova formulação quedar-se-ia num nível de exigência inferior: o empregador deve manter o contrato de um trabalhador com posto de trabalho extinto *somente* se não conseguir demonstrar a observância de “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”.

Com efeito, basta essa “demonstração” para que se considere “que a subsistência da relação é praticamente impossível”.

Simplesmente, o juízo de “impossibilidade prática” não releva apenas de uma ponderação jurídica, é *também*, necessariamente, *um juízo de ordem prática*. A actual formulação legal — com tão antiga tradição entre nós — não surgiu nem se tem mantido por acaso. A exigibilidade depende (também) da *possibilidade prática*, da viabilidade de uma vinculação como a que esteja em causa, sob o ponto de vista das condições normais de suporte de uma relação de trabalho. E o referencial para a apreciação dessa viabilidade é o princípio da segurança do emprego consagrado no art. 53.º, assim como o seu corolário fundamental, que consiste, como temos visto, na proibição de despedimentos que não sejam configuráveis como *último recurso*, nas condições concretas (práticas) em que ocorreram. Se o “nível de exigibilidade” fosse constitucionalmente indiferente, isso redundaria na neutralidade da lei fundamental perante a natureza das justificações de despedimentos: desde que houvesse justificação, e ela fosse “atendível” segundo o critério do legislador ordinário, tudo estaria constitucionalmente conforme<sup>(42)</sup>. Per-

---

(42) Foi nessa visão do art. 53.º, resistente a todas as evidências, que se fundou recente proposta no sentido, justamente, de introduzir a “atendibilidade legal” na configuração dos motivos de despedimento admissíveis face àquele preceito constitucional.

guntar-se-á o que restaria do conteúdo projectivo do princípio da segurança do emprego.

Por outras palavras: o legislador ordinário *não é livre* de estabelecer uma narrativa própria, em conformidade com a política legislativa do momento, acerca do que “seja” ou possa “considerar-se” impossibilidade prática do prosseguimento da relação de trabalho: está, justamente, limitado pela necessidade de fazer prevalecer soluções alternativas para o despedimento — se existirem, evidentemente —, como sejam sanções disciplinares conservatórias ou a reafecção de um trabalhador cujo posto de trabalho seja extinto ou que se encontre em estado de inadaptação à função que lhe está atribuída.

As duas versões do n.º 4 do art. 368.º, que acima transcrevemos, têm, aliás, um significado funcional bem distinto. A versão originária é meramente *declarativa*, explicitando, por mor da segurança e da certeza jurídicas, as condições inerentes à “impossibilidade prática” exigida na alínea *b)* do n.º 1 do mesmo artigo. Qualquer pessoa entende, e poderia mesmo prever, que as condições fossem essas. A versão da Lei 23/2012, pelo contrário, pretende ter um papel *constitutivo*, desligando, como se assinalou, a questão da impossibilidade prática das condições de *viabilidade* objectiva da relação de trabalho, e, em suma, declarando impossível aquilo que, na realidade, *o não é* — ou *pode não ser*.

Articulada, como está, com a rejeição do ónus de ocupação substitutiva, esta tentativa de reconfiguração da justa causa de despedimento deve, a nosso ver, considerar-se desconforme com o art. 53.º da Constituição.

**17.** Finalmente, atentemos na remodelação do regime do despedimento por inadaptação.

Para além dos aspectos já referidos, e que são comuns à outra modalidade do despedimento individual não disciplinar, a nova formulação oferecida pela Lei 23/2012 introduz a noção de “inadaptação sem modificação do posto de trabalho”, ou seja, estende a possibilidade de despedimento aos casos de “modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador” de que resultem efeitos negativos, a que seja razoável atribuir “carácter definitivo” (art. 375.º/2-*a*)).

É evidente o propósito de reintroduzir a possibilidade de despedimento por *inaptidão* do trabalhador, resultante, nomeadamente, da redução de aptidões físicas ou psíquicas ou mesmo do grau de diligência colocado na prestação de trabalho. Está-se, por outro lado, fora do âmbito disciplinar<sup>(43)</sup> — embora a inexistência de culpa do trabalhador não conste da caracterização da hipótese considerada.

Tratar-se-á de casos em que o trabalhador, sem culpa, ou com um grau inferior de culpa, manifeste uma redução ou mesmo cessação das aptidões físicas, psíquicas ou técnicas que levaram à sua contratação e serviram de suporte à sua prestação de trabalho até certo momento. Tal situação surgirá com especial frequência nas chamadas “profissões de desgaste”, mas pode ocorrer em qualquer actividade. A ausência de culpa exclui a justa causa disciplinar, e a inaptidão pode não ser consequência de qualquer modificação técnica ou organizacional.

Por outro lado, a hipótese considerada é a de não ser imputável ao empregador a situação de inaptidão verificada. Não é difícil conceber casos em que um forte aumento da pressão exercida sobre o trabalhador no sentido de obter dele um maior rendimento, ou mesmo procedimentos reconduzíveis à noção de assédio, se mostrem capazes de produzir reduções na normal capacidade para o trabalho e até mesmo perturbações psicossociais porventura merecedoras de consideração semelhante à da doença profissional. Estão também, naturalmente, fora do âmbito da hipótese que se tem em vista as consequências de acidentes de trabalho e de doenças profissionais.

**18.** De tudo isto resulta que a nova configuração da “inadaptação” é razoavelmente equívoca, situando-se a meio caminho entre o despedimento por causa objectiva e o disciplinar.

O próprio regime processual que lhe está associado — e que se estende pelos artigos 375.º a 378.º — foi, iniludivelmente, delimitado por imitação do procedimento disciplinar para despedi-

---

<sup>(43)</sup> Como é sabido, a falta de diligência e as “reduções anormais de produtividade”, se atribuíveis a culpa do trabalhador, constituem infracção disciplinar que pode fornecer justa causa para despedimento (art. 351.º).

mento. O empregador “aprecia” a actividade prestada, dá ao trabalhador ordem para a “corrigir”, comunica-lhe a “intenção de proceder ao despedimento”, ao que o trabalhador pode reagir juntando documentos e solicitando “diligências probatórias”, etc.

Ao mesmo tempo, como se disse, desaparece o ónus de ocupação substitutiva, o que se traduz na rarefacção da exigência de “impossibilidade prática”, conforme referimos. E é aí que, a nosso ver, se encontra o problema fundamental deste regime.

Não parece, com efeito, que o alargamento da “inadaptação” aos casos de inaptidão superveniente, sem culpa do trabalhador, ofereça dificuldades do ponto de vista constitucional. O nosso sistema não consagra uma visão “retributiva” da justa causa — uma visão que suporia a limitação da justa causa às situações de indisciplina — mas uma concepção mais ampla, susceptível de abarcar situações não culposas. O despedimento individual surge, no art. 328.º/1, como um “castigo”, mas não se esgota aí o seu domínio de funcionalidade jurídica, como evidencia o facto de a lei, sem censura constitucional, prever e regular “justas causas objectivas”.

De resto, a inadaptação, como justa causa de despedimento configurada anteriormente pelo Código, contempla já todos os elementos indiciários da inaptidão — nomeadamente a “redução continuada de produtividade ou de qualidade” (art. 374.º/1-a)) —, acrescentando-lhes apenas a exigência de “modificações no posto de trabalho” (art. 375.º/1-a)). Esta exigência poderia encarar-se como um instrumento de “desculpabilização” da alteração de comportamento profissional do trabalhador (só a modificação, imputável ao empregador, explicaria as deficiências surgidas na prestação de trabalho), mas, ainda nesse caso, a verdadeira *causa* do despedimento seria sempre o *irrecuperável* cumprimento defeituoso da função pelo trabalhador.

Pode considerar-se humanamente censurável e até injusto o despedimento de uma pessoa que, tendo procedido ao longo do tempo como profissional competente e produtivo, vai progressivamente deixando de o ser por cansaço ou por perda de faculdades. No entanto, a lei do trabalho lida também com a necessidade de salvaguardar os suportes do emprego, que são as empresas, o que envolve uma racionalidade objectiva, assente na ideia de que as



empresas existem para produzir e não para resolver problemas sociais.

19. Não vemos, pois, obstáculo decisivo ao acolhimento, pela lei laboral, deste tipo de “justa causa”, desde que se mantenha dentro dos varais da inexigibilidade, isto é, do despedimento sem alternativa. A inaptidão do trabalhador — fossem quais fossem as circunstâncias em que ela se revelasse — só seria concebível como justa causa se a partir dela se gerasse uma situação de *inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho* — ou seja, uma situação em que não fosse possível encontrar alternativa razoável de ocupação do trabalhador pelo mesmo empregador.

Ora, mais uma vez, foi esse traço fundamental que a Lei 23/2012 pretendeu apagar, reconduzindo o despedimento por inadaptação a uma espécie de sucedâneo do despedimento disciplinar, como meio de exclusão de um trabalhador cujo rendimento esteja abaixo do exigido, sem as dificuldades de prova que a exigência de culpa comportaria, e dispensando-se qualquer diligência no sentido da ocupação substitutiva.

Damos por reproduzidas aqui as observações que atrás se fizeram acerca da mesma opção politico-jurídica no regime do despedimento por extinção do posto de trabalho.

Nisto se manifesta, mais uma vez, o silencioso desafio que Lei 23/2012, na sua hábil construção, dirige ao artigo 53.º da Constituição.

Há boas razões para cepticismo relativamente à utilização real destes mecanismos por parte das empresas. Eles vão continuar a parecer-lhes complicados e eriçados de riscos judiciais. Mas há pelo menos dois efeitos que vão seguramente produzir-se: o nível de garantia da segurança do emprego baixa mais uns pontos; e os trabalhadores ficam avisados de que, mais do que nunca, a conservação do emprego depende do agrado que o seu comportamento possa merecer da parte dos empregadores. É o legislador do trabalho no seu papel de mensageiro — porventura o único que ainda está em condições de desempenhar.



# ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO DO TRABALHO PELA LEI N.º 23/2012 DE 25 DE JUNHO

*Pelo Prof. Doutor Júlio Manuel Vieira Gomes*

1. Muito embora as exposições de motivos não sejam, frequentemente, analisadas com grande minúcia entre nós, parece-nos justificar-se fazer, no contexto deste breve estudo, uma exceção. Com efeito, a Proposta de Lei 46/XII, que veio a resultar na Lei n.º 23/2012 de 25 de junho, que procedeu à terceira revisão do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro, vem acompanhada de uma longa exposição de motivos, à semelhança, aliás, de algumas das suas congéneres, como é o caso da recente reforma laboral espanhola<sup>(1)</sup>. Trata-se de uma exposição de motivos que se nos afigura gongórica, em que o legislador procede ao seu sistemático auto-elogio e profere, repetidamente, como se fossem verdades científicas, afirmações indemonstradas, procu-

---

<sup>(1)</sup> Este tipo de prefácio, prolixo e apologético, constituindo uma espécie de auto-elogio do legislador, não é apanágio exclusivo do legislador português. É no mínimo curioso, no entanto, que a proposta faça referência, como veremos, tal como de resto a Reforma espanhola de 2012, à flexisegurança, o que já levou BAYLOS GRAU a afirmar que se trata de “um preâmbulo afetado de esquizofrenia legislativa entre o que afirma e o que realmente faz” (cit. apud MIKEL URRUTIKOETXEA BARRUTIA, El preâmbulo del RD Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación, Revista de Derecho Social 2012, n.º 57, págs. 19 e segs., pág. 31, estudo cuja leitura recomendamos vivamente por proceder à análise deste tipo de motivações legais).

rando persuadir os destinatários da lei da inevitabilidade e da essencialidade de uma reforma.

É nossa convicção, bem ao invés, e como procuraremos explicar ao leitor, que a presente reforma é globalmente modesta, e em algumas matérias mesmo obsoleta e procedendo a contra ciclo e, em regra, espelha a falta de imaginação de um legislador que parece considerar que o único objetivo da lei laboral é o de melhorar a competitividade e que o único meio para conseguir esse desiderato consiste na redução do custo do trabalho.

E, no entanto, quem leia a referida exposição de motivos poderá ficar, num primeiro momento, persuadido da modernidade e da importância das alterações legislativas introduzidas.

Afirma-se que “a presente revisão revela-se primordial para proporcionar aos trabalhadores, principais destinatários da legislação laboral, um mercado de trabalho com mais e diversificadas oportunidades”. Diz-se, ainda, ser “essencial uma legislação laboral flexível, concentrada na proteção do trabalhador, e não do posto de trabalho, no quadro de um modelo de flexisegurança que fomente a economia e a criação de emprego e que vise combater a segmentação crescente do mercado de trabalho”, no que se designa por “a modernização do mercado de trabalho e das relações laborais”.

Alude-se, a vários níveis, à necessidade de uma “aproximação (...) de Portugal aos restantes países europeus” ou, como também se diz, a “necessária aproximação do enquadramento jurídico vigente em países congéneres, nomeadamente no contexto do mercado comum europeu”. Para o efeito propôs o Governo “um conjunto de medidas dirigidas ao bem-estar das pessoas e à competitividade das empresas e da economia portuguesa”.

Invoca-se, finalmente, “um amplo consenso” logrado através da concertação social e do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego assinado no dia 18 de Janeiro de 2012 entre o Governo e a maioria dos parceiros sociais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social. Remata-se afirmando que “esta Proposta de Lei constitui um instrumento essencial à regulação das relações laborais, assente num justo equilíbrio entre os valores inerentes à proteção do trabalhador e à flexibili-

dade das empresas, reflexo de um entendimento alargado obtido em sede de concertação social”.

Boa parte deste discurso é de natureza política, compreendendo-se a tentação do jurista de abster-se de o comentar. No entanto, parece-nos que se impõe aqui, como já dissemos, uma exceção, não só porque esta exposição de motivos concentra uma série de argumentos frequentemente esgrimidos em sede de política legislativa, como também porque este discurso tem, por vezes, a pretensão de passar por “científico” e constitui, ele próprio, uma crítica a um direito laboral acusado de ser rígido e pouco adaptado à realidade económica.

É evidente que esta exposição de motivos utiliza, desde logo, uma série de vocábulos com que os legisladores laborais procuram dar-se ares de modernidade: flexibilidade, combate à segmentação, flexisegurança, aproximação a outros ordenamentos, sobretudo os que se inserem no mesmo espaço económico em que nos encontramos.

A verdade, contudo, é que esta alteração legislativa nada tem que ver, genuinamente, com a flexisegurança<sup>(2)</sup>. Mesmo quem entenda, como é o nosso caso, que a flexisegurança é um produto cultural dos países do norte da Europa, que, aliás, conhecem diferentes modelos de flexisegurança, e cuja “importação” pode revelar-se delicada, tem que reconhecer que a flexisegurança não é isto, não se reduz a diminuir a tutela do posto de trabalho sem nada dar em troca e sem reforçar significativamente a empregabilidade e a segurança dos trabalhadores nos períodos em que se encontrem entre empregos ou até entre carreiras. Muito mais (ou muito menos) do que flexisegurança, o que o legislador nos brindou foi com uma espécie de caricatura da mesma, uma “flexiflexi”.

Reconhecemos, outrossim, sem dificuldade, que a proposta de lei teve como principais destinatários os trabalhadores, porquanto serão estes, sobretudo, os que mais sofrerão com ela, quer através de uma flexibilidade unilateral a favor do empregador, quer pela redução do custo do trabalho que ela implica. O legislador pre-

---

(2) E isto mesmo concedendo a ambiguidade da utilização que se faz do vocábulo apontada, entre outros, por FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Flexiseguridad y mercado de trabajo, Relaciones laborales 2010, n.º 9, págs. 1 e segs., pág. 6: “sea cual fuera su perspectiva de análisis, la flexiseguridad es un término preñado de ambigüedades”.

tende, no entanto, fazer-nos crer que visa a promoção do emprego, esquecendo que nunca foi demonstrado que a redução das compensações devidas aos trabalhadores, na hipótese de cessação de contrato de trabalho (por razões objetivas) ou outros meios de facilitar a referida cessação gerassem emprego ou contribuíssem para que os empregadores celebrassem contratos de trabalho. Tudo indica que o dador de emprego contrata porque tem necessidade económica de mão-de-obra e não porque seja fácil despedir.

Invocar o combate à segmentação do mercado de trabalho é de um profundo farisaísmo, já que foi o próprio legislador português que, pela sua inércia, ou mesmo complacência, deixou ao longo de anos, quando não de décadas, que se disseminassem fenómenos de trabalho precário e de falso trabalho autónomo. E repare-se que a solução encontrada pelo legislador para minorar a segmentação parece consistir, não em combater os fenómenos de precariedade e de autêntica exclusão social de que padecem muitos dos falsos trabalhadores autónomos, mas, antes, em reduzir os direitos dos restantes trabalhadores, numa espécie de purificação por baixo.

Quanto ao “alargado consenso” que se exprimiu na concertação social, sem dúvida que ele é “alargado” atendendo ao número dos parceiros sociais, presentes na Comissão Permanente de Concertação Social, já que o referido consenso só não abrangeu a CGTP/Intersindical. Por outras palavras, o Governo teve o consenso de todas as associações de empregadores — que surpresa? — e de uma confederação sindical, a UGT. Mas como não há critérios de representatividade em Portugal que nos permitam aferir a representatividade relativa das Confederações sindicais, e também já agora, dos sindicatos independentes — matéria esta, a da representatividade, em que o Governo não parece muito interessado, como veremos, em aproximar a nossa legislação da de muitos dos nossos congéneres na União Europeia — ignoramos até que ponto é que o consenso é genuinamente alargado no que toca aos trabalhadores, “principais destinatários da legislação laboral”.

2. Passando agora à análise das medidas concretas, elas incidem, como na própria exposição de motivos se reconhece, em quatro matérias fundamentais: organização do tempo de trabalho;

fiscalização das condições de trabalho e comunicações à Autoridade para as Condições de Trabalho; alterações ao regime de cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos e, finalmente, alterações ao regime aplicável aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Devemos dizer, desde já, que nos parece que a matéria em que as alterações foram de maior monta é a matéria da organização do tempo de trabalho<sup>(3)</sup>. Em contrapartida, por exemplo, as alterações do regime aplicável aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho foram muito modestas e, parece-nos, inclusive, pouco modernas e pouco ambiciosas.

**3.** Em matéria de tempo de trabalho uma das principais novidades da alteração legislativa respeita ao banco de horas. Na versão original do Código de Trabalho de 2009 o banco de horas só podia ser introduzido através de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, como resultava do art. 208.º n.º 1<sup>(4)</sup>. Além disso, o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho deveria regular as matérias previstas no n.º 4 do art. 208.º, pelo que não nos parecia ser suficiente para o correto cumprimento da lei limitar-se, por exemplo, a convenção coletiva a prever a possível existência do banco de horas, mas remetendo todo o seu regime para um acordo individual entre o empregador e o trabalhador abrangido.

Para lá de algumas alterações de pormenor ao banco de horas por regulamentação coletiva<sup>(5)</sup>, prevê-se igualmente a possível existência de um banco de horas individual ou grupal. Adotou-se, assim, o mesmo esquema já existente para a adaptabilidade: deste

---

<sup>(3)</sup> Sobre esta matéria, cf., por todos, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho*, Actas do Congresso de Direito do Trabalho, coord. por Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, 2011, págs. 359 e segs. e JOANA VICENTE, O novo regime do tempo de trabalho, in *O Memorando da “Troika” e as Empresas*, IDET, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 125 e segs.

<sup>(4)</sup> Sobre o banco de horas, na sua versão originária, cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, ob. cit., págs. 395 e segs.

<sup>(5)</sup> O artigo 208.º, n.º 4, al. a) ii) prevê agora, por exemplo, que a compensação do trabalho prestado em acréscimo poderá ser feita por aumento do período de férias.

modo, o regime do banco de horas pode ser instituído por um acordo entre empregador e trabalhador, sendo que o acordo pode ser celebrado através de uma proposta por escrito do empregador, presumindo-se a aceitação por parte do trabalhador que não se oponha por escrito a essa proposta nos 14 dias seguintes ao conhecimento da mesma<sup>(6)</sup>. Além disso, caso a proposta seja aceite por pelo menos 75% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem é dirigida, o empregador pode aplicar esse regime de banco de horas ao conjunto dos trabalhadores da mesma estrutura, ainda que se tenham oposto, com a exceção apenas dos trabalhadores abrangidos por convenção coletiva que dispõe de modo contrário a esse regime.

O banco de horas individual poderia parecer, num primeiro momento, uma espécie de acordo de adesão — suscitando-se, assim, o problema de saber se não deveria ser aplicada a lei das cláusulas contratuais gerais. Contudo, o regime acaba por ser imposto legalmente aos trabalhadores que não tenham dado o seu acordo, desde que não ultrapassem os 25% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica a quem a proposta foi dirigida, pelo que, em rigor, não se trata (ou não se trata só) de um genuíno instrumento contratual<sup>(7)</sup>.

Por outro lado, a convenção coletiva, melhor, o instrumento de regulamentação coletiva que institua um regime de banco de horas pode prever que o empregador o possa aplicar ao conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica se pelo menos 60% dos trabalhadores dessa estrutura forem abrangidos pelo instrumento de regulamentação coletiva, mediante filia-

---

(6) Repare-se, todavia, que não se prevê aqui norma similar ao art. 205.º, n.º 5.

(7) Relativamente ao trabalhador que não dá o seu acordo, opondo-se expressamente à proposta de introdução do banco de horas, a esta modificação do seu período normal de trabalho (que até agora era considerado objeto do contrato), mas a quem, apesar disso, o regime será aplicado por estar em “minoría”, esta é uma modificação ao contrato de trabalho num aspeto tão essencial como é o da duração do trabalho (e da grandeza da própria prestação) que lhe é imposta pela contraparte contratual. Evolui-se, assim, do contrato para o status, reconhecendo que o contrato de trabalho cada vez menos se assemelha a um contrato, invocando-se, por vezes, em defesa desta solução, um “princípio laboral fundamental: o princípio da prevalência dos interesses de gestão” (MARIA ROSÁRIO DA PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 527, ainda que a propósito da adaptabilidade).



ção em associação sindical e por escolha dessa convenção como aplicável (e também por portaria de extensão). Neste caso parece que o trabalhador só não ficará abrangido pelo regime do banco de horas se representado por associação sindical que tenha deduzido oposição à portaria de extensão da convenção coletiva em causa<sup>(8)</sup>.

Aparentemente, o legislador não teve em conta aqui que a convenção coletiva pode ser aplicável a pelo menos 60% dos trabalhadores da estrutura em causa, mesmo sem qualquer portaria de extensão, bastando para isso que, por exemplo, a maioria dos trabalhadores da unidade económica tenha escolhido a convenção em causa. Um exemplo: numa equipa, secção ou unidade económica em que trabalham dez trabalhadores, dois filiados no sindicato A, dois filiados no sindicato B, seis não filiados em qualquer sindicato, o sindicato A celebra um acordo de empresa que prevê a existência de banco de horas, enquanto o sindicato B não celebra qualquer convenção coletiva. Dos seis trabalhadores não sindicalizados, cinco escolhem a aplicação do acordo de empresa celebrado pelo sindicato A. Este aplica-se, assim, a sete dos dez trabalhadores em causa (dois pelo princípio da filiação e cinco por escolha). O trabalhador não filiado que não escolheu a aplicabilidade do acordo de empresa ficará vinculado ao banco de horas, mas parece que também ficarão igualmente vinculados os outros dois trabalhadores filiados no sindicato B que, obviamente, não terá podido deduzir oposição à portaria de extensão a qual, no caso apresentado, nem sequer existe.

Outro problema consiste em que o legislador parece ter justaposto ou “empilhado” instrumentos de flexibilização do tempo de trabalho, sem cuidar, em regra, da sua compatibilização ou da possibilidade da sua aplicação simultânea. Uma exceção é o art. 209.º n.º 2 do CT em que há o cuidado de esclarecer que aos trabalhadores abrangidos pelo regime de horário concentrado não pode ser aplicado em simultâneo o regime da adaptabilidade, mas fica-se sem saber, por exemplo, se o banco de horas pode coexistir com a exigência de trabalho suplementar, se pode acrescer a um alarga-

---

(8) Sobre o que deve entender-se por esta oposição cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *ob. cit.*, págs. 388-390, quanto ao lugar paralelo da adaptabilidade.

mento do período normal de trabalho por força do art. 210.º ou se o trabalhador pode ter justificações razoáveis (motivos atendíveis como diz o art. 223.º quanto ao trabalho suplementar) para a recusa<sup>(9)</sup>.

Quanto a esta última questão parece-nos que a questão não pode deixar de ser positiva. Muito embora o trabalho suplementar seja o trabalho prestado fora do horário de trabalho (art. 226.º, n.º 1) — sendo o conceito de horário de trabalho aquele em torno do qual se articula a noção de trabalho suplementar<sup>(10)</sup> — e o banco de horas se situe “a montante”, representando um acréscimo ao período normal de trabalho, um e outro representam, da ótica do trabalhador, uma exigência de trabalho imprevista e que não podia programar previamente, a não ser, quanto ao banco de horas, atendendo à antecedência que deve estar prevista quanto à comunicação que deve ser feita pelo empregador ao trabalhador da necessidade de prestação de trabalho. A razoabilidade e seriedade do motivo invocado pelo trabalhador para a recusa em realizar em determinado dia o acréscimo de trabalho que lhe é solicitado por invocação do banco de horas deverão, no nosso entender, ser aferidas tendo também em conta a antecedência da comunicação que lhe é feita. Em todo o caso, não deve esquecer-se o princípio fundamental da necessidade de conciliação entre a vida pessoal e familiar e a vida profissional do trabalhador e o dever do empregador de “proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal” (n.º 3 do art. 127.º).

No seu afã de reduzir custos associados ao trabalho, a Lei n.º 23/2012 reduziu para metade o acréscimo remuneratório a que o trabalhador tem direito pela realização de trabalho suplementar: de acordo com o art. 268.º, n.º 1 esse acréscimo passou a ser de 25% pela primeira hora ou fração desta e 37,5% por hora ou fra-

---

(9) Sobre o tema cf. JOANA VICENTE, ob. cit., págs. 130-131. Como a autora bem refere, “não se prevê qualquer possibilidade de recusa por parte do trabalhador fundada em motivo atendível ou de outra natureza”.

(10) Como muito bem destaca MARIA ROSÁRIO DA PALMA RAMALHO, ob. cit., pág. 550, “o referencial de delimitação do trabalho suplementar [é] o conceito operativo de horário de trabalho”.

ção subsequente, em dia útil e 50% para cada hora ou fração em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em dia feriado. Também o acréscimo de retribuição como alternativa a descanso compensatório por trabalho normal em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o seu funcionamento nesse dia passou a ser de 50% de retribuição ou, em alternativa, direito a descanso compensatório com duração de metade do número de horas prestadas (art. 269.º n.º 2).

Além da redução do número de feriados obrigatórios (art. 234.º, n.º 1), o legislador introduziu, também, modificações em matéria de férias e de faltas.

Quanto às férias, além de ter revogado a norma que “premiava” a assiduidade com um aumento do número de dias de férias (os antigos números 3 e 4 do art. 238.º), norma que era objeto de grande controvérsia doutrinal e que, na nossa opinião sacrificava ao escopo de promover a assiduidade bens jurídicos de muito maior valor, a Lei n.º 23/2012 veio introduzir uma solução inovadora no n.º 3 do art. 238.º, o qual, na sua nova redação, estabelece que “caso os dias de descanso do trabalhador coincidam com dias úteis, são considerados para efeitos do cálculo dos dias de férias, em substituição daqueles, os sábados e domingos que não sejam feriados”. Parece-nos que a norma vai suscitar alguns problemas de aplicação. Repare-se que o dia de descanso complementar, previsto no IRCT, pode ser contínuo ou descontínuo (e mesmo existir em apenas algumas semanas do ano, como resulta do n.º 3 do art. 232.º). Mas, e sobretudo, pode nem sequer existir: a lei só garante ao trabalhador um dia de descanso semanal obrigatório (art. 232.º, n.º 1) e se o trabalhador não for abrangido por qualquer IRCT que preveja um dia de descanso semanal complementar e, à luz do n.º 2 do art. 232.º, possa ter um dia de descanso obrigatório que não coincida com o domingo, a aplicação do n.º 3 do art. 238.º redundará numa diminuição dos dias de férias. Expliquemo-nos melhor com um exemplo: o trabalhador A tem apenas direito a um dia de descanso compensatório, obrigatório por lei, que no seu caso é a sexta-feira. Até agora, os seus 22 dias úteis de férias contavam-se atendendo aos “dias da semana de segunda-feira a sexta-feira com exceção de feriados” (n.º 2 do art. 238.º).

Se agora os contarmos excluindo as sextas-feiras, mas passando a contar os sábados e os domingos, o trabalhador A sofrerá uma redução (real) na duração das suas férias e ficará aquém das 4 semanas imperativas por força da Diretiva sobre tempo de trabalho. A não ser que se entenda que o novo n.º 3 do art. 238.º por se referir sempre ao plural (“caso os dias de descanso (...) em substituição daqueles”) pressupõe o caso (apesar de tudo mais frequente entre nós) da existência de mais do que um dia de descanso semanal, não tendo aplicação sempre que o trabalhador só tenha direito a um dia de descanso semanal (o legalmente obrigatório).

Outra novidade é a possibilidade de o empregador encerrar a empresa ou o estabelecimento, total ou parcialmente, para férias dos trabalhadores, “um dia que esteja entre um feriado que ocorra à terça-feira ou quinta-feira e um dia de descanso semanal, sem prejuízo da faculdade prevista na alínea g) do n.º 3 do art. 226.º” (alínea b) do n.º 2 do art. 242.º). Em primeiro lugar, sublinhe-se que deste modo se agudiza a possibilidade de por decisão unilateral do empregador — embora esta tenha que ser comunicada com significativa antecedência, como resulta do n.º 3 do art. 242.º<sup>(11)</sup> — as férias serem entrecortadas, assim se erodindo o princípio de que o gozo interpolado das férias carece de acordo escrito do trabalhador (n.º 8 do art. 241.<sup>a</sup>), permitindo agora “semear” dias de férias dispersos pelo ano civil<sup>(12)</sup>. Mas o aspeto mais surpreendente e problemático é, quanto a nós, a nova redação da alínea g) do n.º 3 do artigo 226.º, para a qual se remete. Resulta desta alínea que “não se compreende na noção de trabalho suplementar (...) o trabalho prestado para compensar encerramento para férias previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 242.º por decisão do empregador”. Entendido literalmente o preceito constitui — perdoe-se-nos a expressão, mas pensamos que se justifica a sua utilização neste contexto — uma verdadeira contradição jurídica. O trabalho não prestado em um dia de férias — ou seja, num dia em que não há obrigação de trabalhar — não se compensa!... O preceito coloca, como bem sublinha

---

(11) Mas parece que esta “marcação” poderá ela própria ser alterada à luz do disposto no n.º 1 do art. 243.º.

(12) Parece que esta faculdade não estará sequer limitada pelo n.º 3 do art. 241.º.

LIBERAL FERNANDES, o problema dos limites do poder do legislador<sup>(13)</sup>. Poderia este estabelecer que um período em que o trabalhador trabalha efetivamente contaria para efeitos legais como pausa<sup>(14)</sup>? E poderá este definir como dia de férias um dia em que o trabalho não realizado nesse dia terá que ser compensado noutros? Tal redundaria em uma diminuição efetiva dos dias de férias com possível violação do Direito da União, como já foi denunciado por LIBERAL FERNANDES<sup>(15)</sup>.

Mas talvez se possa defender que existiu aqui um lapso do legislador, aliás indiciado pelo inciso final da alínea *b*) do n.º 2 do art. 242.º (“sem prejuízo da faculdade prevista na alínea *g*) do n.º 3 do art. 226.º” — o que sugere que se trata aqui de uma outra faculdade do empregador). Parece que estão aqui em jogo duas faculdades distintas do empregador: este pode tratar aquele dia de encerramento como um dia de férias **ou** recorrer à faculdade que tradicionalmente existe em Portugal de substituir os dias de “ponte”, em que não se trabalhará, por trabalho compensatório que não é trabalho suplementar. Porque esse dia de paragem pode ser agora por decisão unilateral do empregador um dia de férias, o artigo 226.º, n.º 3, alínea *g*), designou impropriamente esse dia de paragem como dia de férias.

Relativamente ao regime das faltas, sublinhe-se o regresso, no art. 256.º, n.º 3, à velha solução de, faltando o trabalhador injustificadamente a um ou meio período normal de trabalho diário, imediatamente anterior ou posterior a dia ou meio dia de descanso ou a feriado, “o período de ausência a considerar para efeitos da perda

---

(13) FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O Tempo de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 233-234.

(14) Mesmo sendo exato que o conceito de tempo de trabalho não é um conceito naturalístico e que, por exemplo, certas pausas contam como tempo de trabalho e é tempo de descanso, para efeitos legais, o tempo que passamos “presos” num engarrafamento no caminho para o emprego, não pode construir-se um conceito que seja oposto à sua própria teleologia: as férias são (também) expressão do direito ao descanso e não é um dia de descanso, parece-nos, aquele em que a interrupção da prestação laboral tenha que ser compensada por trabalho prestado em outros dias.

(15) FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 234, alerta, precisamente, para o perigo de violação do artigo 7.º, n.º 1 da Diretiva 2003/88, que fixa a duração mínima para as férias anuais de quatro semanas.

de retribuição (...) abrange os dias ou meios-dias de descanso ou feriados imediatamente anteriores ou posteriores ao dia de falta”. Embora o n.º 3 do art. 256.º, na sua parte final, só se refira ao dia de falta, pensamos que a norma também abrangerá a hipótese de meio dia de falta injustificada (como resulta da parte inicial do n.º 3: “na situação referida no número anterior”). Trata-se aqui de uma infração grave (n.º 2 do art. 256.º), mas repare-se que a contagem dos dias e meios dias imediatamente posteriores ou anteriores ao dia ou meio dia de falta se faz exclusivamente para efeitos de perda de retribuição e já não para cálculo do número de faltas injustificadas em cada ano civil relevante para feitos de despedimento.

Há, também, novidades legislativas em matéria de redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador. O art. 298.º do CT passou a ter um novo número, o n.º 4, segundo o qual, em regra, e com a ressalva das situações de empresa em situação económica difícil ou em processo de recuperação, a empresa que recorra a este regime deve ter a sua situação contributiva regularizada perante a administração fiscal e a segurança social. Novo é também o art. 298.º-A — note-se a curiosa redação da parte final do artigo que se refere a um acordo entre o empregador e os trabalhadores abrangidos ou as suas estruturas representativas, como se não houvesse qualquer hierarquia<sup>(16)</sup>.

De acordo com o art. 299.º o empregador deve comunicar por escrito a intenção de reduzir ou suspender a prestação de trabalho, “à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger”. Fica-se na dúvida sobre o que quer dizer

---

(16) Pensamos que este acordo terá que respeitar a ordem que resulta do art. 299.º, devendo ser celebrado com a comissão de trabalhadores e, só na falta desta, com a comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger. Se todas estas entidades não existirem, pensamos que o acordo para redução do período anterior à nova aplicação de medidas de redução e suspensão deverá ser celebrado com a comissão representativa dos trabalhadores (que, como dizemos no texto, parece-nos ser ainda uma estrutura representativa, para este efeito, apesar da terminologia legal algo equívoca) e só se esta também não existir é que o acordo poderá, ao que parece, ser celebrado diretamente com os trabalhadores abrangidos.

“representativas dos trabalhadores a abranger” até porque não há, em regra, critérios de representatividade<sup>(17)</sup>.

A lei estabelece agora (art. 299.º, n.º 2, na nova redação) que “o empregador disponibiliza para consulta os documentos em que suporta a alegação de situação de crise empresarial, designadamente de natureza contabilística e financeira”. Parece que a disponibilização para consulta deverá ser simultânea com a comunicação prevista no n.º 1 ou, ao menos, imediata. Caso não haja comissão de trabalhadores nem comissão sindical ou intersindical, o empregador

---

(17) A expressão “comissão intersindical ou comissões sindicais representativas dos trabalhadores a abranger” suscita-nos dúvidas sobre qual o tipo de representação ou de representatividade de que se está a falar. Como é sabido, as taxas de filiação sindical são relativamente baixas em Portugal, pelo que se apenas se atender à filiação sindical muito provavelmente a comissão intersindical ou comissão sindical representará, consoante o caso concreto, uma percentagem maior ou menor dos trabalhadores, mas que, em regra, pelo menos nas empresas de certa dimensão, estará muito longe da totalidade. É possível que o legislador tenha considerado que a comissão intersindical ou as comissões sindicais da empresa representarão a totalidade dos trabalhadores a abranger, mesmo que não filiados nesses sindicatos ou, porventura, mesmo que não filiados nesses sindicatos e filiados noutros. Com efeito, bem pode suceder que um sindicato tenha apenas um delegado sindical nessa empresa, mas que outro sindicato tenha nessa mesma empresa uma comissão sindical. Entender que a comissão sindical representa automaticamente todos os trabalhadores, filiados ou não, ou mesmo filiados noutro sindicato é, quanto a nós, deitar borda fora a tutela tanto da liberdade sindical negativa, como da liberdade sindical positiva e é particularmente grave num ordenamento em que não há critérios de representatividade sindical. Em suma, um trabalhador bem pode não se filiar num sindicato, pelas razões mais variadas, mas que a lei tutela como expressão da sua liberdade: porque não confia na direção do sindicato, porque considera o sindicato em causa demasiado próximo de uma certa ideologia política ou do patronato. Mas de nada importará essa sua decisão de não se filiar, já que o sindicato que não escolheu representá-lo-á por força da lei, em momentos cruciais como um despedimento coletivo ou um lay-off. Pensamos, contudo, que mesmo que se siga esse entendimento, sempre será ao menos necessário, para que a comissão sindical ou intersindical possa considerar-se “representativa” dos trabalhadores a abranger pela medida planeada pelo empregador que esses trabalhadores pudessem, todos eles, se assim o desejassem, inscrever-se no referido sindicato. Se a comissão sindical é composta, por exemplo, pelos delegados sindicais de um sindicato de categoria, e são abrangidos pela medida trabalhadores que pela sua categoria profissional não poderiam inscrever-se no referido sindicato ou se o sindicato em causa é um sindicato de âmbito regional (por exemplo, um sindicato do sul) quando a medida abrange todos os trabalhadores da empresa a nível nacional, não nos parece que, pelo menos nesse caso, a comissão sindical possa considerar-se representativa de todos os trabalhadores abrangidos pela medida. Nessa hipótese, ainda que tal não resulte com clareza da letra da lei, parece-nos que o empregador deverá contactar e negociar, não apenas com a comissão sindical, mas com os restantes trabalhadores abrangidos que poderão também aqui constituir uma comissão *ad hoc*.

dor deve disponibilizar a consulta aos próprios trabalhadores, sendo a informação enviada para a comissão representativa que venha a ser designada. Mais uma vez, a lei não esclarece, expressamente, o que se passa se os trabalhadores não indicarem uma comissão representativa.

Repare-se que no art. 302.º n.º 2 também se prevê uma consulta relativamente ao plano de formação, mas aqui a consulta é aos trabalhadores abrangidos, conjuntamente com um pedido de parecer da estrutura representativa dos trabalhadores. Fica a dúvida se estrutura representativa dos trabalhadores abrange também a comissão representativa; diríamos que sim face ao art. 300.º n.º 1, mas a Lei nem sempre é muito clara já que, por exemplo, no art. 301.º n.º 4 se diz agora que “na falta de estrutura representativa dos trabalhadores ou da comissão representativa referida no n.º 3 do art. 299.º” mudando-se a redação original que apenas se referia à falta de estrutura representativa.

A alteração da terminologia legal empregue não é, a nosso ver, muito feliz. Na sua versão originária o CT de 2009 referia-se, sempre, nesta sede, à “estrutura representativa dos trabalhadores”<sup>(18)</sup>, o que abrangia, não apenas as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores (comissão de trabalhadores, comissão intersindical e comissões sindicais), mas também a comissão representativa *ad hoc* que os trabalhadores a abranger podem designar.

É agora um pouco mais duvidoso se a expressão estrutura representativa abrange também a comissão representativa, porque a lei tem agora o cuidado de as distinguir em alguns preceitos (nos números 2, 3 e 4 do art. 301.º e no n.º 1 do art. 307.º), enquanto em outros continua a referir-se, apenas, à estrutura representativa dos trabalhadores (assim, designadamente, nos números 1 e 4 do art. 300.º e no n.º 2 do art. 302.º). Ignoramos se a alteração legislativa se deveu ao preciosismo linguístico de distinguir entre as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores de uma empresa e a comissão *ad hoc*, constituída na falta daquelas estru-

---

<sup>(18)</sup> Era o que sucedia nos n.ºs 1 e 4 do art. 300.º, nos n.ºs 3 e 4 do art. 301.º, no n.º 2 do art. 302.º e no n.º 1 do art. 307.º.



ras pelos trabalhadores a abranger por estas medidas, mas pensamos que não foi intenção do legislador excluir a comissão representativa da fase das negociações prevista no art. 300.º até porque, a ser assim, não faria muito sentido a sua constituição. Assim, pensamos que, apesar das flutuações terminológicas, a expressão estrutura representativa dos trabalhadores continua a abranger a comissão representativa, mesmo nos preceitos em que só se emprega aquela primeira expressão.

Note-se também que o art. 301 n.º 2 foi sensivelmente alterado: não só a redução ou suspensão pode agora iniciar-se no prazo de cinco dias (e não dez) sobre a data da comunicação mencionada no art. 300.º n.º 3, como também poderá sê-lo imediatamente “em caso de acordo entre o empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores, a comissão representativa referida no n.º 3 do art. 299.º ou a maioria dos trabalhadores abrangidos ou, ainda, no caso de impedimento imediato à prestação normal de trabalho que os trabalhadores abrangidos conheçam ou lhes seja comunicado”.

Foi suprimida a parte final do n.º 3 do art. 301.º que previa a possibilidade de a estrutura representativa dos trabalhadores se opor à prorrogação da medida, bem como, na falta de estrutura representativa dos trabalhadores, a necessidade de acordo escrito do trabalhador abrangido, a que se referia o n.º 4 do art. 301.º na sua redação primitiva. Assim, esta prorrogação que anteriormente tinha, de algum modo, que ser consensual passou a poder ser unilateralmente imposta pelo empregador.

O art. 303.º viu igualmente a sua redação ser alterada. Mantêm-se os deveres do empregador no período de redução ou suspensão, mas acrescenta-se que “durante o período de redução ou suspensão, bem como nos 30 ou 60 dias seguintes à aplicação das medidas, consoante a duração da respetiva aplicação não exceda ou seja superior a 6 meses, o empregador não pode fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador abrangido por aquelas medidas exceto se se tratar da cessação da comissão de serviço, cessação de contrato de trabalho a termo ou despedimento por facto imputável ao trabalhador” e, se violar esta proibição o empregador, terá que proceder à devolução dos apoios recebidos em relação ao trabalhador cujo contrato tenha cessado. Parece-nos, pois, que o despedi-

mento será “lícito”(19) e “regular”, ainda que acarrete esta restituição e represente uma contra-ordenação grave(20). De acordo com o art. 305.º n.º4, a compensação retributiva será paga em 30% do seu montante pelo empregador e em 70% pelo serviço competente da área da Segurança Social. Novo é igualmente o n.º 5 do art. 305.º; resulta deste número que quando o trabalhador frequenta um curso de formação profissional pode haver um aumento da compensação retributiva do trabalhador e um aumento do valor pago pela Segurança Social ao empregador. Prevê-se, agora, também uma informação direta aos trabalhadores abrangidos se não existir estrutura representativa, nem comissão representativa.

4. Relativamente à fiscalização das condições de trabalho e comunicações à ACT, invocando-se a necessidade de diminuir a burocracia e o excesso de procedimentos e racionalizar a actuação da ACT, adotaram-se várias medidas que, no fundo, reduzem a atividade preventiva da ACT. Realçaremos apenas duas delas que nos parecem de bondade muito duvidosa, a saber, a eliminação da obrigatoriedade do envio do regulamento da empresa e a eliminação da obrigatoriedade do envio do acordo de isenção de horário. Ao contrário do que sucede em outros países, como por exemplo, a França, o regulamento interno não é obrigatório por lei em Portugal, nem mesmo nas grandes empresas, e não tem um conteúdo legal mínimo. Mas, quando existe, o regulamento interno é um instrumento importante, não só como proposta contratual, mas também por nele terem assento, boa parte das “normas” da empresa(21), pelo que não deixava de ser útil um controlo prévio do mesmo pela ACT. Também a eliminação do envio obrigatório do acordo de isenção de horário irá fomentar, estamos em crer, as situações de recurso ilegal à isenção de horário de tra-

---

(19) As aspas devem-se a que, apesar de tudo, verificou-se a violação de uma norma legal, mas afigura-se-nos que as únicas consequências dessa violação são as previstas no n.º 3 e no n.º 4 (que também parece aplicar-se a esta hipótese) do art. 303.º.

(20) Pode perguntar-se se esta proibição continuará a valer se a empresa/empregador for declarada(o) em situação de insolvência.

(21) Recorde-se, aliás, que não existe consenso na doutrina nacional quanto ao possível reconhecimento do regulamento interno como fonte de direito.

balho, situações que já parecem ser frequentes e que mais valia tentar prevenir<sup>(22)</sup>.

Estes dois exemplos mostram o modo equivocado como o legislador procura combater a burocracia e “simplificar a legislação laboral”: pode considerar-se, com efeito, e com boas razões, que a nossa legislação laboral é excessivamente complexa, sobretudo para as micro e pequenas empresas<sup>(23)</sup>. Mas mais valia atender à dimensão da empresa e reconhecer que o que é exigível a uma grande empresa pode revelar-se excessivo ou ilusório a uma pequena ou micro empresa.

5. Quanto às alterações ao regime de cessação de contrato de trabalho por motivos objetivos tratou-se, por um lado, de reduzir os valores das compensações a que o trabalhador tem direito na eventualidade de cessação do contrato e, por outro, de facilitar certas causas de cessação, como o despedimento por extinção de posto de trabalho, e de criar, de modo mais ou menos camuflado por detrás da “cortina das palavras”, uma nova causa de cessação a qual de inadaptação só tem o nome e que é o despedimento, sem necessidade de culpa do trabalhador, por redução de produtividade.

A propósito do valor das compensações por cessação do contrato de trabalho por motivos objetivos, verifica-se a sua redução, por força do art. 366.º do CT, aplicável igualmente para cálculo da compensação por caducidade dos contratos a termo certo e incerto (cf., respetivamente o n.º 2 do artigo 344.º e o n.º 4 do art. 345.º), da compensação por caducidade resultante de morte do empregador, extinção da pessoa coletiva ou encerramento da empresa (n.º 5 do art. 346.º), da compensação por despedimento por extinção do

---

(22) A revogação do n.º 4 do art. 127.º do CT eliminou, também, entre outras situações, a obrigatoriedade de envio prévio da apólice de seguro de acidentes de trabalho, que também podia ter alguma eficácia preventiva.

(23) Sobre o tema é fundamental, entre nós, a monografia de CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho, Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra Editora, 2011. Cf., designadamente, as págs. 61 e segs e 131 e segs., respetivamente a propósito da gradual descoberta pelo Direito do Trabalho da diferente dimensão das empresas e dos escopos legislativos subjacentes ao reconhecimento da diferença.

posto de trabalho (art. 372.º) e por despedimento por inadaptação (n.º 1 do art. 379.º).

Ressalvaram-se, no entanto, as legítimas expectativas adquiridas através do sistema previsto no art. 6.º da Lei n.º 23/2012. Assim, quanto aos contratos de trabalho anteriores a 1 de novembro de 2011, terá que distinguir-se entre o período de duração do contrato decorrido até 31 de Outubro de 2012<sup>(24)</sup> que se rege pelas disposições do Código do Trabalho na sua versão originária e o período de duração do contrato posterior a essa data em que o montante da compensação corresponderá ao previsto no artigo 366.º CT., podendo, aliás, a compensação por este segundo segmento temporal nem sequer existir ou ser reduzida, por força do n.º 4 do referido art. 6.º<sup>(25)</sup>.

Em matéria de cessação de contrato por razões objetivas as principais novidades incidem sobre o despedimento por extinção de postos de trabalho e sobre o despedimento por inadaptação.

Quanto ao primeiro, desapareceu a vinculação do empregador a um elenco legal hierarquizado de fatores ou critérios de seleção<sup>(26)</sup> para passar a ser o empregador quem decide quais são os critérios que irá seguir para a escolha dos trabalhadores que serão abrangidos pelo despedimento. A lei esclarece que o empregador deve definir “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” (n.º 2 do art. 368.º), cabendo também ao empregador demonstrar ter observado tais critérios, sendo tal demonstração suficiente para se considerar que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível (n.º 4 do art. 368.º).

O empregador é, pois, agora livre de escolher os critérios que irá seguir para a seleção dos trabalhadores a abranger, podendo, por exemplo, optar pelo critério da menor antiguidade na empresa

---

(24) Cf., contudo, a alínea *a*) do n.º 2 do art. 6.º que na hipótese de caducidade do contrato a termo que tenha sido objeto da renovação extraordinária prevista pela Lei n.º 3/2012, dá relevância à data da renovação extraordinária caso seja anterior àquela data de 31 de Outubro de 2012.

(25) Para exemplos práticos de aplicação deste (complexo) regime cf. PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª ed. revista e atualizada, Principia Editora, Parede, 2012, págs. 354 e segs.

(26) Reportamo-nos ao antigo n.º 2 do art. 368.º do CT de 2009.

ou da menor qualificação ou experiência profissional, sem esquecer, contudo, que tais critérios não-de ser coerentes e, portanto, relevantes face aos objetivos visados pela extinção do posto de trabalho.

Desaparece, também, a obrigação de verificar se existe na empresa um posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador o que, quanto a nós, resultava da própria natureza do despedimento como medida última a adotar, quando não é exigível ao empregador outro comportamento. A alteração tornará mais dúctil e flexível o despedimento por extinção do posto de trabalho<sup>(27)</sup>.

Mais radicais são as transformações a que foi sujeita a figura do despedimento por inadaptação. Muito embora se continue a tratar de uma cessação de contrato de trabalho fundamentada na inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho (art. 373.º) passa a distinguir-se uma inadaptação conexas com modificações no posto de trabalho e uma inadaptação sem que haja modificações no posto de trabalho (cf. os n.ºs 1 e 2 do art. 375.º). Na hipótese de não existirem modificações no posto de trabalho o despedimento por inadaptação poderá ter lugar “desde que cumulativamente se verifiquem” vários requisitos: em primeiro lugar, uma modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador de que resulta precisamente a inadaptação, por se verificar uma das situações<sup>(28)</sup> previstas na alínea *a*) do n.º 2 do art. 375.º<sup>(29)</sup>, em

---

(27) Sobre o despedimento por extinção do posto de trabalho na nova configuração que lhe foi dada pela Lei n.º 23/2012 de 25/06 cf. PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., págs. 267 e segs.

(28) Qualquer uma destas situações há-de ser determinada pelo modo de exercício das funções e é necessário que “em face das circunstâncias seja razoável prever que tenham carácter definitivo”.

(29) Muito embora a lei não seja aqui muito clara já que o art. 375.º n.º 2 al. *a*) utiliza o vocábulo “nomeadamente”, mas acaba por mencionar todas as circunstâncias em que pode consistir a inadaptação de acordo com o art. 374.º n.º 1, a saber, “a redução continuada de produtividade ou de qualidade”, “avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho”, “riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros”. Parece-nos, em suma, que este “nomeadamente” não pretenderá atribuir ao elenco um caráter exemplificativo (por oposição a taxativo), tendo antes o valor de “designadamente”. Em sentido oposto cf. PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., n. 420, pág. 380. Com efeito, não só não nos parece que o art. 374.º n.º 1 contenha um elenco exemplificativo das situações de inadaptação, exigindo (fora do caso especial do n.º 2) exigindo que

segundo lugar, uma “informação”<sup>(30)</sup> ao trabalhador<sup>(31)</sup>, depois, recebida a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para a mesma, ordens e instruções escritas com o intuito de corrigir a execução do trabalho pelo trabalhador, atendendo aos factos por este invocados e, finalmente, a aplicação das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do art. 375.º, com as devidas adaptações, o que parece traduzir-se na necessidade de proporcionar, consoante os casos concretos, formação profissional adicional e, parece-nos que sempre, um período de tempo de pelo menos 30 dias para que o trabalhador procure corrigir a sua prestação, face às novas ordens e instruções que lhe foram dadas para o efeito<sup>(32)</sup>.

A aplicação em concreto desta figura suscitará, na nossa opinião, várias dificuldades. Não havendo modificação do posto de trabalho, o juízo sobre a redução continuada de produtividade ou de qualidade exige, não apenas um elemento temporal, já sugerido pelo adjetivo “continuada”, mas igualmente uma comparação com a produtividade anterior do trabalhador. Quando se introduz uma modificação no posto de trabalho é fácil compreender que a comparação é entre o antes e o depois desta introdução — o art. 375.º, n.º 1 alínea *a)* refere-se, aliás, a modificações no posto de trabalho, novas tecnologias ou equipamentos introduzidos **nos seis meses anteriores** ao início do procedimento.

Na outra hipótese em que não há modificações no posto de trabalho, pergunta-se: compara-se a produtividade do trabalhador

---

se verifique uma qualquer das situações previstas nas suas alíneas para que se possa falar em inadaptação, como também não nos parece que o legislador tenha, apesar da utilização do vocábulo “nomeadamente” no art. 375.º, n.º 2, al. *a)*, querido introduzir um conceito absolutamente indeterminado ou indefinido de inadaptação (de que as situações previstas no n.º 1 do art. 374.º seriam apenas exemplos) em matéria constitucionalmente tão sensível e delicada como a dos despedimentos.

<sup>(30)</sup> O uso do vocábulo pode sugerir que se trata de uma mera declaração de ciência... A lei evita, aliás, falar em acusação e defesa, porventura para evitar qualquer “contaminação” com a linguagem do procedimento disciplinar.

<sup>(31)</sup> Juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da atividade antes prestada, acompanhada da descrição circunstanciada dos factos demonstrativa da modificação substancial da prestação e informando igualmente o trabalhador de que pode pronunciar-se por escrito em prazo não inferior a cinco dias úteis.

<sup>(32)</sup> Recorde-se que o caso especial do n.º 2 do art. 374.º possibilita também um despedimento por inadaptação sem modificação do posto de trabalho, devendo atender-se ao art. 375.º, n.º 3, al. *b)*.

— essa sua redução continuada — com a sua produtividade nos últimos seis meses, no último ano, durante a duração de todo o contrato? E se a produtividade apresentada pelo trabalhador for irregular, conhecendo picos e reduções, atender-se-á a uma média? Além disso, parece que se compara a produtividade do trabalhador com aquela de que ele próprio foi capaz anteriormente, carecendo de relevância qualquer produtividade média na empresa<sup>(33)</sup>. Poderá assim, ao que parece, despedir-se por inadaptação um trabalhador que por hipótese ainda é mais produtivo que a produtividade média na sua secção ou unidade ou, até, que continua a ser o mais produtivo, desde que seja menos produtivo do que o que vinha sendo anteriormente...

É sabido, no entanto, que esta redução de produtividade para relevar para despedimento por inadaptação não pode ser imputável ao próprio empregador (art. 374.º, n.º4)<sup>(34)</sup>, nem deve prejudicar “a protecção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica” (n.º 3 do art. 374.º). Uma vez que a lei não define propriamente o que seja um posto de trabalho e que este pode ser concebido, simplesmente, como um conjunto de funções<sup>(35)</sup>, importa ter presente que a redução de produtividade ou de qualidade, ainda que continuada, pode resultar de múltiplas situações que são ainda imputáveis ao empregador, em sentido amplo, ora com culpa, ora sem ela.

Na verdade, bem pode suceder que a redução de produtividade se fique a dever, ao menos em parte, a comportamentos do empregador, mesmo que sem culpa por parte deste. Pense-se, por exemplo, em uma transferência definitiva ou temporária do trabalhador (e a que este por hipótese não se opôs), vendedor de carros de luxo, de Lisboa para Freixo de Espada à Cinta. Afigura-se-nos muito provável que o referido vendedor não consiga o mesmo

---

<sup>(33)</sup> Parece-nos insólito que assim seja, mas não há arrimo na letra da lei para outro entendimento, a não ser que se invoque o princípio da boa fé que preside à execução do contrato de trabalho.

<sup>(34)</sup> Recorde-se, aliás, que também é dever do empregador contribuir para o aumento da produtividade do trabalhador, como resulta do art. 127.º, n.º 1, al. d).

<sup>(35)</sup> Admitimos, aliás, que não haja uma definição unitária deste conceito e que ela possa variar com a teleologia dos preceitos em causa. Cf., a este propósito, PEDRO FURTADO MARTINS, *ob. cit.*, págs. 245 e segs., particularmente 249.

volume de vendas em Freixo de Espada à Cinta que vinha conseguindo em Lisboa, mas não nos parece que esta redução possa justificar um despedimento. Do mesmo modo, a redução de produtividade, ainda que sem modificações no posto de trabalho, pode resultar de novas técnicas de gestão, de novas chefias, sem esquecer comportamentos ilícitos pelos quais o empregador é responsável (como sejam, o assédio moral, vertical ou horizontal, que deverá, aliás, de algum modo, caber na violação das condições de segurança previstas no art. 374.º n.º 4). Importa, ainda, ter em conta que as várias situações de redução continuada de produtividade ou de qualidade, de avarias repetidas, de riscos para a segurança e saúde do trabalhador devem permitir um juízo de prognose sobre o seu carácter definitivo. Ora, muitas vezes, esse juízo não será razoável em função de situações temporárias que o trabalhador atravessa: a doença prolongada de um familiar, um processo de divórcio particularmente doloroso, uma doença diagnosticada ao próprio trabalhador (ainda que não seja necessariamente uma doença crónica) podem determinar que, sendo os trabalhadores também pessoas, a sua produtividade seja afetada, sem que, no entanto, isso legitime uma prognose quanto ao carácter definitivo daquelas situações.

Nesta hipótese, a lei passou a prever que o empregador deve informar o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes da apreciação da atividade antes prestada e com descrição circunstanciada dos factos demonstrativa da modificação substancial da prestação, podendo o trabalhador pronunciar-se por escrito em prazo não inferior a cinco dias úteis. Nesta hipótese em que não há modificação do posto de trabalho, assumirão, por isso, grande relevância os resultados das avaliações passadas referentes à produtividade do trabalhador. Infelizmente, tais métodos de avaliação frequentemente pouco têm de objetivo e a lei vem agora suscitar a questão de saber se o trabalhador não os poderá impugnar, precavendo-se contra um possível despedimento por inadaptação — aliás, tais avaliações serão agora perigosas não apenas quando negativas ou quando atribuem ao trabalhador uma classificação que sugere uma redução sensível da qualidade da prestação, mas também quando empoladas, porque a atribuição de uma classifica-



ção muito alta pode ser precisamente o primeiro passo para, posteriormente, se verificar a “redução” da produtividade ou qualidade. Os sistemas de avaliação de desempenho passam, por isso, a ter uma importância legal acrescida, justificando-se, no nosso entender, que os trabalhadores fiquem muito mais atentos à sua implementação<sup>(36/37)</sup>.

6. Enquanto em matéria de tempo de trabalho e mesmo em sede de cessação do contrato de trabalho, a Lei n.º 23/2012 introduziu alterações sensíveis, as alterações em matéria de relações coletivas não apenas são muito modestas, mas contrastam com as modificações que foram introduzidas na matéria por outras legislações recentes e ficam muito aquém do diagnóstico que foi realizado, a este respeito, no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica.

Antes de apreciar, mais detidamente, as (parcas) inovações em matéria de contratação coletiva, não queremos deixar de fazer um esboço, necessariamente muito sucinto, da evolução verificada neste domínio desde 2003. Como tentaremos demonstrar, trata-se de uma evolução que não é linear e que só na aparência redundou em um menor intervencionismo estatal. Além disso, essa análise permite-nos denunciar as razões de uma estranha inércia legislativa.

7. O sistema de relações coletivas português tem sofrido desde o Código do Trabalho de 2003 uma evolução significativa,

---

<sup>(36)</sup> Devendo, porventura, admitir-se mesmo que possam recorrer a providências cautelares quando considerem que a sua classificação é falaciosa e que os critérios adotados são discriminatórios ou opacos, já que esse poderá ser o primeiro passo para preparar um despedimento por inadaptação.

<sup>(37)</sup> Esta nova modalidade de despedimento — a dos despedimentos por redução de produtividade sem necessidade de demonstrar a culpa do trabalhador — vem acompanhada de um mecanismo que parece ser, até certo ponto, um estímulo à denúncia do contrato pelo trabalhador alvo de um procedimento de despedimento por inadaptação. Com efeito, no caso de despedimento por inadaptação, mas apenas nas hipóteses previstas no art. 374.º n.º 2 e 375.º n.º 3 alínea b) — ou seja, no despedimento por inadaptação de trabalhadores afetos a cargos de complexidade técnica ou de direção quando não cumpram os objetivos previamente acordados, por escrito, e quanto aos trabalhadores despedidos por inadaptação sem modificação do posto de trabalho, o trabalhador poderá denunciar o contrato, após a comunicação a que se refere, pensamos nós, o art. 378.º n.º 2.

associada ao que pode verdadeiramente designar-se como uma revolução em matéria de fontes<sup>(38)</sup>. É típico dos tempos de revolução ou, se se preferir, de substituição de paradigmas, que quem os vive nem sempre se apercebe para onde é que a corrente revolucionária o arrasta, quais os remoinhos e os pontos de viragem cruciais. As revoluções apreciam-se melhor a muitos anos de distância, quando o rio da existência volta a correr aparentemente tranquilo. Mas nem por isso algumas considerações necessariamente provisórias serão desprovidas de utilidade.

Até 2003 se pretendesse descrever o nosso sistema de relações coletivas a um jurista estrangeiro, o jurista português, provavelmente, referiria a liberdade sindical como direito fundamental reconhecido pela Constituição, o pluralismo sindical, o papel central dos sindicatos pelo menos no exercício do direito de greve, o monopólio dos sindicatos na contratação coletiva, o princípio da filiação como determinando, em regra, a eficácia pessoal direta da convenção colectiva. Para dar uma visão mais completa, o nosso hipotético jurista nacional deveria mencionar o duplo sistema de representação e as comissões de trabalhadores, embora soubesse que na prática o papel destas últimas era muito reduzido.

Referiria, igualmente, a respeito da convenção coletiva o princípio da sua vigência indeterminada até à substituição por outra, a relação entre a convenção coletiva e a lei, de acordo com o princípio do tratamento mais favorável. Poderia, ainda, dar uma visão mais completa da contratação coletiva, mencionando, por exemplo, que o principal nível de contratação coletiva era o mais geral, sendo o contrato coletivo a convenção coletiva por assim dizer “dominante”.

Explicaria, também, que, apesar da relativamente baixa taxa de filiação sindical (já em 2002 só cerca de 20% dos trabalhadores subordinados é que se encontravam filiados em associações sindicais), a taxa de cobertura das convenções coletivas era muito elevada (80% ou mais), por força do mecanismo administrativo das

---

(38) LUIGI MARIUCCI, *Le Fonti del Diritto del Lavoro*, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 2008, parte I, págs. 323 e segs., pág. 359, prefere usar a imagem de uma espécie de fibrilação sistémica das relações entre lei, contratação coletiva, contrato individual e poder determinativo do empregador.

portarias de extensão<sup>(39)</sup>. Teria assim de mencionar — o que não seria de fácil compreensão para um jurista norte-americano, inglês, sueco ou italiano, mas seria facilmente inteligível para um jurista francês, por exemplo — que o Ministério do Trabalho podia estender administrativamente convenções coletivas a empregadores e trabalhadores não filiados nas entidades outorgantes.

Por outro lado, e a este respeito, deveria acrescentar que o Ministério do Trabalho gozava (como, aliás, continua a suceder) de uma absoluta discricionariedade quanto à escolha da convenção coletiva a estender. E isto por força de um dos aspectos mais característicos de todo o nosso regime de contratações coletivas: a falta de critérios de representatividade sindical. Em Portugal não apenas todos os sindicatos podem outorgar convenções coletivas, mas qualquer uma dessas convenções pode ser estendida pelo Ministério do Trabalho. O sindicato que a outorgou pode representar algumas poucas dezenas de trabalhadores, enquanto outro sindicato que outorgou outra convenção (ou não outorgou convenção alguma) pode representar centenas ou milhares de trabalhadores; mas tal é irrelevante, porque o Ministério do Trabalho escolherá com total discricionariedade qual a convenção colectiva que pretende estender<sup>(40/41)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, *Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel*, Droit Social 2006, págs. 24 e segs. De todos os países da OCDE a França é o que conhece a mais fraca taxa de sindicalização dos trabalhadores: 10%; os seis países com uma taxa de sindicalização superior a 50% são a Bélgica, a Noruega, a Dinamarca, a Finlândia, a Suécia e a Islândia. A taxa de cobertura das convenções coletivas, pelo contrário, é bastante elevada situando-se perto dos 90% (em Portugal em 2000 a taxa de filiação sindical rondava os 20% e a taxa de cobertura os 80%). “Estes dois indicadores de presença sindical (a taxa de sindicalização e a taxa de cobertura das convenções colectivas) fornecem à primeira vista uma informação contraditória. Essa discrepância existe porque o Ministro do Trabalho em França como em Portugal pode estender a convenção, por exemplo, a empregadores não filiados. No entanto a França é o único país dos mais desenvolvidos da OCDE em que existe esta grande discrepância entre taxa de filiação sindical e taxa de cobertura. Os autores defendem a transferência significativa da lei para a contratação colectiva, assim como um direito mais sofisticado do diálogo social.

<sup>(40)</sup> Sobre este tema cf. o notável estudo de ROBERT REBHahn, *Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective Collective Agreements, Settlement of Disputes and Workers' Participation*, (Part I), The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2003, págs. 271 e segs. e The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2004, págs. 107 e segs (Part II), pág. 293.

O sistema não era, nem é, coerente, mas há poucas coisas coerentes no mundo do direito coletivo do trabalho<sup>(42)</sup>, e era o sistema possível em torno do nó górdio que ninguém queria cortar: a questão da representatividade das associações sindicais.

Em 2003 o edifício começou a abrir fissuras que se foram alargando, também em 2009, ao ponto de se converterem em fendas muito significativas. Em primeiro lugar, em 2003, como é sabido, a convenção coletiva passou a poder afastar-se da lei em sentido mais desfavorável para os trabalhadores<sup>(43)</sup>, como regra, a não ser que o contrário resultasse da própria lei e da existência de uma norma claramente imperativa. Pese embora a diferença de estilo e de estrutura entre o art. 3.º do Código de 2009 e o art. 4.º do Código de 2003 nada de significativo mudou neste domínio: em todas as matérias não enumeradas no art. 3.º n.º 3 as convenções coletivas continuam a poder afastar-se *in pejus*. Esta evolução foi e é muito aplaudida — e corresponde, aliás, a uma evolução paralela em outros sistemas, por exemplo, o francês — porque, diz-se, permite uma muito melhor adaptação do direito do trabalho à diversidade de situações, de cada sector, e até de cada empresa, ou, por que não, de cada estabelecimento. Verificou-se, assim, uma deslocação do pólo gravitacional, por assim dizer, em matéria de fontes, da lei para o IRCT, ainda que inteiramente desacompanhada, entre nós, da introdução de critérios de representatividade. Sublinhe-se que em França, por exemplo, o peso crescente da contratação cole-

---

O autor destaca que, de entre todos os Estados Membros da União só em Portugal é que a lei não coloca quaisquer exigências materiais ao regulamento de extensão, deixando total discricionariedade ao Governo.

(41) JOÃO REIS, *Troika e Alterações no Direito Laboral Coletivo*, in O Memorando da “Troika” e as Empresas, IDET, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 133 e segs., pág. 140, refere-se a um “considerável subjectivismo”.

(42) Parece-nos poder dizer-se do direito coletivo do trabalho em geral o que LUIGI MENGONI, *Il contratto collettivo nell’ordinamento giuridico italiano*, JUS, Rivista di Scienze Giuridiche, 1975, págs. 167 e segs., pág. 172, afirmou a respeito do contrato coletivo: trata-se de uma instituição originária e fundamentalmente política.

(43) UMBERTO CARABELLI/VITO LECCESE, *Una Riflessione sul Sofferto Rapporto tra Legge e Autonomia Collettiva: Spunti dalla Nuova Disciplina dell’Orario di Lavoro*, Studi in Onore di Giorgio Ghezzi, Cedam, Padova, 2005, vol. I, págs. 345, falam das novas “relações perigosas” entre lei e autonomia coletiva. Falam também da necessidade de reabrir um debate jurídico e político sobre questões essenciais como a eficácia subjetiva dos contratos coletivos e a representação democrática dos interesses dos trabalhadores.

tiva no domínio das fontes foi acompanhado de uma revisão dos critérios de representatividade para permitir atribuir maior legitimidade às associações sindicais<sup>(44/45)</sup> outorgantes.

A mudança de paradigma teve também, como é sabido, consequências quanto ao âmbito temporal da convenção coletiva: como já dissemos, trata-se hoje de uma realidade considerada na sua essência evanescente e efémera. Associado a esta evolução está, com efeito, um modelo da contratação coletiva como uma realidade dúctil em contínua mutação e adaptação: a convenção coletiva que nasce e desabrocha por um breve lapso de tempo<sup>(46)</sup>. Com efeito, com a entrada em vigor do Código de 2003 findou o sistema anteriormente vigente em que as convenções coletivas só cessavam a sua vigência quando substituídas por outras, passando as convenções coletivas a poder caducar, sem que, em um primeiro momento, o legislador se preocupasse sequer com as consequências da referida caducidade. Mais tarde, no entanto, introduziu-se e desenvolveu-se um sistema de “pós eficácia” que não deixa de sus-

---

(44) Como destaca MARIE-ARMELLE SOURIAU, *Les réformes de la négociation collective*, Revue de Droit du Travail 2009, págs. 14 e segs., pág. 19, o acesso de cada sindicato à mesa de negociações fica subordinado ao reconhecimento da sua qualidade representativa e à prova que satisfaz sete critérios cumulativos, entre os quais entre 8 e 10% de votos ao nível das eleições, seja qual for o número de votantes. A validade de uma convenção fica subordinada à sua assinatura por uma ou mais organizações sindicais que recolheram pelo menos 30% dos votos expressos nas eleições profissionais. Como se vê não se exige a maioria absoluta e nem sequer relativa. Por outro lado reconhece-se um direito de oposição às organizações representativas que recolheram a maioria dos votos. A representatividade de cada organização é colocada em jogo de quatro em quatro anos.

(45) JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, ob. cit., pág. 34: “Enquanto a negociação só podia concretizar-se em medidas mais favoráveis do que a lei, a simples representatividade era suficiente; agora exige-se mesmo uma legitimidade”. A legitimidade poderia concretizar-se através de um direito de oposição; mas os autores consideravam preferível um acordo maioritário. Aceitavam também processos de ratificação pela maioria do pessoal através de procedimentos de referendo. Reconheciam, contudo, que “a representação dos interesses da coletividade dos trabalhadores poderia realizar-se directamente pelo referendo ou indirectamente pela negociação colocando a questão do primado de uma ou de outra”.

(46) Sobre esta mudança de paradigma e a introdução de um modelo de contratação coletiva instável cf. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *A Convenção Colectiva segundo o Código do Trabalho*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, coord. por António Monteiro Fernandes, Almedina, Coimbra, págs. 77 e segs., págs. 94 e segs.

citar sérios problemas<sup>(47/48)</sup>. Com o Código de 2009 desapareceu também a exigência legal de um prazo mínimo de vigência para as convenções coletivas, seguindo um paradigma que as concebe como uma realidade tão fugaz e efêmera como as bolhas de sabão ou as moscas da Primavera<sup>(49)</sup>. Não se tem questionado, contudo, de que depende, a final, a eficácia da contratação coletiva, a começar pela qualidade dos próprios contraentes. Mas o recuo da lei — ela própria cada vez mais contratualizada e concertada — suscita outras questões.

Em primeiro lugar, mesmo quem acredite, como nós, que os sindicatos são absolutamente indispensáveis na defesa dos direitos dos trabalhadores e até de um interesse geral da coletividade em que o trabalhador seja respeitado como cidadão e pessoa no seu trabalho, não pode deixar de se inquietar com alguns fenómenos: o primeiro é, simplesmente, o de que não são muitas vezes os trabalhadores mais débeis e vulneráveis aqueles que são defendidos pelos sindicatos mais poderosos<sup>(50)</sup> ou que podem recorrer à greve com efeitos mais devastadores<sup>(51)</sup>.

---

(47) Quando, em 2003, o legislador introduziu o sistema da caducidade das convenções criou um problema novo que estamos ainda a tentar resolver através do sistema da pós-eficácia. Se a convenção colectiva quer fazer as vezes de lei não parece que possa ser em tudo um contrato ou, melhor, não parece que possa deixar de ter alguns dos traços característicos da lei: a lei não pode desaparecer sem mais nem menos e deixar um vazio normativo. Se isso acontecer, de resto, o intérprete terá que esforçar-se por preencher esse vazio. Se a convenção coletiva pretende produzir efeitos em vez da lei ou mesmo supri-la não parece que possa simplesmente desaparecer quando as partes assim o desejam, sem consideração pelos direitos ou expectativas de terceiros.

(48) É claro que, de certa perspetiva, a manutenção de alguns efeitos (designadamente salariais) da convenção coletiva, mesmo após a caducidade desta, pode revelar-se um contra-incentivo à negociação de uma nova convenção coletiva. Sobre o tema *vide* FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, Claves para la reforma legal de la negociación colectiva, in Libro Homenaje a Abdón Pedrajas Moreno, coord. por Tomás Sala Franco, tirant lo blanch, Valencia, 2012, págs. 443 e segs., pág. 446.

(49) Desde logo, sublinhe-se que nesta conceção dificilmente se compreendem aspetos que tradicionalmente constavam do conteúdo de uma convenção que se destinava a perdurar, como por exemplo a previsão de fundos de pensões, dificilmente compatível com a convenção colectiva “bolha de sabão”.

(50) Basta pensar nas dezenas de milhares de trabalhadores economicamente dependentes, mas juridicamente autónomos, que não podem aparentemente constituir sindicatos (pense-se, entre nós, nos trabalhadores no domicílio da indústria do calçado). E mesmo quando se trata de trabalhadores subordinados, podemos questionar se o poder

Em suma, existe uma tutela mínima particularmente em certos domínios como os direitos de personalidade, a proteção contra o assédio, mas também regras mínimas de segurança e de saúde, inclusive em matéria de tempo de trabalho, a qual tem que ser conferida por lei, como, aliás, já sucede entre nós, ainda que só em certa medida<sup>(52)</sup>.

O próprio sentido das portarias de extensão é, de algum modo, transformado pela circunstância de que as convenções coletivas podem desviar-se em múltiplos aspetos da lei, *in pejus*. Antes de 2003, as portarias de extensão não representavam uma ameaça

---

dos sindicatos se faz sentir mais precisamente nas áreas de atividade em que os trabalhadores porventura carecem de maior tutela. O poder dos sindicatos depende de múltiplos fatores, entre os quais se conta a taxa de filiação e a capacidade de mobilização, tradicionalmente mais altas no setor público do que no setor privado e menores nas atividades económicas em que há maior risco de perseguições (mais ou menos camufladas) a quem tem a coragem de se filiar, perseguições facilitadas pela crescente precariedade do emprego. Mas esse poder oscila também em função da sua capacidade de financiamento e das quotizações sindicais que permitem, aliás, pagar pareceres, honorários de advogados e peritos, ao que acresce que o próprio impacto de uma greve é muito variável consoante o setor económico em jogo. Desta ótica, sindicatos de médicos, pilotos de avião, controladores aéreos, quadros superiores, contar-se-ão provavelmente entre os sindicatos poderosos — mas, pergunta-se, serão esses os trabalhadores que necessitarão de maior tutela?

(<sup>51</sup>) Cf., por todos, ULRICH ZACHERT, *Autonomia individuale e collettiva nel diritto del lavoro. Alcune riflessioni sulle sue radici e sulle sua reale importanza*, Lavoro e Diritto 2008, 2, págs. 327 e segs., pág. 333. O autor refere que a distância entre os grupos mais débeis e os grupos mais fortes no âmbito da representação sindical tem aumentado e não diminuído e conclui que “o Estado não deve apenas estabelecer as condições de base necessárias para promover a autonomia coletiva (...) o Estado deve também criar standards mínimos para todos, especialmente para aqueles que não são tutelados por contratos coletivos ou que não o são de modo adequado” (ob. cit., pág. 334). De modo ainda mais incisivo se pronuncia JACQUES ROJOT, *The Right to Bargain Collectively: An International Perspective on its Extent and Relevance*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2004, págs. 513 e segs., pág. 531, que afirma que as convenções colectivas podem satisfazer e promover os interesses dos empregadores e dos trabalhadores filiados nas respectivas associações, mas pode questionar-se se não esquecem as necessidades dos desempregados, reformados, trabalhadores empregues em sectores não lucrativos em que frequentemente a taxa de sindicalização é muito baixa e dos trabalhadores autónomos.

(<sup>52</sup>) Acresce que nos parece que esta nova visão sobre a articulação entre Lei e contratação colectiva torna mais premente a análise de certos problemas como sejam: a possível existência de um domínio intrinsecamente individual que deveria ser subtraído à autonomia colectiva fosse ela qual fosse (e esse domínio já existe, ainda que de modo larvar: pense-se nas cláusulas de não concorrência) ou qual o valor a atribuir a cláusulas da convenção colectiva que se limitam a reproduzir a lei (meramente pedagógico ou informativo ou uma outra forma, acessória ou de reserva, de vinculação?).

para os trabalhadores não filiados, muito embora já fossem um instrumento de legitimidade muito duvidosa que tinha, frequentemente, o efeito prático de falsear a concorrência.

Com efeito, já podia afirmar-se, no nosso entender, que a celebração de contratos coletivos e a sua extensão, através de portarias, mecanismo que estabelece condições que não foram voluntariamente aceites pelas empresas a quem o conteúdo do contrato coletivo é assim imposto<sup>(53)</sup>, redundava (e redundava) frequentemente em um meio de falsear a concorrência, impondo a micro e pequenas empresas (aliás menos representadas frequentemente nas associações de empregadores outorgantes) condições que elas não estavam (nem estão) em condições de observar<sup>(54)</sup> e impondo-lhes o ónus de se oporem à extensão em tempo útil<sup>(55)</sup>.

Mas a partir de 2003 as portarias de extensão passaram a ter como resultado que convenções celebradas por associações sindicais com uma representatividade desconhecida passaram, através do mecanismo das portarias de extensão, a aplicar-se a trabalhadores não filiados, mesmo quando contêm cláusulas menos favoráveis para os trabalhadores do que resultaria da lei, comprometendo, no nosso entender, a liberdade sindical negativa que não deveria ser reduzida à mera liberdade de não pagar quotas e representando, de algum modo, um dos múltiplos sinais de uma mudança de natureza das próprias associações sindicais<sup>(56)</sup>.

---

(53) Ou seja um mecanismo obviamente heterónimo. Não deixa, por isso, de ser curioso que algumas associações sindicais denunciem a não publicação de portarias de extensão como um atentado à autonomia negocial coletiva...

(54) Este aspeto é sublinhado com vigor, por exemplo, por GREGOR THÜSING, *Ein besseres Arbeitsrecht, in Gegen den Streich, Festschrift für Klaus Adomeit, Luchterhand, Köln, 2008*, págs. 757 e segs., pág. 761, que sublinha que a extensão das convenções coletivas não deve servir para que uma minoria de empresas imponha as condições que pratica à generalidade dos seus concorrentes, o que se traduzirá, frequentemente, em grandes empresas, já implantadas no mercado, tentarem, por este meio, sufocar potenciais concorrentes, eliminando vantagens competitivas em termos salariais: “Grundlage der Tarifstreckung ist die Überlegung, dass die Tarifbindung der Mehrheit auch einer Minderheit zugemutet werden können: Es ist nicht gewollt, dass eine Minderheit der Arbeitgeber der Mehrheit ihre Vorstellung aufdrängt”.

(55) Para uma visão diferente, ou mesmo oposta, cf. JOÃO REIS, *ob. cit.*, pág. 141.

(56) Abandonando os mecanismos de representação próprios do direito privado e evoluindo para formas de representação mais afins da representação “política”. Sobre o tema cf. o notável estudo de MARIO GRANDI, *In Difesa della Rappresentanza Sindacale*,



O nosso diagnóstico no atinente à ausência de critérios de representatividade e aos perigos conexos com a utilização arbitrária das portarias de extensão coincide, em larga medida, com o que está expresso no Memorando celebrado entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, vulgarmente designados por “Troika”<sup>(57)</sup>.

No Memorando referia-se, designadamente, a necessidade de o Governo português definir critérios a seguir para a extensão das

---

Studi in Onore di Giorgio Ghezzi, Cedam, Padova, 2005, vol. I, págs. 871 e segs. Como o autor refere, em vez de ser apresentado como um exemplo de livre associação, o sindicato é apresentado, em alguma doutrina, como tendo uma espécie de prioridade natural, “expressão de interesses solidários já pela sua natureza coletivos e indivisíveis” embora o sindicato seja apenas uma das formas, ainda que historicamente a principal, de gestão coletiva dos interesses dos trabalhadores. Nas palavras do autor, verifica-se assim uma permanência da ideologia corporativa que aqui curiosamente converge com o pensamento marxista sobre “a objectividade das condições laborais como condições de exploração da classe operária” (ob. cit., pág. 873). E vale a pena transcrever as suas palavras que nos parecem particularmente felizes e certeiras: “O problema crítico da representação, caso se queira recuperar o seu autêntico significado de liberdade e a sua efectiva fonte de legitimação, deve ser reposicionado na área da associação sindical e reconduzido à estrutura própria dos organismos que se formam e operam com base em opções associativas voluntárias e pessoais. Nesta óptica deve ser reconstituído o circuito interrompido entre associativismo e representação, entre representação e representatividade, entre representação e autonomia privada, caso se queira evitar que esta última desapareça, o que acontecerá na lógica da racionalização do pluralismo sindical, da seleção política dos representantes sindicais, da conversão do sindicato em órgão para-estadual. O problema crítico da representação é um problema fundamental da liberdade: liberdade das pessoas que se associam nos sindicatos, liberdade dos sindicatos não considerados como algo de diferente do conjunto dos trabalhadores organizados, de organizar no seu interior a vida associativa e de agir segundo as regras de autonomia privada” (ob. cit., pág. 874). E o autor acrescenta que “trata-se de recuperar na teorização da representação sindical dos trabalhadores a dimensão realisticamente individualista ou melhor personalista que é a componente essencial do associativismo voluntário, mas que uma certa tradição do pensamento funcionalista e corporativo deixa na sombra, em nome de uma concepção massificante do coletivo em que toda a aspiração individual se dissolve e se nega” (ob. cit., pág. 875).

<sup>(57)</sup> De maneira porventura algo surpreendente, o Memorando tem um mérito, quanto a nós inegável: o de nos confrontar diretamente com os vícios e as contradições de um sistema de relações coletivas como o nosso, que tutela de maneira mínima a liberdade sindical negativa (e a liberdade de associação negativa dos empregadores), não conhece critérios de representatividade, alça certos parceiros (os que participam na concertação social) a órgãos paraestaduais e atores políticos, e tem muito pouco de genuína autonomia negocial coletiva e muito de autoritarismo estatal, o qual se manifesta quer através da discricionariedade na emissão de portarias de extensão, quer de múltiplas intervenções do legislador para “corrigir” os resultados da negociação coletiva...

convenções coletivas, sendo que entre esses critérios deveriam figurar a representatividade das associações outorgantes e as implicações da extensão das convenções para a posição competitiva das empresas não afiliadas. Acrescentava-se, ainda, que a representatividade das associações outorgantes deveria ser aferida com base em indicadores quantitativos e qualitativos. O legislador português assumiu o compromisso de propor legislação a fixar os critérios para a extensão das convenções coletivas durante o segundo quadrimestre de 2012<sup>(58)</sup>.

**8.** Como dissemos, a convenção coletiva parece ganhar uma crescente importância entre as fontes de Direito do Trabalho, substituindo a intervenção direta do legislador ou prevalecendo sobre esta.

No entanto, a revolução verificada nas fontes de direito laboral é, bem vistas as coisas, mais subtil e ambígua. É certo que a contratação coletiva é guindada ou alçada a novos píncaros na sua relação com a lei, mas esta “irresistível ascensão” é controlada de perto pelo legislador que espera da contratação coletiva resultados muito concretos, sob pena de o próprio legislador violar, sem qualquer reboço ou pudor, a autonomia coletiva que aparentemente tanto quer promover. A liberdade concedida à contratação coletiva acaba, em boa medida, por ser uma liberdade vigiada ou até uma liberdade que só é louvada (e tutelada) na medida em que permite obter os resultados desejados pelo legislador<sup>(59)</sup>. Em suma, o recuo da lei pode acarretar uma redução da tutela dos direitos dos trabalhadores, mas não, por paradoxal que pareça, uma redução do intervencionismo público e estatal.

---

<sup>(58)</sup> Quando este trabalho já se encontrava no essencial concluído, tivemos conhecimento da Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012, publicada no Diário da República n.º 211, de 31 de Outubro de 2012, I Série, 6265-6266. Estabelece-se que quando o pedido de extensão abranja as micro, pequenas e médias empresas, não se confinando tal pedido aos empregadores outorgantes ou filiados na parte empregadora subscriitora da convenção, a referida parte empregadora “deve ter ao seu serviço, pelo menos, 50% dos trabalhadores do sector de actividade, no âmbito geográfico, pessoal e profissional de aplicação pretendido” (art. 1.º, al. d). Significativo é o total silêncio sobre a representatividade das associações sindicais outorgantes...

<sup>(59)</sup> Assim, por exemplo, é o próprio legislador que impede que uma cláusula de perpetuidade possa ter esse alcance, mesmo que a cláusula tenha sido negociada e querida pelas partes.

Como já vimos, o legislador permitiu, também, num primeiro momento que figuras como o banco de horas fossem introduzidos apenas por contratação coletiva, para agora (com a Lei n.º 23/2012) permitir que o banco de horas seja objeto de acordo individual entre o empregador e o trabalhador, retirando assim boa parte do interesse que da ótica do empregador se poderia revestir a contratação coletiva. Atitude do legislador que parece corresponder também a uma reação face ao que considera ser um insucesso da contratação coletiva na introdução em alguns sectores desta figura. O que denota também que o respeito do legislador pela autonomia negocial coletiva só existe se e enquanto esta produzir determinados resultados que o legislador considera desejáveis. Se não os produzir, a lei intervirá em substituição do acordo<sup>(60)</sup>...

A promoção da contratação coletiva que o legislador tanto proclama revela-se, na realidade, uma ilusão. O que se pretende, na verdade, é antes um sistema de contratação coletiva “teleguiada”, em que a autonomia negocial coletiva, como já dissemos, só é tutelada se produzir os efeitos desejados pelo legislador.

**9.** A alteração do paradigma da contratação coletiva, ao nível do direito comparado, manifesta-se, também, em outros aspectos, a saber, a crescente reivindicação de capacidade negocial coletiva para outros atores que não as associações sindicais, por um lado, e, por outro, a importância crescente da empresa ou até do estabelecimento como nível da negociação.

O ponto 4.8 do Memorando referia a concretização do acordo tripartido de Março de 2011 através de um sistema de “descentralização organizada” da contratação coletiva que, entre outras linhas de ação, propunha a redução para 250 do número de trabalhadores de uma empresa para que as comissões de trabalhadores pudessem celebrar acordos de empresa e a possibilidade desses acordos de empresa celebrados pelas comissões de trabalhadores incidirem

---

<sup>(60)</sup> Espera-se que à flexibilidade legal a contratação coletiva acrescente uma flexibilidade convencional. Trata-se de um convite que, nas palavras de UMBERTO CARABELLI/VITO LECCESE, ob. cit., pág. 350, não é cordial já que sempre acompanhado da “ameaça” de uma intervenção governamental substitutiva, representando uma pressão anómala sobre o exercício da autonomia coletiva.

sobre matérias relativas ao tempo de trabalho e condições de mobilidade funcional e geográfica. Em um outro parágrafo (4.8. *ii*), previa-se também que deveria ser promovida a inclusão em convenções coletivas de sector, da possibilidade e dos requisitos para que as comissões de trabalhadores pudessem celebrar acordos de empresa **sem a delegação das associações sindicais**.

Parece-nos, pois, ainda que o texto do Memorando não seja inteiramente claro, que uma das exigências da *troika* seria a de um reforço dos poderes negociais da comissão de trabalhadores (ainda que não seja a única será sobretudo esta a estrutura de representação coletiva dos trabalhadores que está em causa). Neste momento, como é sabido, a comissão de trabalhadores não tem, entre nós, o poder autónomo, originário, de celebrar convenções coletivas — quando muito, tal poder pode-lhe ser delegado por um sindicato, mas nessa hipótese a convenção coletiva apenas vinculará os trabalhadores filiados nesse sindicato. Do que se trata agora, aparentemente, é de propostas no sentido de dotar a comissão de trabalhadores de uma capacidade negocial coletiva autónoma, à semelhança do que se passa no direito alemão. Este passo (que já estava contemplado no anteprojecto do Código de 2003) pode, no entanto, ter consequências extremamente graves: as comissões de trabalhadores só têm na Alemanha capacidade negocial coletiva de modo subsidiário, já que se assim não for haverá o perigo de tornarem redundantes os sindicatos porque permitirão aos empregadores ter a vantagem de uma convenção colectiva, sem ter que negociar, por exemplo, com representantes sindicais externos à empresa<sup>(61)</sup>.

---

(61) Pessoalmente, entendemos que os membros das comissões de trabalhadores são muito mais vulneráveis do que negociadores estranhos à empresa; e para que esta possibilidade fosse introduzida com um mínimo de seriedade seria preciso que na lei se criassem, igualmente, disposições prevendo a formação de negociadores, a interação com os sindicatos (à semelhança do que se passa na Alemanha) e, importa dizê-lo, o próprio financiamento da comissão de trabalhadores, matéria em que a nossa lei é totalmente omissa. Sem meios financeiros para pagar os honorários de um advogado numa ação judicial, como poderia uma comissão de trabalhadores queixar-se de um incumprimento do acordo, para não falar em resolvê-lo, o que parece nem sequer estar previsto na lei? E se a comissão de trabalhadores puder celebrar convenções coletivas não deverá também ser o titular do direito de greve ou, pelo menos, poder exercê-lo no caso de incumprimento da convenção? Embora importe reconhecer que a introdução desta possibilidade de a comissão de

**10.** Como é fácil verificar, a maior parte destas propostas constantes do memorando não foi implementada. A legislação reduziu, com efeito, o número de trabalhadores de uma empresa necessário para que os sindicatos possam delegar poderes para a negociação coletiva em comissões de trabalhadores<sup>(62)</sup>, mas nem criou a possibilidade de as comissões de trabalhadores celebrarem genuínos acordos de empresa sem a referida delegação de poderes, nem articulou a contratação coletiva propriamente dita com os acordos celebrados pelas comissões de trabalhadores.

Nesta matéria pode, pois, afirmar-se, na nossa opinião, que se legislou um pouco “para inglês ver” ou, melhor e de modo porventura mais atual, “para a Troika ver”, criando-se uma mera aparência de cumprimento. E não é de surpreender que assim seja, já que os próprios parceiros sociais, de modo maioritário, não parecem interessados em dotar as comissões de trabalhadores de um poder negocial coletivo originário, isto é, não delegado. Mas, como veremos, também não parece que tenham muito interesse em privilegiar a contratação coletiva ao nível da empresa, isto é, o acordo de empresa.

**11.** Dentro da genuína contratação coletiva, verifica-se, no plano do direito comparado, uma preferência crescente pelo acordo de empresa relativamente ao contrato coletivo. Mais uma vez esta preferência é justificada por razões de eficiência, de maior proximidade das normas às situações concretas<sup>(63)</sup>, permitindo

---

trabalhadores celebrar convenções coletivas, mesmo sem delegação de poder dos sindicatos, permitiria resolver o problema da representatividade das associações sindicais, à boa maneira portuguesa, ou seja, não o resolvendo, mas fugindo “para a frente”.

<sup>(62)</sup> Em conformidade com o Memorando de entendimento, alterou-se o n.º 3 do art. 491.º, de modo a permitir que uma associação sindical delegue poderes para contratar com a empresa a uma estrutura de representação coletiva dos trabalhadores (normalmente a comissão de trabalhadores), desde que a empresa tenha pelo menos 150 trabalhadores.

<sup>(63)</sup> Em certo sentido, aliás, esta importância crescente, na maior parte dos ordenamentos, revela que a flexibilidade dos sistemas tradicionais de contratação coletiva corresponde, em grande medida, a um mito. Como destacam, referindo-se ao caso espanhol, FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, *ob. cit.*, pág. 446, o sistema tradicional de contratação coletiva tem-se revelado rígido e resistente à mudança, particularmente inapropriado em situações de crise.

soluções mais dúcteis, mais realistas<sup>(64/65)</sup>. Esta evolução comporta vantagens e desvantagens e não é inteiramente destituída de perigos: também aqui esta visão do “small is beautiful” transforma a concorrência entre empresas em concorrência entre normas aplicáveis às próprias empresas, constata, mas também reforça a queda dos coletivos, estimula a competição entre os próprios trabalhadores<sup>(66)</sup>.

Importa, contudo, reconhecer que esta mudança de plano, privilegiando-se a negociação ao nível da empresa permite — o que é particularmente importante em tempos de crise como os que vivemos — adaptar aspetos fundamentais do regime laboral, como por exemplo, a organização do tempo de trabalho ou os salários praticados, à situa-

---

(64) JACQUES BARTHÉLÉMY/GILBERT CETTE, ob. cit., pág. 33: “A autonomia do acordo de empresa relativamente à convenção de setor é factor de enriquecimento do tecido convencional, facilitando a optimização das normas”. Os autores defendem mesmo uma diferente natureza do acordo de empresa: “A coabitação das convenções de sector e de empresa supõe que a natureza da lei profissional da primeira seja estruturada em torno do seu carácter normativo, mas que a da segunda tenha uma natureza pura de contrato”. Os autores acabavam mesmo por perguntar se a natureza puramente contratual do acordo de empresa não exigiria a integração ou incorporação dos direitos dele decorrentes no contrato de trabalho. Por outro lado afirmavam também que “um direito social mais contratual exige uma maior competência no plano jurídico dos negociadores”.

(65) MARIE-ARMELLE SOURIAU, *Les reformes de la négociation collective*, Revue de Droit du Travail 2009, págs. 14 e segs., pág. 18: “Figura ascendente da negociação colectiva o acordo de empresa prossegue a sua ascensão jurídica mediante uma ação corrosiva sobre os acordos de sector”. O primado do acordo de empresa representa também uma concorrência mais viva entre empresas em que as condições de emprego e de trabalho se tomam uma variável importante. “A atomização do direito, a perda de pontos de referência e das identidades profissionais comuns, a derrota dos mais fracos foram há muito anunciadas. Proximidade com as necessidades das empresas, flexibilidade, competitividade, justificam todas estas transformações? E será que o acordo de empresa não acabará por ceder ao contrato individual de trabalho simplesmente?”.

(66) Sobre o tema cf. PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise*, Droit Social 2009, págs. 883-884. Falando sobre o primado do acordo de empresa, o autor (ob. cit., pág. 883) sem negar as qualidades desse nível de negociação, sublinha que seria ingénuo limitarmo-nos a contemplar com êxtase a promoção do acordo de empresa. A qualidade da regra negociada depende da existência de negociadores bem formados e com competência. Por outro lado, o risco é o de criar as condições para que o acordo de empresa se limite às grandes empresas, gerando ou aumentando o perigo de um abismo social fundado na dimensão da própria empresa. O autor sublinha também (ob. cit., pág. 884) a grande complexidade de conteúdo dos acordos de empresa.

ção concreta de cada empresa. Nesta sede, todavia, a nova legislação traz um contributo muito modesto e até, em rigor, como adiante tentaremos demonstrar, algo ambíguo ou contraditório.

A este propósito, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 46/XII referia que “no âmbito dos IRCT são implementadas medidas de descentralização organizada, que se traduzem, por um lado, na possibilidade de os contratos coletivos estabelecerem que determinadas matérias, tais como a mobilidade geográfica e funcional, a organização do tempo de trabalho e a retribuição, podem ser reguladas por outra convenção coletiva, contribuindo desse modo para uma melhor articulação entre os instrumentos de regulamentação coletiva e, de um modo geral, para a promoção da contratação coletiva”.

Daí que tenha sido modificada a redação do n.º 5 do art. 482.º do Código do Trabalho. Como veremos, contudo, esta alteração, ou é destituída de sentido prático, ou vai a contracorrente ao nível do direito comparado e não realiza, no nosso entender, os objetivos previstos no Memorando de entendimento.

A redação anterior do n.º 5 do art. 482.º do CT dispunha que “os critérios de preferência previstos no n.º 1 podem ser afastados por instrumento de regulamentação coletiva negocial, designadamente através de cláusula de articulação entre convenções coletivas de diferente nível, nomeadamente interconfederal, sectorial ou de empresa”. A atual redação, introduzida pela Lei n.º 23/2012, reza assim: “os critérios de preferência previstos no n.º 1 podem ser afastados por instrumento de regulamentação coletiva negocial, designadamente através de cláusula de articulação de: *a*) convenções coletivas de diferente nível, nomeadamente interconfederal, sectorial ou de empresa; *b*) contrato coletivo que estabeleça que determinadas matérias, como sejam a mobilidade geográfica e funcional, a organização de tempo de trabalho e a retribuição, sejam reguladas por convenção coletiva”.

Como se vê do simples cotejo entre as duas redações, a anterior e a atual do n.º 5 do art. 482.º, a novidade está na alínea *b*) do n.º 5. Esta alínea é, contudo, de interpretação delicada, até porque parece, à primeira vista, nada acrescentar ao que já era perfeitamente possível face à redação anterior.

Para o compreendermos melhor importa fazer uma referência breve à concorrência de convenções coletivas e ao que, otimisticamente, se designa por articulação<sup>(67/68)</sup> de convenções coletivas. Como é sabido, no nosso sistema não há matérias reservadas a um dos vários “tipos” de convenção coletiva (contratos coletivos, acordos coletivos e acordos de empresa), sendo que tudo é negociável aos vários “níveis”<sup>(69)</sup>. Na realidade parece-nos inteiramente correta (ou parecia-nos até esta última alteração legislativa) a afirmação de LUÍS GONÇALVES DA SILVA<sup>(70)</sup> de que não há uma hierarquia entre as várias modalidades ou tipos de convenções<sup>(71)</sup>. A hipótese

---

(67) PIERRE RODIÈRE, *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle ; négociation indépendante, subordonnée, «articulée»?*, Droit Social 1982, págs. 711 e segs., pág. 711, a palavra “articulação” “sugere uma ideia de harmonia, uma combinação que permite às negociações na empresa, no sector, no plano interprofissional completarem-se mutuamente desempenhando cada uma no seu nível o papel que é o seu, mas sem perturbar ou interferir com a negociação aos outros níveis”. Mas como o autor sublinha esta noção de harmonia é, na realidade, ambígua. Poderia existir uma regra que distribuisse temas de negociação entre os diferentes níveis: ora essa regra não existe.

(68) Em França a doutrina tem destacado que os problemas colocados pela articulação dos vários níveis de negociação são “extremamente sofisticados” (MICHEL DESPAX, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel*, Droit Social 1988, págs. 8 e segs., pág. 10), importantes, mas perturbadores (MARIE-ARMELLE SOURIAU, *L'articulation des niveaux de négociation*, Droit Social 2004, págs. 579 e segs., pág. 579), obscuros e técnicos, mas sem solução segura (MARIE-LAURE MORIN, *L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995*, Droit Social 1996, págs. 11 e segs., pág. 12), complexos (HÉLÈNE TISSANDIER, *L'articulation des niveaux de négociation: à la recherche de nouveaux principes*, Droit Social 1997, págs. 1045 e segs., pág. 1045: “o direito francês optou por uma pluralidade de níveis de negociação e a articulação destes níveis é uma questão complexa”).

(69) PIERRE RODIÈRE, ob. cit., pág. 712, observava, referindo-se ao direito francês, que a lei permite que tudo seja negociado a todos os níveis. Parece-nos ser esse também o sistema português.

(70) LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Anotação ao artigo 482.º, in Código do Trabalho Anotado, PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, Almedina, Coimbra, 8.ª ed., 2009, pág. 1165: “entre instrumentos de regulamentação colectiva não há hierarquia”.

(71) Parece-nos, efetivamente, que, como destacou MARIE-LAURE MORIN, ob. cit., pág. 12, a liberdade de negociar e de concluir convenções coletivas a cada nível (sem que haja, de resto, qualquer conteúdo reservado a um dos níveis) exclui a existência de uma hierarquia dos níveis de negociação. Uma parte da doutrina francesa defende também a inexistência de uma hierarquia, ainda que em termos, por vezes, não muito claros ou mesmo equívocos: assim, enquanto MICHEL DESPAX, ob. cit. pág. 9, considera que se partiu de uma conceção hierárquica e piramidal para chegar a um sistema mais horizontal que vertical, sem qualquer hierarquia bem definida, EMERIC JEANSEN, *L'articulation des sour-*



de concorrência entre várias convenções coletivas é resolvida no nosso direito, em primeira linha, por um princípio de especialidade<sup>(72)</sup>, já que, de acordo com o n.º 1 o acordo de empresa prevalece sobre o acordo coletivo e sobre o contrato coletivo e o acordo coletivo prevalece sobre o contrato coletivo. O art. 482.º, n.º 5 permitia, todavia, que este princípio de especialidade fosse afastado por uma cláusula de articulação o que sugeria que um contrato coletivo já poderia conter uma cláusula que validamente estabelecesse que as suas disposições, por exemplo em matéria de retribuição, prevaleceriam sobre cláusulas de um acordo de empresa nessa matéria (pressupondo, é claro, a existência de concorrência de convenções) ou que só cederiam perante cláusulas mais favoráveis do acordo de empresa. Não nos parecia, contudo, muito claro que os contratos coletivos pudessem proibir que certas matérias fossem incluídas em acordos de empresa<sup>(73)</sup> ou até qual seria a situação se o próprio acordo de empresa contivesse ele próprio uma cláusula dita de articulação a reafirmar a sua aplicação prioritária.

---

*ces du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Paris, 2008, depois de num primeiro momento (ob. cit., pág. 80) negar a existência de uma hierarquia, acaba por aceitar o que designa de uma hierarquia flexível e funcional e de uma supremacia do acordo mais amplo que poderia fixar o seu próprio carácter imperativo (ob. cit., pág. 82). Também YVES CHARLON, *Négociations et accords collectifs de branche et d'entreprise. Problèmes d'articulation*, Le Droit Privé Français à la Fin du XXe Siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, págs. 883 e segs., pág. 884, depois de afirmar que cada nível tem uma autonomia contratual idêntica, acaba, no entanto por concluir que as convenções coletivas estão naturalmente inclinadas a hierarquizar-se, já que convenção de nível superior “aspira a sê-lo tanto em direito face aos negociadores dos níveis inferiores como face ao juiz”. No entanto, o autor afirma, também, que “a autonomia contratual do empregador e do seu pessoal não pode ser confiscada” (ob. cit., pág. 885).

<sup>(72)</sup> Como bem refere., MARIE-ARMELLE SOURIAU, *L'articulation...*, cit., pág. 583, a regra de que o especial afasta o geral tem, pelo menos, a vantagem de “oferecer um princípio de solução claro e simples”.

<sup>(73)</sup> Parece-nos que vale entre nós o que ÉMERIC JEANSEN, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Paris, 2008, pág. 79, escreveu a propósito do sistema francês: “a ausência de relação hierárquica entre convenções coletivas manifesta-se relativamente à questão da validade dos acordos perfeitos, acordos que proíbem aos negociadores de níveis menos amplos de negociar sobre o mesmo tema (...) se um acordo proíbe a um acordo de empresa negociar sobre os temas obrigatórios da contratação coletiva a irregularidade de tal cláusula é flagrante. Sobre os outros temas uma tal limitação é ineficaz, porque o princípio da liberdade de negociação vale para todos os níveis”.

É neste contexto que surge a nova alínea *b*) do n.º 5 do art. 482.º. Em certo sentido, esta nova alínea parece não acrescentar nada de novo: as matérias nela referidas podem obviamente constar de uma qualquer convenção coletiva (e, portanto, também, de um acordo de empresa) e a lei já permitia que uma cláusula de articulação contida em um contrato coletivo atribuísse preferência na aplicação das cláusulas do contrato coletivo ao acordo de empresa.

No entanto, tal conclusão é, quanto a nós, duvidosa. Quando se afirma que o contrato coletivo pode estabelecer que determinadas matérias podem ser reguladas por convenção coletiva, parece que estas últimas convenções serão sobretudo contratos coletivos e acordos coletivos (já que a aplicação dos acordos de empresa já resultaria do n.º 1 e não corresponderia propriamente a um afastamento dos critérios de preferência) e, sobretudo, parece atribuir-se agora uma proeminência ao contrato coletivo (o qual terá a última palavra quanto ao nível de contratação que prevalecerá) que corresponde, quanto a nós, a uma tentativa mais ou menos dissimulada e incipiente, de introduzir uma hierarquia entre os vários “tipos” ou modalidades de convenções coletivas<sup>(74)</sup>.

Em todo o caso, o que parece poder afirmar-se, com alguma segurança, é que a presente lei, ainda que tenha de comum com outras reformas laborais, como a espanhola, a italiana ou a grega, ter-nos sido imposta pelos nossos credores<sup>(75)</sup>, está muito longe de

---

(74) São sugestivas, a este propósito, as palavras de FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL e JAVIER THIBAUT ARANDA, ob. cit., pág. 447: “Quien negocia ejerce poder y, por tanto, quiere seguir negociando”...

(75) JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*, Revista de Derecho Social 2011, n.º 56, págs. 11 e segs., pág. 12: “Em grande medida tais reformas não são autónomas [o autor refere-se às reformas espanhola e italiana, mas também à grega e à portuguesa] no sentido de que não respondem exclusivamente às dinâmicas políticas e sindicais de cada um destes países, mas apresentam-se no contexto de propostas, sugestões ou pressões que partem do exterior e, em especial, de diversos âmbitos das instituições europeias ou de “conselhos” formulados por alguns dos países hoje em dia mais influentes da União Europeia”. O autor acrescentava que um elemento comum nas várias reformas seria o de atribuir um papel preponderante ao âmbito de negociação empresarial, partindo da premissa de que o acordo de empresa constitui o instrumento mais adequado para conseguir adaptar as condições de trabalho às especificidades de cada organização produtiva e “em especial por tratar-se do

privilegiar a negociação coletiva ao nível da empresa. Basta, para o efeito, comparar as soluções encontradas pela lei espanhola que, além de outras novidades como a possibilidade de o empregador suspender a aplicação da convenção coletiva, prevê que certas matérias são primordial ou prioritariamente negociadas em sede de acordo de empresa, sem que a isso se possam opor convenções coletivas mais gerais<sup>(76)</sup>.

---

nível negocial mais propício para atender às exigências atuais de flexibilidade das empresas”. Neste aspeto discordamos do autor porque não nos parece que a alteração legislativa verificada em Portugal assente verdadeiramente nessa premissa: os parceiros sociais não parecem ter tido um propósito genuíno de promover os acordos de empresa.

<sup>(76)</sup> O art. 84.2 ET na nova redação que lhe foi dada pelo art. 14.2 do Real Decreto-Ley 3/2012 estabelece a prioridade do acordo de empresa [convénio de empresa] numa extensa série de matérias, designadamente a retribuição base e complementos salariais; compensação pelo trabalho extraordinário e pelo trabalho por turnos; horário e distribuição do tempo de trabalho, regime do trabalho por turnos e planificação anual das férias; adaptação no âmbito da empresa do sistema de classificação profissional dos trabalhadores; medidas para favorecer a conciliação entre o trabalho e a vida familiar e pessoal. Sobre esta importante alteração legislativa cf., por todos, AMPARO MERINO SEGOVIA, *La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*, Revista de Derecho Social n.º 57 (número monográfico dedicado à La Reforma Laboral), 2012, págs. 249 e segs. A autora (ob. cit., pág. 252) refere-se à reforma laboral espanhola de 2012, como realizando uma alteração radical do modelo de negociação coletiva, garantindo a independência da empresa, com vista a facilitar uma negociação das condições laborais em um nível mais próximo e mais adequado à realidade da empresa e dos seus próprios trabalhadores. Certas matérias são agora preferencialmente negociadas no acordo de empresa sem que a isso se possam opor contratos coletivos de outro nível mais amplo. A construção legal aponta para uma estrutura negocial em dois níveis: o exterior à empresa pensado sobretudo para ser aplicado em empresas (sobretudo micro empresas ou pequenas e médias empresas) desprovidas de acordo de empresa e o segundo, o acordo de empresa pensado para dotar as empresas de “amplísimas competências de adaptação” permitindo-lhes melhorar a sua competitividade e produtividade. Em toda esta construção, é muito clara a ideia de tornar dependentes os salários da produtividade e reforçar o papel do acordo de empresa (ob. cit., pág. 256). Sobre a reforma laboral espanhola de 2012 cf., também, de entre a numerosa bibliografia já surgida, MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE, *La Reforma de la Negociación Colectiva como Mecanismo de Adaptación de las Condiciones Laborales*, in *La Reforma Laboral de 2012, Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de Febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral*, coor. por Faustino Cavas Martínez, Ediciones Laborum, Murcia, 2012, págs. 149 e segs., pág. 168, que sublinha que a finalidade da lei foi a de atribuir prioridade absoluta aos acordos de empresa face a todos os restantes convénios coletivos, CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH, *Una Primera Aproximación al Real Decreto-Ley 3/2012, de Reforma Laboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 45, que fala de uma prioridade aplicativa indisponível do acordo de empresa e EDUARDO ORTEGA PRIETO/EDUARDO ORTEGA FIGUEIRAL, *La Reforma Laboral 2012*, Wol-

**12.** Outras medidas com impacto na contratação coletiva visam, fundamentalmente, a redução de custos salariais, impondo mais dias de trabalho (com supressão de feriados ou cortes nas férias) ou reduzindo tanto o descanso compensatório, como o acréscimo de pagamento por trabalho suplementar e por trabalho normal prestado em dia feriado ou em dia de descanso compensatório<sup>(77)</sup>.

Para este efeito, a Lei n.º 23/2012, no seu artigo 7.º, n.º 2, estabelece uma nulidade superveniente das disposições de IRCT's e das cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da alteração legislativa, ou seja, antes de 1 de Agosto de 2012, que disponham sobre o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado.

Estabelece-se também, no n.º 1 do art. 7.º, uma nulidade superveniente das disposições de IRCT's celebrados antes da mesma data que prevejam montantes superiores aos previstos no Código do Trabalho relativamente à compensação por despedimento coletivo (ou situações em que se aplica igualmente a mesma compensação) e valores ou critérios de definição da compensação por cessação de contrato de trabalho prevista no art. 6.º. Nestes

---

ters Kluwer España/La Ley/CISS, Valencia e Madrid, 2012, muito embora estes autores se revelem céticos quanto al alcance prático da norma, porquanto consideram que face à estrutura “vertical” dos sindicatos não será normal que no âmbito da empresa se acordem condições distintas e inferiores às contidas nas convenções de âmbito “superior”, prevendo por isso que a norma terá uma escassa utilização (ob. cit., pág. 184).

<sup>(77)</sup> Para nós, a norma mais surpreendente é a que consta do n.º 5 do art. 7.º: “Decorrido o prazo de dois anos referido no número anterior, sem que as referidas disposições ou cláusulas tenham sido alteradas, os montantes por elas previstos são reduzidos para metade, não podendo, porém, ser inferiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho”. Como se vê, o legislador arroga-se o direito de reduzir para metade os valores acordados pelas partes na negociação coletiva, fazendo tábua rasa da circunstância de que a convenção coletiva é um contrato em que as partes encontraram um determinado equilíbrio negocial entre, não apenas as obrigações das partes da convenção coletiva, mas também os direitos e deveres de empregadores e trabalhadores. O escasso respeito de que o legislador dá mostras pela autonomia negocial coletiva leva-o a substituir-se às partes na fixação de tais valores, pouco lhe importando se assim compromete o referido equilíbrio negocial. No limite, a solução poderá passar para uma das partes da convenção coletiva pela resolução da mesma pela alteração superveniente das circunstâncias representada aqui por um “facto do príncipe”.

casos de nulidade superveniente a Lei parece-nos clara no sentido de que apenas são nulas as disposições de IRCT's (e quanto ao n.º 2 do art. 7.º as cláusulas do contrato de trabalho) celebrados antes de 1 de Agosto de 2012<sup>(78)</sup>.

**13.** Em suma, a Lei n.º 23/2012, tendo como principal escopo reduzir os custos com o trabalho, elimina feriados, majorações de férias e acréscimos compensatórios por trabalho suplementar, reduz compensações pela cessação do contrato de trabalho e introduz novas causas de cessação do contrato de trabalho (porque é nisso que se traduz a inadaptação sem modificação do posto de trabalho). Do mesmo passo, multiplica os elementos não contratuais no contrato de trabalho — lembre-se o banco de horas grupal — e as interferências na autonomia negocial coletiva. Mas não bule, minimamente, em alguns aspetos estruturantes do nosso sistema de relações coletivas, corretamente denunciados pelo Memorando, como sejam a falta de critérios de representatividade ou a proliferação de portarias de extensão com os seus possíveis efeitos de distorção da concorrência...

---

<sup>(78)</sup> Já não nos parece tão inequívoco o regime a aplicar na situação prevista no n.º 4 do art. 7.º. Este preceito, como é sabido, estabelece a suspensão durante um período de 2 anos a contar de 1 de Agosto de 2012 das disposições de IRCT's e cláusulas de contrato de trabalho que dispõem sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores ao estabelecido pelo Código do Trabalho e retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado ou descanso compensatório por essa mesma prestação. Pode perguntar-se se a suspensão das disposições de IRCT's e cláusulas de contratos individuais de trabalho só se aplica a disposições e cláusulas anteriores à entrada em vigor da lei ou, se deverá aplicar-se, mesmo, a disposições e cláusulas negociadas após a entrada em vigor da presente lei. A resposta é delicada porquanto, por um lado, pode argumentar-se, a favor da aplicação da norma também às disposições e cláusulas posteriores à entrada em vigor a Lei n.º 23/2012, quer com o elemento literal (não há neste número idêntica ressalva à que consta do n.º 2), como com os elementos histórico e teleológico. No entanto, a norma não alterou, nem suspendeu o artigo 3.º do Código do Trabalho do qual resulta, para alguns autores, quase uma espécie de presunção de que as normas legais podem ser afastadas por IRCT. Exigir-se-ia, assim, que uma norma legal absolutamente imperativa o fosse de modo inequívoco. Além disso, o próprio n.º 5 do art. 7.º prevê que as disposições ou cláusulas podem ser alteradas durante o tal período em que estariam suspensas (embora se possa dizer que esta alteração não visa produzir efeitos imediatos, mas tão só evitar a redução para metade ex lege dos valores antes previstos).



# A DESVINCULAÇÃO *AD NUTUM* NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO URBANO NA REFORMA DE 2012. BREVES NOTAS(\*)

*Pelo Prof. Doutor Manuel Januário da Costa Gomes(\*\*)*

## *SUMÁRIO:*

**1. Introdução.** **2. Considerações gerais sobre o regime de duração do contrato de arrendamento urbano.** **3. A (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento urbano na Reforma de 2012;** **3.1.** Introdução; **3.2.** Denúncia pelo arrendatário; **3.3.** Denúncia pelo senhorio. **4. As desvinculações discricionárias nos contratos de arrendamento com prazo certo;** **4.1.** Introdução; **4.2.** Oposição à renovação deduzida pelo senhorio; **4.3.** Oposição à renovação deduzida pelo arrendatário; **4.4.** A denúncia atípica pelo arrendatário; **4.4.1.** A denúncia atípica pelo arrendatário prevista no artigo 1098.º/3 do CC; **4.4.2.** A aceleração da extinção do contrato nos termos do artigo 1098.º/4 do Código Civil; **4.4.3.** A aceleração da extinção do contrato nos termos do artigo 1100.º/2 do Código Civil. **5. A desvinculação unilateral *ad nutum* em arrendamentos para habitação anteriores à Lei 6/2006;** **5.1.** Introdução; **5.2.** A desvinculação *ad nutum* através de denúncia nos arrendamentos para habitação “sem duração limitada”; **5.3.** A desvinculação *ad nutum* através de oposição à renovação nos arrendamentos para habitação “de duração limitada”. **6. A desvinculação unilateral *ad nutum* em arrendamentos para fins não habitacionais anteriores à Lei 6/2006;** **6.1.** Introdução; **6.2.** A desvinculação *ad nutum* através de denúncia nos

---

(\*) Texto destinado aos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas.

(\*\*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

arrendamentos para fins não habitacionais “sem duração limitada”; 6.3. A desvinculação *ad nutum* através de oposição à renovação nos arrendamentos para fins não habitacionais “de duração limitada”.

*Abreviaturas mais utilizadas:*

CC = Código Civil; CDP = Cadernos de Direito Privado; DL = Decreto-Lei; DR = Diário da República; NRAU = Novo Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei 6/2006, de 27 de fevereiro; RAU = Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-Lei 321-B/90, de 15 de outubro.

## 1. Introdução

I. Em 1990 surge o RAU — *Regime do Arrendamento Urbano*, aprovado pelo Decreto-Lei 321-B/90, de 15 de outubro. A opção sistemática do legislador de 90 foi, na linha do ocorrido, anos antes, com o arrendamento rural, autonomizar a matéria do arrendamento urbano em diploma autónomo, lendo-se, em justificação da medida, no preâmbulo do mesmo (ponto 12): “Ao procurar reunir num único diploma, elaborado em consonância com os ditames da ciência do direito, diversas soluções esparsas ao sabor de contingências ocorridas em décadas de evolução tumultuosa, o legislador deparou com lacunas, desarmonias, duplicações, contradições e mesmo inconstitucionalidades que antes tinham passado despercebidas ou apenas parcialmente haviam sido referenciadas”.

O arrojo da medida consubstanciada na saída da matéria do arrendamento urbano do CC não foi, porém, complementado por uma reforma profunda do regime vinculístico dos arrendamentos urbanos<sup>(1)</sup>, regime esse que, quanto aos arrendamentos então existentes, se manteve em vigor.

---

<sup>(1)</sup> Para a caracterização do vinculismo arrendatício, impõe-se, como primeira referência, o nome e a obra de PINTO FURTADO; cf., v. g., *Curso de direito dos arrendamentos vinculísticos*, Almedina, Coimbra, 1984, p. 131 e ss., Id., *Evolução e estado do vinculismo no arrendamento urbano*, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio GalvãoTelles”, III — “Direito do arrendamento urbano”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 647 e ss., Id., *Manual do arrendamento urbano*, I, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 187 e ss.; cf. ainda MENEZES CORDEIRO, *A modernização do direito português do arrendamento urbano*, in “O Direito”, ano 136 (2004), II-III, p. 236.



No ano de 2004, ocorreram, com o XVI Governo Constitucional, condições políticas favoráveis a uma reforma de fundo do arrendamento urbano. Coube a Menezes Cordeiro a arquitetura da reforma, a qual tinha, entre as suas opções básicas, o abandono do vinculismo, temperado, embora, por medidas de proteção das posições adquiridas<sup>(2)</sup>.

O projeto previa o regresso da matéria do arrendamento urbano — já despedido da carga vinculística — ao Código Civil, “de acordo com a tradição das grandes codificações continentais”<sup>(3)</sup>: era o RNAU — Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos<sup>(4)</sup>.

Entretanto, a queda do XVI Governo impediu a materialização do Projeto Menezes Cordeiro em lei, mas o XVII Governo retomou o desafio de reformar o arrendamento urbano: O RNAU deu, então, lugar ao NRAU — Novo Regime do Arrendamento Urbano — que viria a ser aprovado pela Lei 6/2006, de 27 de fevereiro. Há opções diferentes no novo regime, menos abruptas, *maxime* quanto ao regime transitório, mas as soluções encontradas mantêm o traço do Projeto Menezes Cordeiro, *maxime* quanto à matéria regressada ao Código Civil.

O NRAU afastou-se, no entanto, da subdivisão, então clássica<sup>(5)</sup> — que o Projeto Menezes Cordeiro mantinha — dentro dos arrendamentos urbanos, entre arrendamentos para habitação, arrendamentos para comércio ou indústria, arrendamentos para o exercício de profissão liberal e arrendamentos para outros fins,

---

(2) Cf. MENEZES CORDEIRO, *A modernização do direito português do arrendamento urbano*, cit., p. 243 e ss..

(3) Cf. MENEZES CORDEIRO, *A modernização do direito português do arrendamento urbano*, cit., p. 244.

(4) Referimo-nos, na sequência, ao documento, na parte consistente no texto do Código Civil, como o Projeto Menezes Cordeiro, cujo texto pode ser consultado em “O Direito”, ano 136 (2004), II-III, p. 467 e ss.. A reforma projetada incluía ainda outros diplomas: (i) o Regime de Transição para o RNAU, conhecido, então, por RTAU; (ii) as Alterações ao RAU; (iii) o Regime do Subsídio Especial de Renda; (iv) o Regime de atribuição de habitação social com renda apoiada, bem como o regime especial de arrendamento urbano aplicável; (v) o Regime de certificação das condições mínimas de habitabilidade; e (vi) o Regime do REABILITA.

(5) Cf., por todos, PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, Coimbra, 1988, p. 40 e ss. e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 631 e ss., 698 e ss., 721 e ss. e 726 e ss..

optando (artigo 1067.º/1 do CC), antes, por uma *summa divisio*, dentro dos arrendamentos urbanos, entre *arrendamentos para habitação* e *arrendamentos para fins não habitacionais*.

**II.** Com o XIX Governo surge nova reforma do arrendamento urbano, corporizada num conjunto de diplomas, com destaque para a Lei 31/2012, de 14 de agosto<sup>(6)</sup>. Segundo o artigo 1 da Lei, esta tem o propósito de “dinamizar o mercado de arrendamento”, propósito esse materializado através (i) da alteração ao regime substantivo do Código Civil em matéria de locação; (ii) da alteração do regime transitório dos contratos de arrendamento celebrados antes da entrada em vigor da Lei 6/2006; e (iii) da criação de um procedimento especial de despejo do local arrendado.

O objetivo da Reforma de 2012 encontra-se explicado no lugar próprio<sup>(7)</sup>, ou seja na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 38/XII: “criar um verdadeiro mercado de arrendamento que, em conjunto com o impulso à reabilitação urbana, possa oferecer aos portugueses soluções de habitação mais ajustadas às suas necessidades, menos consumidoras dos seus recursos (...)”.

**III.** O objetivo deste breve estudo é, basicamente, assinalar as diferenças de regime da Reforma de 2012 (Lei 31/2012) face ao regime do NRAU, no que às situações de desvinculação unilateral e *ad nutum* respeita.

Não está aqui em análise apenas a desvinculação unilateral correspondente à (vera e própria) *denúncia*<sup>(8)</sup> — ou seja à desvinculação discricionária em contratos de arrendamento celebrados por tempo indeterminado — mas ainda as demais situações de desvinculação unilateral discricionária, quer pelo senhorio quer pelo arrendatário, que possam ocorrer nos contratos de arrendamento celebrados com prazo certo.

---

<sup>(6)</sup> A Lei 31/2012 foi, entretanto, objeto da Declaração de Retificação 59-A/2012, publicada no DR, I Série, n.º 198, de 12.10.2012.

<sup>(7)</sup> Lugar próprio para anunciar aquelas que são, na ótica do legislador, as “qualidades” das medidas não será já o texto da própria lei, diversamente do que vemos espelhado no artigo 1.º da Lei 31/2012.

<sup>(8)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, in “O Direito”, ano 143 (2011), I, pp. 9-32, *passim*.

Após (i) uma referência genérica ao regime da duração do contrato de arrendamento urbano, vamos, sucessivamente, (ii) confrontar o regime saído da Reforma de 2012 com o regime do NRAU relativamente à denúncia vera e própria, (iii) confrontar o novo regime das desvinculações discricionárias nos contratos de arrendamento com prazo certo face ao correspondente regime do NRAU e, finalmente, (iv) veremos o regime transitório decorrente das novas redações dadas aos artigos 26.º e 28.º da Lei 6/2006, no que tange à desvinculação *ad nutum*, quer nos arrendamentos para habitação quer nos arrendamentos para fins não habitacionais. Contudo, por estar associado a um tema muito específico, como é o da atualização das rendas, cuja análise não cabe nestas linhas, não nos debruçamos sobre o regime dos artigos 30.º e seguintes da Lei 6/2006 (na redação da Reforma de 2012) com implicações em matéria de desvinculação unilateral, regime esse aplicável aos contratos de arrendamento para habitação celebrados antes da vigência do RAU e aos contratos de arrendamento para fins não habitacionais celebrados antes do DL 257/95, de 30 de setembro.

## 2. Considerações gerais sobre o regime de duração do contrato de arrendamento urbano

I. Em termos sistemáticos, não encontramos no Código Civil um regime geral relativo à duração do contrato de arrendamento urbano independentemente do fim, regime que, a existir, constaria da Subseção (Disposições gerais) que integra os artigos 1064.º a 1068.º do CC ou da Subseção (Celebração) que integra os artigos 1069.º e 1070.º<sup>(9)</sup>.

A opção foi, antes, a de consagrar um regime específico de duração para os contratos de arrendamento para habitação — regime esse que consta dos artigos 1094.º a 1103.º do CC — e um

---

<sup>(9)</sup> Quanto à locação em geral, vale o regime resultante dos artigos 1025 e 1026 do CC; cf., por todos, PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, cit., p. 9 e ss., PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, I, cit., p. 43 e ss. e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, III. Contratos em especial*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 304-305.

regime de liberdade contratual para os arrendamentos para fins não habitacionais, consagrado no artigo 1110.º/1 do CC, sistema que se mantém na Reforma de 2012<sup>(10)</sup>.

Contudo, uma vez que o regime quanto à duração, denúncia e oposição à renovação dos contratos de arrendamento para fins habitacionais é aplicável supletivamente, por expressa menção do artigo 1110.º/1, aos arrendamentos para fins não habitacionais, podemos dizer que, sem prejuízo da exceção consagrada no artigo 1110.º/2<sup>(11)</sup>, o regime dos artigos 1094.º a 1103.º constitui, em substância, o regime geral aplicável aos arrendamentos urbanos.

**II.** De acordo com o artigo 1094.º/1 — cuja arquitetura geral remonta ao Projeto Menezes Cordeiro, inspirador do NRAU — o contrato de arrendamento urbano para habitação pode ser celebrado *com prazo certo* ou *por tempo indeterminado*<sup>(12)</sup>. Tratando-se de contrato de arrendamento com prazo certo, pode ser convencionado, conforme diz, pedagogicamente, o artigo 1094.º/2, que, após a primeira renovação, o arrendamento tenha duração indeterminada.

O regime supletivo, no que à definição do regime e do prazo respeita, é o do artigo 1094.º/3: no silêncio do contrato (ou das partes, como prefere dizer o artigo 1094.º/3), o mesmo *considera-se celebrado com prazo certo*, pelo período de *dois anos*. Trata-se de um regime introduzido pela Reforma de 2012, afastando o anterior regime do NRAU, que ia no sentido de o contrato ter-se como celebrado por duração indeterminada<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Sobre o regime consagrado no artigo 1110.º/1 do CC, cf., v. g., o nosso *Breves notas sobre as “Disposições especiais do arrendamento para fins não habitacionais” no Projecto do NRAU*, in “O Direito”, ano 137 (2005) II, p. 378 e ss..

<sup>(11)</sup> Cf. *infra*, ponto 2/V.

<sup>(12)</sup> Se quiséssemos fazer uma correspondência com as categorias do RAU, poderíamos dizer que os *arrendamentos com prazo certo* correspondem, *grosso modo*, aos *arrendamentos de duração limitada* (artigos 98.º a 101.º do RAU), enquanto os *arrendamentos de duração indeterminada* “continuam” os arrendamentos, ditos vincuísticos, a que se aplicava o princípio da renovação (*rectius*, prorrogação) automática; cf. os nossos *Arrendamentos para habitação*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, p. 189 e ss..

<sup>(13)</sup> No domínio do RAU, o artigo 10.º deste diploma consagrava *expressis verbis* um prazo supletivo para o arrendamento urbano: o prazo era de *seis meses*, se outro não

Optando as partes por fixar o prazo, o mesmo deve, nos termos do artigo 1095.º/1, constar de cláusula inserida no contrato.

**III.** Uma questão particularmente relevante na legislação arrendatícia tem sido a do *prazo mínimo* do contrato de arrendamento para habitação. O artigo 1095.º/2, na redação de 2006 (NRAU), era no sentido de que o prazo do contrato não poderia ser inferior a 5 anos, considerando-se automaticamente ampliado até esse limite mínimo quando ficasse aquém do mesmo. O artigo 1095.º/3 excepcionava, porém, os casos — aos quais não se aplicava o referido limite mínimo — dos contratos para habitação não permanente ou para fins especiais transitórios, designadamente por motivos profissionais, de educação e formação ou turísticos, neles exarados<sup>(14)</sup>.

A Reforma de 2012 opta por uma alteração radical neste particular: o novo artigo 1095.º/2 deixa de prever uma duração mínima de contrato, prevalecendo a liberdade contratual. Por esta razão, é, logicamente, revogado o anterior artigo 1095.º/3.

A nova redação do artigo 1095.º/2 suscita, porém, uma dúvida: qual o prazo aplicável quando, optando as partes expressamente pela duração determinada (prazo certo), omitem a específica indicação do prazo? Valerá, então, o prazo supletivo do artigo 1094.º/3 — dois anos — ou, antes, o prazo supletivo do artigo 1026.º do CC, de acordo com o qual, na falta de estipulação, entende-se que o prazo de duração do contrato é igual à *unidade de tempo* a que se refere a retribuição fixada?

---

fosse determinado pela lei, convencionado pelas partes ou estabelecido pelos usos. Esse regime vinha, de resto, do artigo 1087.º do CC, na sua redação original; cf., na doutrina, por todos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II<sup>4</sup>, cit., pp. 508-509. Esse prazo constituía a regra para todas as modalidades de arrendamento urbano, valendo também (artigo 6.º/1 do RAU) para os arrendamentos rústicos não rurais não sujeitos a regimes especiais e ainda para os arrendamentos e subarrendamentos referidos nas alíneas *a*) e *e*) do artigo 5.º/2. Com o NRAU deixou de haver uma disposição geral correspondente ao artigo 10.º do RAU, em função do facto de o CC ter passado a dividir, segundo o critério da duração, os arrendamentos em arrendamentos com prazo certo e arrendamentos de duração indeterminada.

<sup>(14)</sup> *Grosso modo*, as situações previstas no artigo 1095.º/3 CC correspondiam às anteriormente previstas no artigo 5.º/2 alínea *b*) do RAU; cf. por todos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II<sup>4</sup>, cit., p. 487 e ss..

*A priori*, parece-nos que a solução adequada é a específica solução arrendatícia, que não a “geral-locatícia”, ou seja, deve valer a solução supletiva do artigo 1094.º/3. Contudo, não pode, naturalmente, excluir-se, por interpretação do contrato e do circunstancialismo em que o mesmo foi celebrado, que, em certos arrendamentos — *maxime* nos antes albergados na previsão do artigo 1095.º/3 (arrendamentos para habitação não permanente ou para fins especiais transitórios) — deva valer o regime geral da locação consagrado no artigo 1026.º.

IV. Quanto à *duração máxima*, o novo artigo 1095.º/2 mantém o regime anterior: o prazo não pode ser superior a 30 anos, considerando-se automaticamente reduzido a esse limite quando o ultrapasse. Trata-se, de resto, de um regime que, neste particular, replica o do artigo 1025.º do CC<sup>(15)</sup>. Estamos, consabidamente, perante uma redução *ope legis*, que não obedece ao regime do artigo 292.º do CC.

Pode, em tese, questionar-se se é compatível com o carácter *temporário* da locação a celebração de contratos de aluguer ou de arrendamento *por tempo indeterminado*<sup>(16)</sup>. Não vemos impedimento a que tal aconteça, na medida em que qualquer das partes possa, nos termos gerais, denunciar o contrato, ainda que — como ocorre nos artigos 1100.º e 1101.º do CC — tal denúncia seja condicionada.

---

(15) Cf., na doutrina, por todos, PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, cit., p. 10. Tendo sobretudo em atenção o arrendamento urbano, foi suscitada a questão de saber se o prazo de 30 anos seria um *prazo para a duração máxima da relação de arrendamento* ou, antes, um prazo máximo imposto às partes, *aquando da celebração do contrato*. A questão tornou-se importantíssima no quadro da legislação vinculística, no qual o princípio da prorrogação automática revestia um papel central na disciplina do arrendamento urbano; cf. na doutrina, sobre o problema, v. g., PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II<sup>a</sup>, cit., p. 619 e ss.; no sentido de que 30 anos seria o prazo máximo de duração do arrendamento pronunciou-se PINTO FURTADO, *Evolução e estado do vinculismo no arrendamento urbano*, cit., p. 666 e ss., sustentando a inconstitucionalidade daquele princípio. A posição de Pinto Furtado, não tendo, embora, feito escola, constituía, manifestamente, uma tentativa de romper a então densa muralha vinculística; cf., ainda, do mesmo autor, *Manual do arrendamento urbano*, I<sup>o</sup>, cit., p. 43 e ss..

(16) Cf., por todos, PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, I<sup>o</sup>, cit., p. 315 e ss..

Naturalmente que a genérica admissão de locações e, especificamente, de arrendamentos por tempo indeterminado, não pode servir para frustrar a aplicação de regras imperativas, designadamente em sede de duração mínima e de estabelecimento de sistemas ou mecanismos de duração do contrato.

V. Nos contratos de arrendamento *para fins não habitacionais* as partes podem convencionar livremente o regime de duração, por força do artigo 1110.º/1 do CC, valendo o regime estabelecido para os arrendamentos para habitação, na falta de estipulação. Importa, porém, vincar o regime especial do artigo 1110.º/2: se as partes nada estipularem quanto à duração do contrato, o mesmo *considera-se celebrado com prazo certo* e pelo prazo de *cinco anos* (artigo 1110.º/2, na redação da Reforma de 2012). Face à redação saída do NRAU, em 2006, é evidente o encurtamento do prazo supletivo, antes fixado em *dez anos*.

O artigo 1110.º/2 não se refere diretamente aos casos em que as partes optem por celebrar o contrato com prazo certo mas não fixam a duração: valerá, então, como supletivo, o prazo de cinco anos aí referido ou será, antes, aplicável o regime geral do artigo 1026.º do CC? As consequências não são de somenos, não só em função do prazo, mas também do facto de o artigo 1110.º/2 exigir que a denúncia (*rectius*, a oposição à renovação) pelo arrendatário seja feita com antecedência igual ou superior a um ano<sup>(17)</sup>.

Pensamos que a solução adequada será a “arrendatícia”, que não a “geral-locatícia”. Na verdade, parece-nos de presumir que o regime supletivo fixado no artigo 1110.º/2 é estabelecido não só para as situações em que as partes não tenham feito uma opção entre duração indeterminada e prazo certo, mas também para aque-

---

(17) Daqui resulta uma incompreensível discriminação do arrendatário face ao senhorio: enquanto que a este, num arrendamento celebrado por cinco anos, basta a antecedência de 120 dias para a oposição à renovação, nos termos da alínea *b*) do artigo 1097.º/1, o arrendatário tem de respeitar uma antecedência mínima de um ano. Trata-se de um regime que fazia sentido em 2006, face à redação do artigo 1097.º, agora alterada na Reforma de 2012. Na verdade, a exigência de antecedência mínima de um ano destinava-se a colocar as partes na mesma situação no que à antecedência mínima respeitava. Entretanto, a alteração de redação dos artigos 1097.º e 1098.º e a não modificação do artigo 1110.º/1 tornam o atual regime desequilibrado.

las em que, tendo optado neste último sentido, não tenham fixado um prazo específico. Não obstante, não pode excluir-se, por interpretação do contrato e do circunstancialismo em que o mesmo foi celebrado, que, em certos arrendamentos — *maxime* nos celebrados para fins especiais transitórios, antes albergados na previsão do artigo 1095.º/3 (redação de 2006) — deva valer o regime geral da locação consagrado no artigo 1026.º.

### 3. A (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento urbano na Reforma de 2012

#### 3.1. Introdução

I. A Reforma de 2012 mantém incólume, não só o princípio geral do artigo 1099.º do CC, mas também a redação do preceito: o contrato de arrendamento urbano de duração indeterminada cessa por denúncia de uma das partes, denúncia essa que deve ter lugar nos termos dos artigos seguintes.

À partida, sem prejuízo das especificidades de regime que encontramos nos “artigos seguintes”, o artigo 1099.º mais não faz do que reconhecer e consagrar um princípio geral dos contratos: o de que os contratos celebrados por tempo indeterminado podem cessar por *denúncia* de qualquer das partes<sup>(18)</sup>.

II. No campo dos arrendamentos para fins não habitacionais, a Reforma de 2012 mantém incólume o regime do artigo 1110.º/1 do CC, na redação de 2006. Assim, as partes podem disciplinar livremente o regime aplicável em sede de duração e denúncia do contrato, bem como em matéria de oposição à renovação, valendo

---

(18) Cf., na doutrina nacional, por todos, MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/P. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 631-632; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil, II/IV*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 126 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 341-342 e ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 58 e ss.; cf. ainda o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento, passim*.



supletivamente o regime dos arrendamentos para habitação, salvo no que respeita à matéria disciplinada no artigo 1110.º/2<sup>(19)</sup>.

### 3.2. Denúncia pelo arrendatário

**I.** No regime de 2006 (NRAU), o arrendatário podia (artigo 1100.º/1 do CC) denunciar o contrato de arrendamento, independentemente de qualquer justificação, mediante comunicação ao senhorio com antecedência não inferior a 120 dias sobre a data em que pretendesse a cessação do contrato, produzindo a denúncia efeitos no final de um mês do calendário gregoriano<sup>(20)</sup>.

Por sua vez, resultava do artigo 1100.º/2 que ainda que a comunicação do arrendatário não observasse a antecedência imposta pelo artigo 1100.º/1, nem por isso o contrato deixava de se extinguir na data indicada para o efeito na comunicação ou no final do mês de calendário gregoriano, ficando, porém, o arrendatário sujeito (artigos 1100.º/2 e 1098.º/3) ao pagamento das rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta<sup>(21)</sup>.

**II.** Na nova redação introduzida pela Lei 31/2012, o artigo 1100.º/1 do CC estabelece, ressaltando, porém, o disposto artigo 1100.º/2<sup>(22)</sup>, que, *após seis meses de duração efetiva do contrato*, o arrendatário pode denunciar o mesmo, independentemente de qualquer justificação, com a antecedência mínima de 120 dias do termo pretendido, se, à data da comunicação, o contrato tiver um ano ou mais de duração efetiva, sendo a antecedência mínima

---

<sup>(19)</sup> Cf. *supra*, ponto 2/V.

<sup>(20)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., pp. 12-13, onde se chamava também a atenção para a ilogicidade do regime, já que uma harmonização de soluções com o regime plasmado no artigo 1098.º/2 deveria determinar que a antecedência mínima de 120 dias tivesse, a montante, como pressuposto necessário, um (ocorrido) prazo de seis meses de duração efetiva do contrato; cf. também SOUSA RIBEIRO, *O novo regime do arrendamento urbano: contributos para uma análise*, in CDP 14 (2006), p. 23, nota 36 e PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano, II*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 942 e ss..

<sup>(21)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., pp. 12-13.

<sup>(22)</sup> Cf. *infra*, ponto 4.4.3.

reduzida a 60 dias se, à data da comunicação, o contrato tiver menos de um ano de duração efetiva.

Com a exigência de *duração efetiva* do contrato, resulta do artigo 1100.º/1 que o contrato terá de ter, a final, uma duração mínima de oito meses: numa situação em que o arrendatário, num arrendamento celebrado por tempo indeterminado, se “arrependa” do contrato imediatamente após a sua celebração, tem de “suportar” seis meses de duração efetiva e, ainda, o correspondente ao mínimo de 60 dias de pré-aviso.

Em rigor, porém, o que resulta da lei, tal como já resultava do regime anterior, é que, por força da aplicação do artigo 1098.º/6, *ex vi* artigo 1100.º/4, o arrendatário só tem de suportar uma *duração efetiva de contrato* de seis meses e do número de dias necessários à plena eficácia da declaração, nos termos do artigo 9.º da Lei 6/2006, já que se denunciar o contrato no primeiro dia após o decurso dos seis meses, com a declaração de que o contrato de arrendamento se extingue de imediato, o efeito é, efetivamente, o da imediata cessação do contrato no dia da eficácia da declaração<sup>(23)</sup>, mas sem prejuízo de, a título de pena, ter de pagar as rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta.

### 3.3. Denúncia pelo senhorio

I. No regime de 2006, agora modificado pela Lei 31/2012, o senhorio podia, segundo o artigo 1101.º do CC, denunciar o contrato de arrendamento de duração indeterminada em três situações: *a)* necessidade de habitação pelo próprio ou pelos seus descendentes em primeiro grau; *b)* para demolição ou realização de obra de remodelação ou restauro profundos; ou *c)* mediante comunicação ao arrendatário com antecedência não inferior a cinco anos sobre a data em que pretenda a cessação.

As situações das alíneas *a)* e *b)* do artigo 1101.º não correspondem a situações de denúncia *ad nutum*, tendo-se até suscitado

---

(23) Sobre o regime do artigo 9.º da Lei 6/2006, na redação anterior à Lei 31/2012, cf., por todos, OLINDA GARCIA, *A nova disciplina do arrendamento urbano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 91-92.

reservas à qualificação de tais situações, qualificadas como de *denúncia justificada*, como constituindo veras e próprias denúncias<sup>(24)</sup>.

Já a situação da alínea *c*) do artigo 1101.º consubstanciava uma *denúncia em sentido técnico* — situação em que o senhorio podia discricionariamente operar a extinção do contrato de arrendamento celebrado por tempo indeterminado.

Conforme também referimos noutro local<sup>(25)</sup>, o pré-aviso de *cinco anos* — tido por alguns autores como excessivo<sup>(26)</sup> — não desnaturava a figura da denúncia, sendo tido como adequado pelo legislador de 2006, em função de se tratar de matéria de arrendamento para habitação.

Em rigor, a lei exigia um pré-aviso composto — *a dois tempos* — atento o facto de o artigo 1104.º impor, então, sob pena de ineficácia da denúncia, a respetiva confirmação por comunicação com a antecedência máxima de 15 meses e mínima de um ano relativamente à data da sua efetivação<sup>(27)</sup>.

Sem prejuízo de ter sido meritória a exigência de confirmação, constante do artigo 1104.º do CC, já que se pretendia assegurar a seriedade da denúncia, a solução (formalmente) mais coerente teria sido a de, pura e simplesmente, permitir a denúncia com uma antecedência, por exemplo, de 12 meses, parificando, assim, o regime da denúncia com o da oposição à renovação deduzida pelo senhorio (artigo 1097.º do CC, na redação de 2006).

**II.** A Reforma de 2012 mantém a previsão genérica das “denúncias justificadas” das alíneas *a*) e *b*) do artigo 1101.º do CC

---

<sup>(24)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., pp. 18-19.

<sup>(25)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., pp. 20-21.

<sup>(26)</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *Arrendamento urbano*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 165 e PINTO DUARTE, *A cessação da relação de arrendamento urbano no NRAU*, in “Themis”, ano VIII (2008), 15, p. 56, distinguindo consoante os arrendamentos de duração indeterminada resultassem de conversão de contrato anterior, caso em que considerava o prazo adequado, daqueles contratos que nascem, à partida, como contratos de duração indeterminada, nos quais considerava tal prazo excessivo.

<sup>(27)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 21.

— com uma exigência suplementar no que respeita à matéria da alínea *b*)(<sup>28</sup>) — mantendo também a previsão de uma denúncia vera e própria na alínea *c*) do artigo 1101.º.

Simplemente, a antecedência mínima foi reduzida: o senhorio pode denunciar o contrato de arrendamento celebrado por tempo indeterminado mediante comunicação ao arrendatário com antecedência *não inferior a dois anos* sobre a data em que pretenda a cessação.

Por outro lado, a denúncia deixa de se fazer, em termos substanciais, a dois tempos, já que o legislador de 2012 revogou o artigo 1104.º do CC, deixando, portanto, de ser necessária a confirmação da denúncia.

## 4. As desvinculações discricionárias nos contratos de arrendamento com prazo certo

### 4.1. Introdução

I. O regime geral da renovação automática do contrato de arrendamento com prazo certo consta do artigo 1096.º do CC. De acordo com o artigo 1096.º/1, na redação de 2006, o contrato celebrado com prazo certo renovava-se automaticamente no seu termo e por *períodos mínimos sucessivos de três anos*, se outros não estivessem contratualmente prescritos; o mesmo artigo 1096.º/1 excepcionava, porém, os casos de arrendamentos celebrados para habitação não permanente ou para fim especial transitório.

O artigo 1096.º/2 previa, depois, que *qualquer das partes* se podia opor à renovação, nos termos dos artigos 1097.º e 1098.º. Tratava-se de um regime que se apresentava em total sintonia com o regime regra do artigo 1054.º do CC e em clara rutura com o

---

(<sup>28</sup>) Exige agora a alínea *b*) que a demolição ou realização de obra de remodelação ou restauro profundos *obriguem à desocupação do locado*. Há, depois, modificações de regime nos artigos 1102.º e 1103.º que não abordamos especificamente. Sobre o regime dos artigos 1102.º e 1103.º, na redação de 2006, cf., por todos, MENEZES LEITÃO, *Arrendamento urbano*<sup>4</sup>, cit., p. 161 e ss. e PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, IF<sup>5</sup>, cit., pp. 952 e ss. e 989 e ss..

regime vinculístico anterior (artigo 68.º do RAU): a oposição à renovação tanto podia ser feita pelo senhorio quanto pelo arrendatário.

**II.** A Reforma de 2012 veio dar nova redação ao artigo 1096.º. Dispõe agora o artigo 1096.º/1 que, salvo estipulação em contrário, o contrato celebrado com prazo certo renova-se automaticamente no seu termo e por *períodos sucessivos de igual duração*. É, no entanto, ressalvado o disposto no artigo 1096.º/2, de acordo com o qual, salvo estipulação em contrário, não há lugar a renovação automática nos contratos celebrados por prazo não superior a 30 dias. Assim, num contrato de arrendamento celebrado por 30 dias ou menos, como ocorre, tipicamente, com os chamados arrendamentos de vilegiatura, o regime supletivo é o da não renovação automática, o que quer, naturalmente, dizer que, quanto a tais arrendamentos, é retomado, em termos de regime supletivo, o regime de caducidade da alínea *a*) do artigo 1051.º do CC<sup>(29)</sup>, mas sem aplicação do regime geral do artigo 1054.º do mesmo código.

O artigo 1096.º/3 prevê, depois, que qualquer das partes se possa opor à renovação nos termos do artigo 1097.º (*oposição à renovação pelo senhorio*) ou 1098.º (*oposição à renovação pelo arrendatário*).

Importa destacar uma importante inovação do novo artigo 1096.º do CC face à anterior redação: com a ressalva da *estipulação em contrário*, prevê agora o artigo 1096.º/1 que as partes num contrato de arrendamento com prazo certo possam convencionar que o contrato *não ficará* sujeito ao regime da renovação automática, caducando, nos termos gerais da alínea *a*) do artigo 1051.º do CC, no final do prazo estipulado. Havendo uma tal convenção, prejudicada fica a aplicação do artigo 1054.º do CC, já que não faria sentido reintroduzir através do regime geral uma renovação automática validamente afastada nos termos do regime especial.

---

(29) Cf., por todos, PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, cit., pp. 307-308 e o clássico estudo de CUNHA DE SÁ, *Caducidade do contrato de arrendamento*, I, Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1968, p. 97 e ss.; cf. ainda os nossos *Arrendamentos para habitação*<sup>2</sup>, cit., p. 262.

## 4.2. Oposição à renovação deduzida pelo senhorio

I. No regime saído do NRAU, em 2006, o artigo 1097.º do CC previa, simplesmente, que o senhorio podia impedir a renovação automática do contrato de arrendamento mediante comunicação ao arrendatário com uma antecedência não inferior a um ano do termo do contrato<sup>(30)</sup>.

A redação do artigo 1097.º inspirava-se na do artigo 1102.º do Projeto Menezes Cordeiro, com a diferença da substituição de “interpelação” por “comunicação” e ainda pela curiosidade de ter optado por retirar a expressão final “ou da sua renovação”, expressão essa que, no entanto, o NRAU deixou ficar, v. g., no artigo 1055.º/2 do CC.

II. A Reforma de 2012 *complexizou* a oposição à renovação por parte do senhorio, estabelecendo nas quatro alíneas do artigo 1097.º/1 uma gradação de tempos de pré-aviso em função da duração inicial do contrato ou da sua renovação.

Assim, a antecedência mínima será de: *a)* 240 dias, se o prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis anos; *b)* 120 dias, se o prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a um ano e inferior a seis anos; *c)* 60 dias, se o prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis meses e inferior a um ano; *d)* Um terço do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação, tratando-se de prazo inferior a seis meses.

Esclarece pedagogicamente o artigo 1097.º/2 — esclarecimento que, de resto, já resultaria do disposto no artigo 1055.º/2 — que a antecedência se reporta ao termo do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação.

A oposição à renovação pelo senhorio pode desencadear um efeito de *aceleração da extinção do contrato*, nos termos do artigo 1098.º/4, que analisaremos *infra*<sup>(31)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Cf., por todos, OLINDA GARCIA, *A nova disciplina do arrendamento urbano*, cit., p. 31.

<sup>(31)</sup> Cf. *infra*, ponto 4.4.2.

### 4.3. Oposição à renovação deduzida pelo arrendatário

**I.** O artigo 1098.º/1 do CC saído do NRAU em 2006 previa que o arrendatário podia impedir a renovação automática do contrato de arrendamento mediante comunicação ao senhorio com uma antecedência não inferior a 120 dias do termo do contrato<sup>(32)</sup>.

Prevvia, depois, o artigo 1098.º/3 que a inobservância desse prazo de oposição à renovação do contrato não impedia a respetiva cessação mas obrigava ao pagamento das rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta.

Conforme se referiu já noutro local<sup>(33)</sup>, o artigo 1098.º/3 do CC veio estabelecer uma *pena pecuniária* — pena legal — aplicável ao arrendatário nas situações e termos aí contemplados. Trata-se de um regime que, na Reforma de 2012, mantém expressão no artigo 1098.º/6, conforme vemos *infra*, na sequência.

**II.** Tal como faz o artigo 1097.º/1 em relação à oposição à renovação deduzida pelo senhorio, o artigo 1098.º/1 da Reforma de 2012 complexizou o sistema de oposição à renovação, agora por parte do arrendatário, estabelecendo várias antecedências mínimas em função do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação.

Assim, o arrendatário pode impedir a renovação automática do contrato mediante comunicação ao senhorio com a antecedência mínima de: *a)* 120 dias, se o prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis anos; *b)* 90 dias, se o prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a um ano e inferior a seis anos; *c)* 60 dias, se o prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis meses e inferior a um ano; *d)* Um terço do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação, tratando-se de prazo inferior a seis meses.

---

<sup>(32)</sup> Cf., por todos, OLINDA GARCIA, *A nova disciplina do arrendamento urbano*, cit., pp. 31-32.

<sup>(33)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 13.

As antecedências reportam-se ao termo do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação, conforme esclarece o artigo 1098.º/2. Conforme se referiu, em relação ao regime paralelo do artigo 1097.º/2<sup>(34)</sup>, esta solução já resultaria do artigo 1055.º/2.

Finalmente, resulta do artigo 1098.º/6 que a inobservância da antecedência exigida no artigo 1098.º/1 não obsta à cessação do contrato mas obriga ao pagamento das rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta. Estamos perante a *pena civil* de que falámos acima, com referência ao artigo 1098.º/3 do CC, na anterior redação.

Assim, se um arrendamento celebrado por 5 anos se destina a caducar no último dia do mês de dezembro e se o arrendatário declara a sua oposição à renovação no último dia de novembro, desrespeitando, claramente, o pré-aviso de 90 dias, parece que a interpretação correta do artigo 1098.º/6, aplicado à situação do artigo 1098.º/1, será a que conduz a sustentar que o arrendamento não deixa de caducar no final de dezembro mas o arrendatário é devedor ao senhorio de um montante equivalente a duas rendas, “correspondentes ao período de pré-aviso em falta”<sup>(35)</sup>.

Uma interpretação alternativa, “jogando” com a letra do artigo 1098.º/6, seria sustentar que, neste exemplo, o arrendatário apenas teria que pagar a renda relativa a dezembro, já que, caducando o contrato no final desse mês, deixaria, a partir daí, de haver “rendas correspondentes” aos dois meses seguintes. Essa seria uma interpretação que consideraria apenas a letra da lei e que, na prática, anularia por completo a imposição de um pré-aviso, razão pela qual é de afastar<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Cf. *supra*, ponto 4.2.

<sup>(35)</sup> É certo que o pré-aviso aplicável ao caso seria de 90 dias, nos termos da alínea *b*) do artigo 1098.º/1; contudo, admitindo que a declaração de oposição à renovação é eficaz no último dia de novembro, o tempo de pré-aviso em falta é de 60 dias, já que ainda faltam 30 de decurso do contrato até à sua extinção.

<sup>(36)</sup> Na singular interpretação que se afasta e com referência ao exemplo do texto, se o arrendatário manifestasse eficazmente a sua oposição à renovação no último dia de dezembro nada deveria ao senhorio, nos termos do artigo 1098.º/6, já que não haveria “rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta”, uma vez que o contrato caducaria nesse dia, não se renovando.



**III.** Pode perguntar-se se as quantias fixadas no artigo 1098.º/6 do CC são sempre devidas ou se estão dependentes, por exemplo, da não celebração, pelo senhorio, de um novo contrato de arrendamento nos correspondentes meses.

O princípio é o de que tais quantias são sempre devidas. Contudo, na nossa opinião, em função da natureza de *pena civil pecuniária* das quantias correspondentes às rendas, nos termos do artigo 1098.º/6 do CC<sup>(37)</sup>, faz todo o sentido a intervenção *eventual* do mecanismo corretor do artigo 812.º do CC, que permite a redução equitativa da cláusula penal de acordo com a equidade quando seja manifestamente excessiva<sup>(38)</sup>. Sendo embora certo que não estamos perante uma *cláusula penal* mas face a uma *pena pecuniária legal* — com a fixação *a forfait* do montante ou *quantum* de indemnização devida, vemos no regime do artigo 812.º do CC a expressão de um “princípio de alcance geral”<sup>(39)</sup> que temos por aplicável mesmo fora do estrito quadro das penas convencionais.

Inversamente, não nos parece possível ao senhorio, ainda que, hipoteticamente, demonstre prejuízos superiores ao *quantum* que resulta da aplicação do critério do artigo 1098.º/6, exigir uma indemnização superior.

---

<sup>(37)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 13.

<sup>(38)</sup> Sobre a redução da cláusula penal, cf., por todos, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 724 e ss..

<sup>(39)</sup> Socorremo-nos da expressão utilizada por PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 730, para defender a aplicação do disposto no artigo 812.º do CC a todas as espécies de penas convencionais; cf. também MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/P. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*<sup>4</sup>, cit., p. 596. A posição que sustentamos no texto vai para além desta posição doutrinária, admitindo a aplicação do regime do artigo 812.º do CC também a certas penas civis de fonte legal, quando tenham natureza indemnizatória, *a forfait* fixada. Sobre o regime consagrado no artigo 812.º do CC, enquanto expressão, entre outros, do princípio fundamental da proporcionalidade, cf., por último, BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 396 e ss..

#### 4.4. A denúncia atípica pelo arrendatário

##### 4.4.1. A denúncia atípica pelo arrendatário prevista no artigo 1098.º/3 do CC

I. Na redação de 2006, dispunha o artigo 1098.º/2 que, após seis meses de duração efetiva do contrato, o arrendatário podia denunciar o contrato a todo o tempo, mediante comunicação ao senhorio com uma antecedência não inferior a 120 dias do termo pretendido do contrato<sup>(40)</sup>, produzindo essa denúncia efeitos no final de um mês do calendário gregoriano.

A doutrina tem divergido sobre a natureza desta denúncia. Quanto a nós, sustentamos tratar-se de uma *denúncia atípica*<sup>(41)</sup>, correspondendo a um caso de *revogação unilateral do contrato*. A esta situação tinha também aplicação a previsão do artigo 1098.º/3, pelo que a inobservância da antecedência prevista no artigo 1098.º/2 não impedia a cessação do contrato mas obrigava ao pagamento das rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta.

II. A “denúncia” antes prevista no artigo 1098.º/2 consta agora, na Reforma de 2012, do artigo 1098.º/3. Depois de ressaltar o disposto no número seguinte, o artigo 1098.º/3 estabelece que, *decorrido um terço do prazo de duração inicial do contrato* ou da sua renovação, o arrendatário pode denunciá-lo a todo o tempo, mediante comunicação ao senhorio com a antecedência mínima, relativa ao termo pretendido do contrato, de: a) 120 dias, se o prazo do contrato for igual ou superior a um ano; b) 60 dias, se o prazo do contrato for inferior a um ano.

Tal “denúncia” produz efeitos no final de um mês do calendário gregoriano a contar da comunicação (artigo 1098.º/5) e a inobservância da antecedência legalmente estabelecida não obsta à ces-

---

<sup>(40)</sup> Trata-se de um regime que terá tido alguma inspiração do artigo 100.º/4 do RAU que, em sede de arrendamentos de duração limitada, permitia ao arrendatário *revogar* o contrato, a todo o tempo, mediante comunicação escrita a enviar ao senhorio, com a antecedência mínima de 90 dias em relação à data em que deveriam operar os seus efeitos; cf. o nosso *Arrendamentos para habitação*<sup>2</sup>, cit., p. 214 e ss..

<sup>(41)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 10.

sação do contrato mas obriga ao pagamento das rendas correspondentes ao período de pré-aviso em falta (artigo 1098.º/6).

Conforme é evidente, a grande alteração face ao regime do NRAU está no estabelecimento da “imposição” ao arrendatário que pretenda desistir do contrato de arrendamento celebrado da necessidade de ter de “suportar” não já (ou apenas) seis meses de duração efetiva de contrato (artigo 1098.º/2, na redação do NRAU) mas *um terço* do prazo da duração inicial do contrato ou da sua renovação.

A diferença de regime é bem patente se hipotizarmos um contrato de arrendamento celebrado por trinta anos em que o arrendatário pretenda desistir do contrato, por exemplo no primeiro ano de vigência do mesmo. Nesse caso, o arrendatário terá de suportar o contrato até ao final de uma década.

Admitiríamos uma solução corretiva, tal como a que decorre da aplicação do artigo 812.º do CC se, tal como em sede de aplicação do artigo 1098.º/6<sup>(42)</sup>, a declaração de desistência do arrendatário surtisse um efeito extintivo do contrato. Contudo, não é isso que ocorre: ainda que a declaração seja eficaz *qua tale*, enquanto declaração, o contrato não se extingue antes do decurso da década, no exemplo exposto, pelo que uma eventual solução corretiva tem de passar pelo instituto do *abuso do direito*.

A nova solução legal é excessiva tratando-se de arrendamentos para habitação, nos quais, amiúde, os comuns arrendatários não terão pleno domínio das consequências da celebração de contratos de arrendamento por tempos longos. Admitindo-se que a redação inicial do artigo 1098.º/2 pudesse ser agravada, parece-nos excessivo impor a um comum arrendatário para habitação uma situação arrendatícia por tempo superior a um ano.

4.4.2. A aceleração da extinção do contrato nos termos do artigo 1098.º/4 do Código Civil

Adotando uma solução sem correspondência no regime anterior, o artigo 1098.º/4 do CC, na redação da Reforma de 2012,

---

(42) Cf. *supra*, ponto 4.3/III.

prevê que quando o senhorio impeça a renovação automática do contrato, nos termos do artigo 1097.º, o arrendatário possa *acelerar* a extinção do contrato, denunciando-o a todo o tempo, mediante comunicação ao senhorio com uma antecedência não inferior a 30 dias do termo pretendido do contrato. Resulta depois do artigo 1098.º/5 que a denúncia do contrato feita nestes termos produz efeitos no final de um mês do calendário gregoriano, a contar da comunicação.

A “denúncia” aqui consagrada é também, tal como a do artigo 1098.º/3<sup>(43)</sup>, uma *denúncia atípica*, correspondente a um caso de *revogação unilateral do contrato* e que tem a particularidade de ter como evento legitimador a oposição à renovação automática do contrato por parte do senhorio.

A intenção do legislador parece ter sido facilitar a desvinculação do arrendatário que contasse com a renovação automática do contrato (por não oposição por parte do senhorio) e que se vê confrontado com a não renovação, permitindo-lhe, assim, antecipar a cessação do vínculo. A medida beneficiará também o senhorio que, ao opor-se à renovação automática, manifesta inequivocamente que não quer a continuação do (ou, pelo menos, daquele) arrendamento para além do prazo inicial ou da sua renovação, vendo, assim, em consequência de uma iniciativa subsequente do arrendatário, antecipado o (pretendido) fim do contrato.

#### 4.4.3. A aceleração da extinção do contrato nos termos do artigo 1100.º/2 do Código Civil

O novo artigo 1100.º/2 do CC permite que se o senhorio denunciar o contrato, nos termos da alínea *c*) do artigo 1101.º, o arrendatário possa antecipar a extinção, “denunciando” o contrato, independentemente de qualquer justificação, mediante comunicação ao senhorio com uma antecedência não inferior a 30 dias do termo pretendido do contrato<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Cf. *supra*, ponto 4.4.1.

<sup>(44)</sup> Trata-se da redação retificada pela Declaração de Retificação 59-A/2012.

Assim, denunciando o senhorio o contrato, nos termos da alínea *c*) do artigo 1101.º do CC, o arrendatário pode *acelerar* a extinção, se tal lhe convier, mediante comunicação ao senhorio com uma antecedência não inferior a 30 dias do termo pretendido do contrato, mas devendo ter em conta o final de mês do calendário gregoriano (artigo 1100.º/3).

Trata-se de um regime que obedece à mesma *ratio* do regime consagrado no artigo 1098.º/4, acima analisado<sup>(45)</sup>.

## **5. A desvinculação unilateral *ad nutum* em arrendamentos para habitação anteriores à Lei 6/2006**

### **5.1. Introdução**

**I.** Com a Lei 6/2006, o NRAU passou a aplicar-se aos contratos de arrendamento celebrados após a sua entrada em vigor, bem como às relações constituídas que subsistissem nessa data, tudo sem prejuízo do previsto nas normas transitórias daquela lei (artigo 59.º/1). Coerentemente com esta previsão, o artigo 60.º/1 revogou o RAU, mantendo-se apenas as matérias ressalvadas nos artigos 26.º e 28.º.

A Lei 31/2012 vem, em termos substanciais, introduzir um, digamos, Novíssimo Regime do Arrendamento Urbano, mas opta por dar novas redações a artigos da Lei 6/2006, ficando, assim, a designação NRAU aplicável também a situações posteriores à Lei 31/2012.

No que tange aos arrendamentos celebrados antes da Lei 31/2012, mantém-se, em sede de normas transitórias, a diferença de regime, constante da redação original da Lei 6/2006, entre contratos de arrendamento para habitação celebrados na vigência do RAU — aos quais é aplicável a previsão do artigo 26.º — e os

---

Antes desta Retificação, o artigo 1100.º/2 apresentava uma redação que reproduzia, *ipsis-verbis*, a do artigo 1098.º/4, o que constituía um manifesto lapso, conforme comprova o confronto com o texto da Proposta de Lei 38/XII.

<sup>(45)</sup> Cf. *supra*, ponto 4.4.2.

contratos de arrendamento para habitação celebrados antes do RAU — aos quais é aplicável a previsão do artigo 28.º<sup>(46)</sup>.

**II.** O artigo 26.º da Lei 6/2006 adotou, no que respeita aos arrendamentos celebrados na vigência do RAU, uma *summa divisio* entre *arrendamentos de duração limitada* e *arrendamentos sem duração limitada*. Conforme escrevemos noutra local<sup>(47)</sup>, esta contraposição — que se mantém na redação da Reforma de 2012 — é *equivoca e invertida*:

- (i) *equivoca* na medida em que, em rigor, todos os arrendamentos celebrados no domínio do RAU e antes dele tinham uma duração limitada, pelo menos à partida<sup>(48)</sup>, em função do carácter temporário do contrato de locação em geral (artigo 1022.º do CC) e do contrato de arrendamento urbano em particular (artigo 1.º do RAU);
- (ii) *invertida* porque o modo como o artigo 26.º apresenta, sucessivamente, os arrendamentos anteriores, curando primeiro dos *contratos de duração limitada* (artigo 26.º/3) e, depois, dos *contratos sem duração limitada* (artigo 26.º/4) — utilizando, quanto a estes uma expressão sem qualquer história ou tradição arrendaticia<sup>(49)</sup> — sugere a errada ideia de que os arrendamentos de duração limitada constituíam a regra e os arrendamentos sem duração limitada a exceção.

---

<sup>(46)</sup> Quanto aos contratos de arrendamento para fins não habitacionais, cf. *infra*, ponto 6.

<sup>(47)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., pp. 13-14.

<sup>(48)</sup> Tudo isto sem prejuízo, naturalmente, do princípio da prorrogação automática consagrado já no artigo 1095.º do CC (versão inicial), em continuação da legislação anterior, princípio esse que, conforme já observava JOÃO DE MATOS, *Manual do arrendamento urbano e do aluguer*, I, Livraria Fernandes Machado, Porto, 1968, p. 23, dava ao carácter temporário do contrato uma feição “mais teórica que real”.

<sup>(49)</sup> A designação “contratos sem duração limitada” é explicada por ELSA SEQUEIRA SANTOS, *O regime transitório no novo regime do arrendamento urbano*, in “Themis”, ano VIII (2008), 15, p. 87, como “à falta de melhor termo”. Já no que respeita à *ratio* da “conversão”, a mesma é explicada pela autora em função “da proximidade estrutural entre os antigos e os novos tipos contratuais”.

Ora, não era exatamente assim: os arrendamentos sem duração limitada, continuadores dos arrendamentos vinculísticos, constituíam, no sistema e antes dele, *a regra* e não a exceção.

## 5.2. A desvinculação *ad nutum* através de denúncia nos arrendamentos para habitação “sem duração limitada”

**I.** O artigo 26.º/4 da Lei 6/2006 manda aplicar aos contratos de arrendamento sem duração limitada celebrados na vigência do RAU as regras aplicáveis aos contratos de arrendamento de duração indeterminada<sup>(50)</sup>.

A remissão para o regime dos arrendamentos de duração indeterminada significa, *prima facie*, que, no que à desvinculação *ad nutum* respeita, vale o regime da denúncia consagrado, quando pelo arrendatário, no artigo 1100.º/1 do CC e, quando pelo senhorio, na alínea *c*) do artigo 1101.º, respetivamente<sup>(51)</sup>.

Importa, porém, atentar mais detalhadamente nas situações.

**II.** A remissão do artigo 26.º/4 para os arrendamentos de duração indeterminada determinaria a aplicação do regime da alínea *c*) do artigo 1101 do CC. Contudo, a redação original do artigo 26.º/4 da Lei 6/2006 impedia — na sua alínea *c*) — a aplicação daquela alínea *c*) do artigo 1101.º do CC, com a consequência de que o arrendamento mantinha-se preso pela lógica vinculística até que se extinguísse por outra causa<sup>(52)</sup>.

Este regime de inaplicação da faculdade de desvinculação *ad nutum* pelo senhorio era aplicável quer aos arrendamentos celebrados no domínio do RAU quer também — mas por força do artigo 28.º — aos arrendamentos anteriores ao diploma de 1990<sup>(53)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Cf., v. g., GRAVATO MORAIS, *Arrendamento para habitação. Regime transitório*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 40 e ss..

<sup>(51)</sup> Cf. *supra*, ponto 3.

<sup>(52)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 22 e ss..

<sup>(53)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 21 e ss..

A Reforma de 2012 veio introduzir alterações neste particular. Assim:

- (i) quanto aos arrendamentos celebrados antes do RAU mantém-se, por força do “novo” artigo 28.º/2 da Lei 6/2006, o regime inicial do NRAU, ou seja, esses arrendamentos não podem ser denunciados pelo senhorio nos termos da alínea c) do artigo 1101.º do CC<sup>(54)</sup>;
- (ii) quanto aos arrendamentos celebrados na vigência do RAU, é aplicável o disposto na alínea c) do artigo 1101.º do CC, salvo se, conforme resulta da alínea c) do artigo 26.º/4, o arrendatário tiver idade igual ou superior a 65 anos ou deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60%<sup>(55)</sup>.

Mantém-se de pé, mas agora com menos força, a dúvida que colocáramos noutra local<sup>(56)</sup> sobre a compatibilidade da solução da alínea c) do artigo 26.º/4 da Lei 6/2006 (redação de 2006) — e, agora, do novo artigo 28.º/2 — com o princípio geral dos contratos, da admissibilidade da denúncia nos contratos de duração indeterminada, princípio esse que constitui matéria de ordem pública contratual<sup>(57)</sup>.

Mantemos, neste particular, a opinião<sup>(58)</sup> de que não há razões substanciais para uma abordagem diversa daquela que era feita no domínio da legislação vinculística, uma vez que o senhorio continua a poder “denunciar” o contrato, *grosso modo* nos termos em que o podia fazer anteriormente, designadamente com fundamento em necessidade para habitação, não tendo a “conversão” do arren-

---

<sup>(54)</sup> Refira-se, porém, que, quanto a estes contratos, o regime plasmado nos novos artigos 30.º a 37.º da Lei 6/2006 abre portas a situações de desvinculação unilateral que, conforme alertámos *supra* (ponto 1/III), não são objeto de análise neste breve estudo.

<sup>(55)</sup> Neste ponto, a solução mostra-se harmónica com a nova redação da alínea a) do artigo 26.º/4.

<sup>(56)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., pp. 22-23.

<sup>(57)</sup> Cf., por todos, MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/P. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*<sup>4</sup>, cit., pp. 631-632.

<sup>(58)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 23.



damento em arrendamento de duração indeterminada alterado relevantemente a sua situação neste particular.

### 5.3. A desvinculação *ad nutum* através de oposição à renovação nos arrendamentos para habitação “de duração limitada”

**I.** Conforme tem sido destacado<sup>(59)</sup>, os arrendamentos de duração limitada a que se refere o artigo 26.º/3 da Lei 6/2006, quer na redação inicial quer na da Reforma de 2012, correspondem aos *arrendamentos de duração limitada* antes disciplinados a partir do artigo 98.º do RAU<sup>(60)</sup>, correspondendo, *grosso modo*, aos *arrendamentos com prazo certo* do NRAU.

Tratava-se de contratos de arrendamento em que, diversamente do quadro geral e comum dos contratos de arrendamento sujeitos ao regime vinculinístico, era livre a denúncia<sup>(61)</sup> não só por parte do arrendatário mas também por parte do senhorio, o qual podia, assim, impedir, tal como aquele, a prorrogação do contrato.

**II.** Ora, na referência a tais contratos de duração limitada, o artigo 26.º/3 da Lei 6/2006, na sua redação inicial, veio dispor no sentido da renovação automática desses contratos, quando não fossem denunciados por qualquer das partes no fim do prazo pelo qual foram celebrados, pelo período de três anos, se outro superior não tivesse sido previsto<sup>(62)</sup>.

A Reforma de 2012 mantém o mesmo regime mas reduz o período supletivo de renovação de três para *dois anos*<sup>(63)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 13 e ss..

<sup>(60)</sup> Sobre estes e respetivo regime, cf. os nossos *Arrendamentos para habitação*<sup>2</sup>, cit., p. 207 e ss..

<sup>(61)</sup> Ou melhor: a chamada *denúncia*, figura que, na “era NRAU”, é designada por *oposição à renovação*.

<sup>(62)</sup> A parte final do artigo 26.º/3 introduziu um regime especial para os arrendamentos para fins não habitacionais, ressalva essa que cai na Reforma de 2012: a primeira renovação seria, para tais arrendamentos, pelo período de cinco anos.

<sup>(63)</sup> Trata-se, aparentemente, de uma alteração destinada a colocar o prazo supletivo de renovação de acordo com o prazo supletivo do artigo 1094.º/3, articulado com o artigo 1096.º/1; cf. *supra*, ponto 4.

Manifestamente, tanto o legislador de 2006 quanto o de 2012 não atualizaram os conceitos introduzidos no Código Civil pelo NRAU, não atualização essa que, presumimos, terá tido o propósito de melhor fazer a “ponte” com o regime anterior, vindo do RAU<sup>(64)</sup>. Na verdade, a “denúncia” a que se refere o artigo 26.º/3 da Lei 6/2006 corresponde à *oposição à renovação* introduzida pelo legislador de 2006, desde logo nos artigos 1054.º e 1055.º, e com expressão também, v. g., nos artigos 1096.º a 1098.º, todos do Código Civil.

Em virtude do regime plasmado no artigo 26.º, aplicável também, por força do artigo 28.º, aos arrendamentos de duração limitada celebrados antes do RAU, é aplicável o regime dos artigos 1097.º e 1098.º do Código Civil<sup>(65)</sup>.

## **6. A desvinculação unilateral *ad nutum* em arrendamentos para fins não habitacionais anteriores à Lei 6/2006**

### **6.1. Introdução**

No que respeita aos arrendamentos para fins não habitacionais, as Normas Transitórias da Lei 6/2006 (epígrafes do capítulo I — artigo 28.º — e capítulo II — artigo 27.º e ss.) dão um relevo central ao Decreto-Lei 257/95, de 30 de setembro: trata-se de um diploma que, entre outros pontos, veio introduzir no RAU a admissibilidade de contratos de duração limitada nos arrendamentos para comércio, indústria, exercício de profissões liberais ou para outros fins não habitacionais<sup>(66)</sup>.

---

(64) Esta presunção de boa vontade não resiste, porém, ao facto de, no próprio Código Civil, o legislador não ter sido plenamente coerente, já que, conforme vimos *supra*, ponto 2/V, a lei utiliza no artigo 1110.º/2 o termo “denúncia” para designar a “oposição à renovação”.

(65) Cf. *supra*, ponto 4. A hipótese de arrendamentos de duração limitada antes da vigência do RAU parece circunscrita aos arrendamentos sujeitos ao regime especial do artigo 31.º e seguintes da Lei 46/85, de 20 de setembro, arrendamentos esses que continuaram sujeitos a tal regime após o RAU; cf. o nosso *Arrendamentos para habitação*<sup>2</sup>, *cit.*, p. 210 e ss.

(66) Deste modo, o legislador de 1995 veio corrigir uma situação paradoxal, já que o que teria sido mais lógico seria o de o pioneirismo nos contratos de duração limitada per-

**6.2.** A desvinculação *ad nutum* através de denúncia nos arrendamentos para fins não habitacionais “sem duração limitada”

**I.** Por força da remissão do artigo 26.º/4 da Lei 6/2006 para as regras aplicáveis aos contratos de duração indeterminada<sup>(67)</sup>, são aplicáveis aos arrendamentos para comércio, indústria, exercício de profissão liberal ou para outros fins lícitos celebrados antes da entrada em vigor da Lei 6/2006 e posteriores ao DL 257/95 o regime dos contratos de duração indeterminada, mas com as ressalvas previstas nas três alíneas desse artigo 26.º/4.

O mesmo regime era aplicável, por força da remissão do artigo 28.º para o artigo 26.º, aos arrendamentos não habitacionais celebrados antes do citado DL 257/95.

Tal como em relação aos arrendamentos para habitação, o artigo 26.º/4 ressaltava, no que à denúncia *stricto sensu* respeita, na sua alínea c), o regime da alínea c) do artigo 1101.º do CC, o qual não se aplicava a tais arrendamentos, independentemente de serem posteriores ao DL 257/95, mas todos eles necessariamente anteriores ao NRAU.

O artigo 26.º/6 da Lei 6/2006, na sua redação original, permitia, porém, o *levantamento* da especificidade da alínea c) do artigo 26.º/4 em duas situações<sup>(68)</sup>: (i) no caso de trespassse ou locação de estabelecimento ocorrido após a entrada em vigor da lei 6/2006; (ii) quando, sendo o arrendatário uma sociedade, ocorresse transmissão *inter vivos* da posição ou posições sociais que determinasse a alteração de titularidade em mais de 50% face à situação existente aquando da entrada em vigor da lei.

Estas duas alíneas, sobre as quais já se pronunciou abundante literatura<sup>(69)</sup>, permitiam, assim, digamos, verificando-se os eventos

---

tencer aos arrendamentos não habitacionais que não aos habitacionais; cf. o nosso *Arrendamentos para habitação*<sup>2</sup>, cit., p. 208.

<sup>(67)</sup> Cf. *supra*, ponto 3; cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 13 e ss..

<sup>(68)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 24 e ss. e doutrina aí citada; cf. também PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano, II*<sup>5</sup>, cit., p. 998 e ss..

<sup>(69)</sup> Cf., por todos, PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano, II*, cit.,

aí descritos, romper o vinculismo transitoriamente mantido e, desse modo, (re)aplicar a alínea *c*) do artigo 1101.º do Código Civil.

**II.** A Reforma de 2012 veio, no cumprimento da sua missão de esbater os traços de vinculismo mantidos pela Lei 6/2006, através da alteração de redação aos artigos 26.º e 28.º da Lei 6/2006, mexer com este quadro.

Na verdade, passa a ser necessário distinguir, dentro dos arrendamentos para fins não habitacionais, entre os celebrados antes do DL 257/95 e os celebrados depois deste diploma. Quanto aos celebrados depois do DL 257/95, é praticamente reposta a aplicação da alínea *c*) do artigo 1101.º do CC, o que é feito através de duas medidas:

- (i) a inaplicação da alínea *c*) do artigo 1101.º do CC é limitada aos casos em que o arrendatário tenha idade igual ou superior a 65 anos ou deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60%; e
- (ii) é revogado o artigo 26.º/6 da Lei 6/2006, revogação que constitui, de resto, uma consequência lógica da alteração de redação da alínea *c*) do artigo 26.º/4.

Quanto aos contratos de arrendamento para fins não habitacionais celebrados antes do DL 257/95, dispõe o novo artigo 28.º/2 que não é aplicável o disposto na alínea *c*) do artigo 1101.º do CC, replicando, assim, o regime que constava da alínea *c*) do primitivo artigo 26.º/4 da Lei 6/2006, aplicável por força da remissão do artigo 28.º também primitivo. Isto significa a manutenção do regime vinculístico no que à denúncia se refere, manutenção essa que, no entanto, surge claramente atenuada pelas situações de desvinculação unilateral propiciadas pelo regime consagrado nos artigos 50.º a 54.º, na redação de 2012, cuja análise não cabe nestas linhas.

O novo artigo 28.º/2 é, depois, complementado por novas previsões, constantes dos artigos 28.º/3 e 28.º/4 que, de certo modo, retomam as situações antes previstas no revogado artigo 26.º/6.

Na verdade, por força do artigo 28.º/3<sup>(70)</sup>, a antecedência para denúncia pelo senhorio, nos termos da alínea *c*) do artigo 1101.º do CC — antecedência que, como sabemos é de dois anos<sup>(71)</sup> — é elevada para *cinco anos* quando:

- a) ocorra trespasse, locação de estabelecimento ou — no que constitui uma inovação, pelo menos literal, face à anterior previsão da alínea *a*) do artigo 26.º/6<sup>(72)</sup> — cessão do arrendamento para o exercício de profissão liberal; ou
- b) sendo o arrendatário uma sociedade, ocorra transmissão *inter vivos* de posição ou posições sociais que determine a alteração da titularidade em mais de 50%.

Esclarece o artigo 28.º/4 que o regime especial previsto no artigo 28.º/3 é aplicável quando as situações referidas nas suas alíneas ocorrerem após a entrada em vigor da Lei 6/2006<sup>(73)</sup>.

**III.** A remissão do artigo 26.º/4 para os arrendamentos de duração indeterminada está pensada em função das situações comuns em que os arrendamentos (vinculísticos) celebrados antes da entrada em vigor da Lei 6/2006 eram celebrados por prazos curtos, de seis meses ou um ano, aplicando-se, a partir daí, a lógica da renovação automática com a quase impossibilidade de o senhorio denunciar o contrato.

Mas havia também arrendamentos sujeitos ao regime vinculístico celebrados por prazos longos, arrendamentos esses que vinculavam o arrendatário por toda a duração do contrato e que impu-

---

<sup>(70)</sup> Da (pouco feliz) redação do artigo 28.º/3 resulta, segundo interpretamos, que, em relação a arrendamentos para fins não habitacionais, cessa (para usarmos a expressão que constava do revogado artigo 26.º/6) o disposto no artigo 28.º/2 e é elevada para cinco anos a antecedência a que se refere a alínea *c*) do artigo 1101.º do CC quando ocorra qualquer das situações previstas nas suas alíneas.

<sup>(71)</sup> Cf. *supra*, ponto 3.2.

<sup>(72)</sup> Cf., v. g., MENEZES LEITÃO, *Arrendamento urbano*<sup>4</sup>, cit., p. 181.

<sup>(73)</sup> Mais concretamente: após a entrada em vigor da Lei 6/2006, que não após a entrada em vigor da Lei 31/2012, que deu nova redação ao artigo 28.º da Lei 6/2006. Assim, tendo, v. g., o trespasse ocorrido em 2010, a antecedência mínima para a denúncia pelo senhorio, nos termos da alínea *c*) do artigo 1101.º do CC, continua a ser a que vigorava à data (cinco anos), que não a nova antecedência de dois anos resultante da redação dada pela Reforma de 2012 àquela alínea *c*); cf. *supra*, ponto 3.3.

nham também ao senhorio essa mesma duração, ainda que necessitasse do locado para a sua habitação.

Ora, ao mandar aplicar a tais arrendamentos o regime dos contratos de duração indeterminada, o arrendatário passa a poder denunciar o contrato nos termos do artigo 1100.º/1 e o senhorio passa a poder denunciar o mesmo nos termos da alínea c) do artigo 1101.º, ambos do Código Civil, isto num quadro em que, não fora o “aparecimento” da Lei 6/2006, nenhuma dessas desvinculações seria possível.

A questão que se coloca é a de saber se a remissão do artigo 26.º/4 para o regime dos arrendamentos de duração indeterminada não deverá ser interpretada restritivamente, pelo menos nos arrendamentos para fins não habitacionais<sup>(74)</sup>.

No domínio da primitiva redação do artigo 26.º da Lei 6/2006 defendemos<sup>(75)</sup> que, conjugando o regime anterior ao NRAU com a ampla admissibilidade dada no artigo 1110.º/1 às partes para regularem a duração, a denúncia e a oposição à renovação do contrato, a remissão do artigo 26.º/4 deveria ter o sentido de esses contratos — convertidos, embora, em arrendamentos de duração indeterminada — não poderem ser denunciados pelo arrendatário antes de decorrido o prazo antes contratado. Naturalmente que, como consequência lógica desta posição, também ao senhorio seria impedida a denúncia do contrato de arrendamento, nos termos da alínea c) do artigo 1101.º do CC antes do decurso do prazo de contrato fixado pelas partes, no domínio do RAU (ou anterior).

Face ao teor da Reforma de 2012, não mantemos aquele entendimento. Na verdade, tendo o legislador adotado praticamente e no essencial a redação anterior e tendo o mesmo repensado o quadro em que as partes se podem desvincular — o que é manifesto na nova redação dada à alínea c) do artigo 26.º/4 e nos arti-

---

<sup>(74)</sup> Quanto aos arrendamentos para habitação, admitimos que o legislador tenha pretendido, já em 2006, que, em sede de denúncia pelo arrendatário habitacional, não subsistissem diferenças de regime entre os arrendamentos anteriores ao NRAU e os novos arrendamentos; cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., p. 16.

<sup>(75)</sup> Cf. o nosso *Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento*, cit., pp. 16-17.

gos 28.º/2 e 28.º/3, bem como na revogação do artigo 26.º/6, todos da Lei 6/2006, a que acrescem as situações desvinculativas propiciadas pelo regime dos artigos 50.º a 54.º — parece ser de entender que a opção legislativa é efetivamente no sentido de desconsiderar os termos dos contratos de arrendamento vinculísticos anteriores, não obstante o facto de as opções então tomadas terem sido norteadas pelo princípio da liberdade contratual. A “sindicação” da opção legislativa, a ser possível, só pode ter lugar em sede constitucional.

### 6.3. A desvinculação *ad nutum* através de oposição à renovação nos arrendamentos para fins não habitacionais “de duração limitada”

O novo artigo 26.º/3 da Lei 6/2006 — já analisado *supra*<sup>(76)</sup> — é também aplicável aos arrendamentos para fins não habitacionais celebrados após o DL 257/95<sup>(77)</sup>: continuando o regime que vinha do NRAU, qualquer das partes pode opor-se à renovação do contrato no fim do prazo pelo qual foi celebrado. No caso de não ter havido tal “denúncia”, os contratos renovam-se pelo período de dois anos ou outro superior se tiver sido previsto.

Quanto à antecedência mínima para a oposição à renovação, valerá o regime consagrado nos artigos 1097.º e 1098.º do CC, consoante se trate, respetivamente, de oposição à renovação pelo senhorio ou pelo arrendatário.

*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,  
15 de outubro de 2012.*

---

<sup>(76)</sup> Cf. *supra*, ponto 5.3.

<sup>(77)</sup> Conforme vimos acima, a admissibilidade de arrendamentos de duração limitada para fins não habitacionais só foi adotada com o DL 257/95; cf. também os nossos *Arrendamentos para habitação*<sup>2</sup>, p. 207 e ss..





# ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA NA REVISÃO DO PROCESSO CIVIL DE 2012

*Pelo Prof. Doutor João Paulo Remédio Marques(\*)*

## *SUMÁRIO:*

**I.** Introdução. Razão de ordem. **II.** A proposta de redacção. **III.** A Teleologia e análise do regime proposto. A adequação da jurisdição voluntária. **IV.** Características gerais das ameaças ou das ofensas já consumadas e do Processo Especial de Tutela da Personalidade. **1.** Ofensa directa e ilicitude da ofensa. **2.** A gravidade da ameaça e a dispensa de culpa do demandado. **3.** Fungibilidade por providência cautelar inominada? **V.** A tramitação. **VI.** A impugnação da decisão e o regime da execução. **VII.** Conclusão.

## **I. Introdução. Razão de ordem**

Os *direitos de personalidade* constituem um conjunto de *direitos subjectivos*, que incidem sobre a própria pessoa humana ou sobre alguns modos de ser fundamentais, físicos ou morais, da personalidade, inerentes à pessoa humana. Noutra formulação, estas posições jurídicas subjectivas traduzem os direitos das pessoas,

---

(\*) Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.

(<sup>1</sup>) MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, Tomo III, 2001, Coimbra, Almedina, pp. 32 e 33; PAULO MOTA PINTO, “Os Direitos de Per-

que tutelam bens ou interesses da personalidade e exprimem o *minimum* necessário e imprescindível da personalidade humana<sup>(1)</sup>.

As linhas que seguem destinam-se a apresentar, explicitar e justificar, de uma forma sucinta, o regime proposto pela Comissão de Revisão do Processo Civil<sup>(2)</sup>, em matéria de *tutela da personalidade humana*.

O n.º 2 do art. 70.º do Código Civil, no domínio da tutela dos direitos de personalidade, prevê o direito de solicitar providências tendentes a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Para alcançar essa forma de tutela, actualmente, os meios processuais ajustados são, independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, o *procedimento cautelar comum* e o *processo especial de jurisdição voluntária* previsto nos artigos 1474.º e 1475.º do CPC. Nestes últimos processos, além da intimação ao lesante para que cesse a conduta ofensiva dos seus direitos, ou se abstenha de a iniciar, pode o lesado requerer uma multiplicidade de providências que consistam na imposição ao lesante de actuações positivas ou negativas, a título definitivo, e não apenas *provisoriamente*, como ocorre, ainda hoje, com os *procedimentos cautelares*.

Todavia, o actual regime jurídico previsto nos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil (CPC) padece de uma notória e consensual exiguidade applicativa e de um diminuto *sector normativo* da realidade que é susceptível de atingir. Ademais, os lesados (ou ameaçados de lesão iminente) veem-se, não raras vezes, na necessidade de instaurar *providência cautelar inominada*, a fim de acautelar o *periculum in mora*.

---

sonalidade no Código Civil de Macau”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI (2000), Coimbra, pp. 205-211.

(2) A (1.ª) Comissão de Revisão do Processo Civil foi constituída em Dezembro de 2009, no âmbito do XVIII Governo Constitucional (cujos trabalhos decorreram entre Dezembro de 2009 e Dezembro de 2010), tendo os membros desta Comissão (incluindo o autor deste pequeno estudo) sido reconduzidos pelo actual XIX Governo Constitucional, numa nova Comissão de Revisão (entre Agosto de 2011 e Dezembro de 2011), cujo projecto esteve em discussão pública e se encontra em sede de apreciação parlamentar.

## II. A proposta de redacção

Face às apontadas debilidades, a Comissão de Revisão do Processo Civil desenhou e aprovou a seguinte proposta de redacção de um novo regime da *tutela geral da personalidade humana*:

### ARTIGO 1025.º

#### **Pressupostos**

Pode ser requerido o decretamento das providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral do ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida.

### ARTIGO 1026.º

#### **Termos posteriores**

1. Apresentado o requerimento com o oferecimento das provas, se não houver motivo para o seu indeferimento liminar, o tribunal designa imediatamente dia e hora para o julgamento.

2. A contestação é apresentada na própria audiência, na qual, se tal se mostrar compatível com o objecto do litígio, o tribunal procurará conciliar as partes.

3. Na falta de alguma das partes ou se a tentativa de conciliação se frustrar, o tribunal ordena a produção de prova e, de seguida, decide, por sentença, sucintamente fundamentada.

4. Se o pedido for julgado procedente, o tribunal determina o comportamento concreto a que o requerido fica sujeito e, sendo caso disso, o prazo para o cumprimento, bem como a sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

5. Pode ser proferida uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo, se o requerimento permitir reconhecer a possibilidade de lesão eminente e irreversível da personalidade física ou moral e se, em alternativa:

- a) O tribunal não puder formar uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa;
- b) Razões justificativas de especial urgência impuserem o decretamento da providência sem prévia audiência da parte contrária.

6. Quando o réu não tiver sido ouvido antes da decisão provisória, aquele poderá contestar, no prazo de 20 dias, a contar da notificação da decisão, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos números 1 a 4.

### ARTIGO 1027.º-A

#### **Regimes especiais**

1. Os recursos interpostos pelas partes devem ser processados como urgentes.

2. A execução da decisão é efectuada oficiosamente e nos próprios autos, sempre que a medida executiva integre a realização da providência decretada, e é acompanhada da imediata liquidação da sanção pecuniária compulsória.

---

(<sup>3</sup>) Por exemplo, não pode usar-se o procedimento cautelar de *embargo de obra nova* para tutelar direitos de personalidade, o qual somente se acha predisposto a tutelar a ofensa a direitos reais de gozo ou a posse — já, assim, acórdão do STJ, de 14/01/1997 (MACHADO SOARES), proc. n.º 96A760, in: <<http://www.dgsi.pt>>.

(<sup>4</sup>) ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004, pp. 250-257.

### III. Teleologia e análise do regime proposto. A adequação da jurisdição voluntária

O regime jurídico objecto desta proposta de alteração dos artigos 1025.º e 1026.º do CPC visa alargar o *sector normativo* da tutela da *personalidade humana* e a *eficácia irradiante* dessa tutela, no que respeita às faculdades jurídicas processuais postas ao serviço das *pessoas humanas*(<sup>5</sup>).

Um dos problemas que os direitos de personalidade convocam é o da prevalência, que se coloca, quer nos casos de *conflitos de direitos de personalidade* entre si, quer nas hipóteses de colisão entre direitos de personalidade e quaisquer outros direitos ou bens de natureza diferente. Noutros casos, estar-se-á perante um problema de *determinação do conteúdo e limites de direitos de personalidade* invocados pelas partes e da sua *recíproca delimitação*(<sup>6</sup>). É sabido que o problema deve ser resolvido com recurso ao instituto da *colisão* ou *conflito de direitos*, de harmonia com uma ideia de *harmonização* ou *concordância prática* de direitos e, no caso de tal se revelar necessário, na *prevalência* de um direito ou bem em relação a outro.

A tutela, ainda que puramente cível e cautelar, envolve em muitos casos, necessariamente, a restrição, desde que *proporcional* e *justificada*, de direitos do lesante: na colisão entre os direitos do lesado e do lesante devem prevalecer os direitos do primeiro, *maxime*, nos casos em que o exercício dos direitos do último é causa ilícita de lesão dos direitos do primeiro.

Se é verdade que esta renovação da tutela processual da personalidade humana é formalmente inserida (*scilicet*, se é claro que tal tutela é mantida) no quadro da *jurisdição voluntária*, não se coloca, ao que creio, qualquer problema quanto à realização de eventuais *juízos de ponderação de bens* e de *concordância prática*, especialmente nos casos de *colisão de direitos* invocados pelas partes ou de *recíproca delimitação do conteúdo de direitos de personalidade* *confli-*

---

(<sup>5</sup>) Por exemplo, direito à honra do lesado e o direito à livre circulação do lesante.

(<sup>6</sup>) LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 16, nota 13.

(<sup>7</sup>) REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 118.

*tuantes*<sup>(5)</sup>. Isto é especialmente importante os casos de litígios envolvendo direitos de personalidade em situações jurídicas “poligonais” (v.g., proprietário do prédio onde sejam afixadas mensagens ofensivas ao ofendido e alegado autor das mensagens; titular da infraestrutura digital, provedor dos serviços de Internet, responsável pelo armazenamento das mensagens ilícitas, lesado, etc.), aí onde deixa de haver dúvida quanto à *legitimidade processual* para a sua presença em juízo, ainda que por via do incidente da *intervenção principal*, atento o ponderoso interesse em contradizer de tais sujeitos.

Não se objecte dizendo que nos processos de *jurisdição voluntária* o legislador não pressupõe a existência de um *conflito de interesses*, mas apenas visa a tutela de *um interesse* ou de *um feixe de interesses*. O que, nesta perspectiva, tornaria praticamente inaplicável tal regime à protecção dos direitos de personalidade perante agressões de terceiros, cuja posição jurídica bem pode achar-se alicerçada em outros tantos direitos de personalidade ou direitos fundamentais.

Na verdade, não é apodíctico que todos os processos *formalmente* inseridos, pelo legislador, no capítulo da denominada *jurisdição voluntária* visam a tutela de *um específico interesse* ou de *um feixe de interesses*, aí onde a actuação do tribunal é materialmente administrativa. Isto porque, pelo contrário, muitos processos de *jurisdição voluntária* pressupõem ou convocam, do ponto de vista substancial, um verdadeiro *conflito de interesses*<sup>(6)</sup> — traduzindo, por isso, um *processo de adversários* e, logo, uma lógica adversarial —, pese embora o seu regime jurídico adjectivo esteja previsto neste capítulo do CPC.

Creio, na verdade, que *alguns* processos classificados pelo CPC como de jurisdição voluntária constituem, *substancialmente*,

---

(8) Esta conclusão conduz-nos a uma outra consequência, qual seja a da validade de *convenção de arbitragem* que atribua a *tribunal arbitral* competência para apreciar e julgar uma alegada ofensa à personalidade humana, mesmo que as partes não tenham acordado que esse julgamento possa ocorrer com recurso à *equidade*. Além disto, avulta uma outra consequência: o juiz, caso aprecie e julgue o litígio no âmbito de um *poder vinculado*, não pode, discricionariamente, investigar ou ordenar a realização de diligências para além das que possam ser enquadradas no pedido do autor e nas ocorrências da vida real por este alegadas.

processos de *jurisdição contenciosa*, têm na sua base um *conflito de interesses*<sup>(7)</sup> e permitem a justa composição de interesses e direitos contrapostos dos litigantes, diferentemente da *jurisdição voluntária*, que visa essencialmente promover a realização de interesses privados não organizados em conflito. Será o caso dos processos que visam o *exercício de direitos sociais* e este outro processo de *tutela da personalidade*<sup>(8)</sup>.

A estas considerações acrescem duas outras vantagens em situar a tutela da personalidade humana neste título do CPC: por um lado, *critérios de decisão* postos à disposição do Tribunal gozam de *carta de alforria* relativamente aos critérios de *legalidade estrita*, uma vez que aqueles pautam-se por *juízos de oportunidade* ou de conveniência na prolação das suas resoluções assim melhor adequadas ao caso concreto; por outro, o *princípio do inquisitório* é mais intenso, em particular no domínio da *instrução probatória*. O que também se justifica, de certo modo, em atenção à verificação de lesões iminentes e irreversíveis, bem como à eventual urgência que impuser o decretamento de providência sem prévia audiência da parte contrária.

## 1. O objecto da protecção: a personalidade humana

A nova redacção proposta para o novo artigo 1025.º inspira-se no artigo 109.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais.

No essencial, esta proposta tenta resolver os desafios colocados pelo n.º 5 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa no que tange às *providências cíveis destinadas à defesa de direitos de personalidade* (ou do *direito geral de personalidade*, como muitos preferem). Muitos *direitos fundamentais* são *direitos*

---

<sup>(9)</sup> Acórdão do STJ, de 2/7/2009 (SANTOS BERNARDINO), proc. n.º 09B0511, in: <<http://www.dgsi.pt>>.

<sup>(10)</sup> As pretensões indemnizatórias deverão ser deduzidas com base em *responsabilidade civil extracontratual* ou *delitual*, nos termos do artigo 483.º do Código Civil, em acção com processo comum. Em sentido próximo, cf. o acórdão do STJ, de 26/06/2007 (ÚRBANO DIAS), proc. n.º 07A2022, in: <<http://www.dgsi.pt>>.

*especiais de personalidade*; mas há *direitos fundamentais tipificados* que somente podem ser *civilmente* enquadrados mediante o recurso ao direito geral de personalidade (v.g., identidade e autodeterminação genética e informativa).

---

(11) Às pessoas humanas e, provavelmente, aos *nascituros já concebidos* nas pretensões de tutela da sua personalidade e da *spes vitae* que incarnam, ainda que esta tutela seja qualificada, por muitos autores, como uma tutela *fracionada* ou *fragmentária*. O n.º 2 do artigo 71.º do Código Civil, que desfruta de um alcance instrumental em relação ao que se prescreve no seu n.º 1, determina as pessoas com legitimidade processual para requererem as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior, quais sejam: o cônjuge sobrevivente, os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os sobrinhos ou herdeiros do falecido. Resulta deste normativo que a legitimidade a que se reporta desconsidera a *posição jurídica de herdeiro* em relação à pessoa falecida à qual foi dirigida a ofensa, mas tem por relevante a proximidade familiar ou presumivelmente afectiva. A referida legitimidade inscreve-se na titularidade das pessoas mencionadas naquele normativo, isto é, trata-se, segundo creio, de interesses em agir próprios funcionalmente dirigidos à protecção de vertentes da personalidade do defunto, que, por força da lei, dele se *destacaram* ou *separaram* para além da morte. O referido normativo circunscreve a mencionada legitimidade processual dos vivos para proteger a memória dos mortos às providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da que já esteja consumada. É uma limitação que exclui a primeira parte do n.º 2 do artigo 70.º do Código Civil, ou seja, a que se refere à salvaguarda da responsabilidade civil a que haja lugar. Daqui resulta, da conjugação das normas dos n.os 2 do artigos 70.º e 71.º do Código Civil, a conclusão no sentido de que as pessoas legalmente legitimadas para requerer as aludidas providências não o são para formular algum pedido de indemnização ou de compensação no quadro da responsabilidade civil, seja com base na ofensa à pessoa falecida, seja por virtude de sofrimento próprio derivado dessa ofensa. Neste sentido, acórdão do STJ, de 18/10/2007 (SALVADOR DA COSTA), proc. n.º 07B3555, in: <<http://www.dgsi.pt>>. Iguualmente, no sentido de que o n.º 2 do artigo do Código Civil tutela um *interesse próprio de pessoas vivas* contra a ofensa à dignidade de um seu parente já falecido e o respeito pelos mortos, “como valor ético e subjectivamente a defesa da inviolabilidade moral dos seus familiares e herdeiros”, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 51-52; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito civil*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. I, 1978, pp. 100-101; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral d Direito Civil*, Vol. I, 3.ª edição, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001, p. 205; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, por PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 211; PAULO MOTA PINTO, “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 69, 1993, p. 555 ss., nota 184. Aos *animais não humanos* não aproveita, *directamente*, esta tutela processual. Porém, não obstante os seres humanos tenham ponderosos *deveres* para com os outros animais, há *bens de personalidade* cuja realização adequada passa pelo contacto do titular desses bens com animais (*maxime*, de companhia), cuja privação ou condicionamento de acesso ou utilização pode desencadear esta tutela processual.



De acordo com o n.º 2 do art. 70.º do Código Civil, no domínio da tutela dos direitos de personalidade, um alegado lesado desfruta do direito de solicitar providências tendentes a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Para alcançar essa forma de tutela, os meios processuais ajustados são, independentemente da *responsabilidade civil* a que haja lugar, o *procedimento cautelar comum* e o *processo especial de jurisdição voluntária* previsto nos actuais arts. 1474.º e 1475.º do CPC, no qual, além da intimação ao lesante para que cesse a conduta ofensiva dos seus direitos, pode o lesado requerer uma multiplicidade de providências que consistam na imposição ao lesante de actuações positivas. Estas providências são decretadas a *título definitivo* e não simplesmente provisório, como decorreria da *tutela cautelar*<sup>(9)</sup>.

O regime jurídico proposto privilegia, como se vê, uma tutela definitiva processual *geral* da personalidade humana *fora das pretensões indemnizatórias*. De facto, o autor fica impedido, face a uma violação iminente ou consumada de direitos de personalidade, de cumular, *no âmbito deste processo especial*, o pedido de condenatório na abstenção de conduta ou na cessação de comportamento com um pedido indemnizatório de reparação dos danos<sup>(10)</sup>.

Daí que a proposta de revogação dos actuais n.ºs 2 e 3 do artigo 1475.º visa confirmar o alcance geral da *tutela dos bens da personalidade*, para a qual é supérfluo e contraproducente prever, para os casos particulares actualmente referidos nestes dois números, regras relativas à *legitimidade processual passiva*.

Convém precisar que — sem recearmos infringir o *núcleo essencial do princípio da igualdade* — esta tutela processual especial somente aproveita às *pessoas humanas*<sup>(11)</sup>.

Como é sabido, às *pessoas colectivas* é admissível o reconhecimento de conteúdos devidamente adaptados do direito geral de personalidade das pessoas humanas, que não sejam inseparáveis

---

(12) FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 363 ss.; MARIA MANUELA VELOSO, “Danos não patrimoniais a sociedade comercial?”, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18, 2007, p. 29 e ss.

destas últimas e se mostrem compatíveis com a natureza das pessoas colectivas e, portanto, se surpreendem como direitos necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins, tais como o direito ao bom nome, o direito de associação, a inviolabilidade da sede, o segredo de correspondência e de telecomunicações. Inclusive, deve admitir-se a reparação de danos não patrimoniais a pessoas colectivas quando exista ofensa ao crédito ou ao bom nome<sup>(12)</sup>. Todavia, mesmo que as ofensas deste tipo fossem dirigidas a pessoas humanas, a reparação dos danos somente poderá ser lograda no quadro de *acções de responsabilidade civil com processo comum*.

Observe-se, desde já, que o *facto voluntário e ilícito* que pode estar na origem do decretamento destas providências não implica que haja *culpa* por parte do demandado, nem que da ofensa ou da ameaça de ofensa da personalidade resultem *danos* para o autor. A produção destes danos é indispensável em acções de responsabilidade civil onde se peticiona indemnização, não sendo, como referi, requisito da tutela processual especial da personalidade prevista no CPC.

#### **IV. Características gerais das ameaças ou das ofensas já consumadas e do processo especial de tutela da personalidade**

Na redacção proposta para o novo artigo 1025.º estão em causa as *providências cíveis de prevenção e de sancionamento de ameaças de ofensas* à personalidade humana.

Embora o casuísmo seja inabarcável, visa-se, por exemplo, a *proibição* ou a *inibição*:

- de acesso a registos de informações ou dados da vida privada;

---

<sup>(13)</sup> Neste sentido, veja-se o acórdão da Relação de Lisboa, de 27/10/2010 (HENRIQUE ANTUNES), proc. n.º 18645/10.9T2SNT.L1-2, in <<http://www.dgsi.pt>>.

- de utilização, reprodução ou divulgação abusiva de imagem alheia;
- de publicação não autorizada, de cartas ou outros escritos confidenciais;
- da realização de reunião ou assembleia;
- da publicação de livros, filmes ou outras criações intelectuais lesivas de direito de autor ou que contenham graves ofensas à identidade ou à honra;
- da colocação de máquinas ou maquinismos produtores de ruídos, cheiros, fumos, etc.
- de condutas alegadamente ofensivas da honra, bom nome ou reputação (v.g., proibir que o demandado se aproxime a menos de  $X$  metros do autor ou de certo local, ou a não contactar com o autor; de não remeter, por escrito, oralmente ou outra forma, comunicação cujo conteúdo seja injurioso para o autor; de não se manifestar em público sobre factos ou circunstâncias íntimas ou vexatórias para o autor; de ordenar ao demandado para se abster de perturbar a liberdade de determinação e de movimentos do autor e o seu sossego e tranquilidade, designadamente, cessando imediatamente os telefonemas e o envio de mensagens ou quaisquer manifestações junto do domicílio daquele<sup>(13)</sup>, etc.)

Ademais, estou a pensar, igualmente, nas *providências civis de atenuação* (ou de cessação imediata) *de ofensas já consumadas*, como, por exemplo:

- a cessação de captações sonoras ou audiovisuais;

---

(14) É claro que estes limites definidos na lei apenas são os considerados como os *razoáveis*, perante uma *situação normal*. Isso não significa que tais ruídos não provoquem danos em determinadas pessoas (v.g., ansiedade, dificuldade em adormecer, irritação, cansaço). Se tal suceder, o autor da providência de tutela da personalidade, poderá obter uma reparação pecuniária. Todavia, só pode fazê-lo no quadro de uma *acção com processo comum*.

(15) Cf., em concreto, o recente acórdão da Relação de Guimarães, de 24/4/2012 (ESPINHEIRA BALTAR), proc. n.º 1116/05.2TBEPS.G1, in: <<http://www.dgsi.pt>>.

- a eliminação de registos ou de ficheiros, em linha, fora de linha, materiais ou digitais;
- a cessação da ofensa ao direito moral de autor;
- a apreensão, destruição ou inutilização de imagens ou fotografias ilicitamente captadas;
- a eliminação de cheiros, ruídos ou fumos;
- a imposição do dever de intervir, com pessoal qualificado para lidar com multidões, dentro dos espaços de entrada e saída do edifício onde funciona estabelecimento de diversão, de serviços religiosos, ou de prática de desporto, bem como nos respectivos parques de estacionamento, a fim de evitar a causação de ruídos que excedam os permitidos pela lei<sup>(14)</sup>, ou outros comportamentos que perturbem o descanso do autor<sup>(15)</sup>;
- a condenação na declaração de desmentido;
- a condenação na publicação de rectificação ou de divulgação de escrito;
- a condenação na cessação de ofensas à vida, integridade física, bom nome, reputação, identidade ou intimidade da vida privada, ou à liberdade das pessoas;
- a condenação na cessação da ofensa a outros *bens pessoais não tipificados*, protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça assumem um significado ilícito com a evolução da ciência e da tecnologia (v.g., identidade

---

(16) No sentido em que a circunstância de os factos também assumirem uma *natureza criminal* não é de molde a recusar a providência cautelar, cf., o recente acórdão da Relação de Coimbra, de 15/05/2012 (JORGE ARCANJO), proc. n.º 322/12.8T2AVR.C1, in: <<http://www.dgsi.pt>>.; já, assim, no mesmo sentido, por ex., Acórdão da Relação de Lisboa, de 18/9/2007 (FOLQUE MAGALHÃES), proc. n.º 6973/2007; *idem*, de 27/10/2010 (HENRIQUE ANTUNES), proc. n.º 18645/10.9T2SNT.L1-2, in <<http://www.dgsi.pt>>.

(17) Neste sentido, cf. o citado acórdão da Relação de Lisboa, de 29/07/2009 (FOLQUE MAGALHÃES), proc. n.º 6973/2007-1, in: <<http://www.dgsi.pt>>.

(18) Com efeito, uma enumeração precisa e minuciosa ou uma descrição típica das condutas objecto da condenação (*maxime*, em inibição) permite mais facilmente ao lesante tornar a condenação em obrigação de não fazer.

e autodeterminação genética, autodeterminação informacional, etc.).

- a condenação na comunicação de factos a terceiros, ou de publicação nos meios de comunicação social, etc.

Observe-se que a circunstância dos factos imputados ao demandado também assumirem *natureza criminal* não deve impedir a tutela por meio destas providências cíveis, nem, tão pouco, obsta à tutela por via de *providências cautelares*<sup>(16)</sup>. Não se verifica a *consumpção* da *tutela cível* dos direitos de personalidade pela *tutela penal*. Até porque algumas das condutas para cuja inibição se pede a condenação do tribunal não constituem *factos típicos criminalmente puníveis*.

Decisivo para o efeito da boa ou da má qualificação da medida de tutela da personalidade requerida, quer nos termos do art. 70.º do Código Civil, quer nos termos do art. 381.º do actual C.P.C., é a sua *adequação às concretas circunstâncias do caso*, de modo a assegurar a efectividade do direito ameaçado ou a remoção da lesão já consumada<sup>(17)</sup>.

Por vezes, é aconselhável pedir e dotar a condenação de inibição em conduta imposta ao lesante (obrigação de *non facere*) com um amplo espectro, susceptível de abranger um amplo leque de possíveis actividades lesivas. É, por vezes, desaconselhável pedir e condenar em *específicos* deveres de fazer ou de não fazer. Essa amplitude justifica-se, não raras vezes, pelo carácter não vinculado dos comportamentos lesivos dos direitos para cuja tutela é decretada a medida de tutela da personalidade<sup>(18)</sup>. É que esta medida de tutela dos bens da personalidade deve ser decretada em *função do resultado* dos comportamentos (do lesante) para cuja prática o tribunal determine uma proibição.

De resto, é inquestionável, tanto hoje como no passado, a faculdade de peticionar e impor *sanção pecuniária compulsória*

---

(19) FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1968, p. 387, sustentando que a ameaça deve ter um *mínimo de gravidade*.

(20) RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 475.

por cada conduta ou comportamento judicialmente proibido ou inibido, uma vez que o efeito jurídico pretendido pelo autor, nestes processos de tutela da personalidade, consiste, as mais das vezes, em prestações de *facere* ou de *non facere* infungíveis.

## 1. Ofensa directa e ilicitude da ofensa

A ofensa deverá ser *ilícita* e tais factos devem violar a personalidade juridicamente tutelada. Por outro lado, exige-se a adequação da providência cível às *circunstâncias de cada caso concreto*, mesmo que não tipificadas no artigo 70.º do Código Civil. Pode discutir-se, no que às providências cíveis preventivas diz respeito, se deve ser *significativo o mal cominado* e ponderável o *receio ou o medo* pela sua cominação.

O exigir-se que a ameaça à *personalidade humana* seja *directa* visa impedir a protecção, por esta norma, das *agressões patrimoniais das quais resultem danos não patrimoniais*.

## 2. A gravidade da ameaça e a dispensa de culpa do demandado

Embora não se proponha, expressamente, que a ameaça seja *grave*, a doutrina [Prof. PESSOA JORGE<sup>(19)</sup>, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA<sup>(20)</sup>] já se encarregou de esclarecer que deve ser *significativo o mal cominado* e ponderável (ou razoável) o receio, o medo

---

(21) RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito geral de Personalidade*, cit., 1995, p. 473; Já assim, MANUEL DE ANDRADE, “Esboço de um Anteprojecto de Código das Pessoas e da Família. Parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade e ao domicílio”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 102.º, p. 156, § 2 do art. 6.º do Anteprojecto.

(22) RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., 1995, pp. 485-488.

(23) REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª edição, 2011, cit., p. 183; RUI PINTO, *Critérios judiciais de convalidação não homogénea pelo art. 16.º do Regime Processual Civil Experimental*, in: <[http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=yrgXkKzX\\_9k%3D&tabid=332](http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=yrgXkKzX_9k%3D&tabid=332)>, p. 6 ss.

ou a perturbação pela sua cominação — por, designadamente, a própria ameaça, em si mesma, poder ser fonte de perturbação ou de humilhação do ameaçado.

Note-se, porém, que, pretendendo o lesado obter uma *indenização* por danos (patrimoniais e não patrimoniais), está-lhe apenas aberta a via da instauração de uma *acção de condenação com processo comum* — quer a fonte do dever de indemnizar seja a responsabilidade civil pelo *risco* ou a responsabilidade civil por factos *ilícitos*.

O facto jurídico voluntário e ilícito de que pode resultar o actuar desta tutela processual especial da personalidade humana não importa a verificação de *culpa* por parte do demandado<sup>(21)</sup>, já que os pressupostos das providências previstas no.º 2 do artigo 70.º do Código Civil e actuadas processualmente por meio deste processo especial não se confundem com os pressupostos da responsabilidade civil consignados no artigo 483.º do mesmo Código.

### 3. Fungibilidade por providência cautelar inominada?

---

<sup>(24)</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral da Personalidade*, cit., 1995, p. 485 ss.

<sup>(25)</sup> Nos termos da proposta de redacção do artigo 372.º:

1 — Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decrete a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

2 — A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada.

3 — Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão proferida sobre a questão.

No mais, de acordo com o proposto n.º 1 do artigo 374.º, “Logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a admonição de que, querendo, deverá intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como solução ou composição definitiva do litígio”.

O processo de tutela da personalidade já constitui, actualmente, uma verdadeira *acção* e não um *procedimento cautelar*. É, por isso, já hoje, admissível a antecipação da tutela jurisdicional que se dispensa à personalidade através do decretamento de uma *providência cautelar*<sup>(22)</sup>. Com o que assim temos, ainda que em moldes diversos dos que estão actualmente previstos no regime processual civil experimental (art. 16.º), a *convolação de um meio de tutela cautelar num meio de tutela final*, com valor de sentença final<sup>(23)</sup>. Essa providência bem pode ser, naturalmente, uma providência cautelar *não especificada* ou *inominada*. E a providência cautelar inibitória repressiva pode, hoje, ser solicitada como mecanismo instrumental relativamente a uma *acção principal* provida de finalidade reparatória, ou seja, que tenha por objecto, a mais do direito acautelado, a *indemnização do dano sofrido* pelo titular do direito de personalidade imputável à actuação do demandado.

Sendo esse o caso, deve, no entanto, exigir-se, para o seu decretamento, a verificação dos respectivos pressupostos. Na verdade, para evitar a demora na obtenção das providências jurisdicionais definitivas, é legítimo instaurar procedimentos cautelares, de forma a acautelar o efeito útil das acções de responsabilidade civil e acções especiais de tutela da personalidade; e é também verdade que, neste caso, sobressaem as *providências cautelares inominadas*, atenta a sua maleabilidade e adequação<sup>(24)</sup>.

Todavia, mesmo que as *providências cautelares* possam, de *iure condendo*, antecipar a decisão final sobre o mérito da causa, por meio do também propostos mecanismo da *inversão do contencioso*<sup>(25)</sup>, o certo é que nelas o tribunal somente pode ser suscitado a intervir uma vez verificados os requisitos gerais (*fumus boni iuris, periculum in mora*, proporcionalidade, adequação).

A proposta alteração do regime da tutela da personalidade dispensa, pelo contrário, a alegação e prova dos requisitos exigíveis para o decretamento de uma *providência cautelar*. De facto, esta

---

<sup>(26)</sup> Isto não obstante no regime vigente já se admitir que a tutela da personalidade, por via do artigo 1474.º e ss. do CPC, pode ser cumulada com pedido de providência cautelar cível, em particular, se for visada a *antecipação* dessa tutela — cf., *inter alia*, acórdão da Relação de Lisboa, de 27/10/2010 (ANTUNES HENRIQUES), proc. n.º 18645/10.9T2SNT.L1-2, in: <<http://www.dgsi.pt>>.



tutela não deve ser confundida com aquela outra<sup>(26)</sup>. A vantagem reside, desde logo e como veremos, na tramitação relativamente célere do novo processo (da renovada *acção*) de tutela da personalidade, o qual não exige a alegação e demonstração sumária do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Quando for, na verdade, de entender que a situação controvertida de direito de personalidade pode ser composta (provisoriamente, de uma forma tendencial) por via cautelar (por exemplo, o lesado pretende fazer cessar a consumação da lesão e peticionar, na *acção principal*, uma *indenização* pelos danos), esta deve ser a escolha, em detrimento do *meio processual especial* cuja fisionomia e configuração é agora proposto. De facto, o *efeito útil* pretendido pelo alegado lesado (*scilicet*, o pedido formulado pelo autor) ao lançar mão deste renovado meio de tutela da personalidade humana *não* pode consistir na *condenação no pagamento de uma quantia a título de indenização pelo dano sofrido*. Será, no entanto, de admitir que os interessados terão maior interesse em lançar mão deste *processo especial* — atenta a tramitação célere com que ficará dotado e com o regime recursório a ser processado com *urgência* —, relativamente à instauração de *providência cautelar*.

A tutela especial da personalidade humana agora proposta pode actuar cumulativamente com outros instrumentos de tutela, contanto que não se verifiquem situações de *litispendência*. Esta urgência processual, proposta nos n.ºs 5 e 6 do artigo 1026.º deve corresponder à fonte de perigo, pelo que a especial celeridade da tramitação processual agora proposta deve ser recusada quando na sua base se identifique incúria em não recorrer previamente a tribunal a fim de defender a personalidade, ou seja, sempre que se identifique *situações culposamente tornadas urgentes*. Na verdade, o autor não pode tornar urgente o que, se tivesse adoptado uma conduta diligente, teria sido possível alcançar em tempo útil.

Importa acentuar que a tutela da personalidade humana agora proposta, visa ser uma *tutela tendencialmente rápida e contundente* do exercício legítimo de direito de personalidade face a qualquer tipo de ameaças, restrições, lesões, violações provenientes de acção ou de omissão.

Esta urgência na tutela da personalidade humana manifesta-se, como é bom de ver, em função do factor temporal, no sentido em que se cura, designadamente, de situações cujo desenvolvimento ou produção de efeitos:

- Está sujeito a um curto período de tempo;
- Diz respeito a direitos que devem ser exercitados num prazo certo ou em datas fixas (v.g., situações conexas com eleições para órgãos de entes privados; situações decorrentes de limitações ao exercício de direitos de personalidade num certo dia ou data próxima).
- Respeita a actos ou comportamentos que devem ser realizados numa data fixa próxima ou num período de tempo determinado.

## V. A Tramitação

A sequência dos actos plasmada na nova redacção do artigo 1026.º inspira-se, de uma forma ténue, no disposto no artigo 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Procedeu-se, no entanto, à articulação deste trâmite com a tramita-

---

(27) Independentemente da ocorrência de circunstâncias posteriores à decisão ou anteriores, que não tenham sido alegadas, por ignorância ou outro motivo ponderosos: artigo 1411.º, n.º 1, do CPC.

(28) Esta decisão, na proposta da Comissão de Revisão do Processo Civil, não deve ser susceptível de recurso (*ordinário*). Com efeito, uma vez que se trata de uma *decisão provisória* susceptível de alteração ou de confirmação fora do esquema dos procedimentos cautelares, julga-se que, do ponto de vista da *economia processual* — até porque o recurso de apelação interposto desta decisão provisória gozaria de *efeito meramente devolutivo* (artigo 691.º, n.ºs 1, 2 e 3, do actual CPC) —, a faculdade jurídica de impugnação fará mais sentido se o objecto do recurso for a *decisão final* da 1.ª instância que tenha confirmado ou revogado a *decisão provisória*. Julga-se que entre uma e a outra decisão não deverá decorrer um lapso de tempo significativo em termos de o seu transcurso ser susceptível de ofender substancialmente o “núcleo essencial” do *direito de acção* na modalidade do direito de impugnar as decisões em que o recorrente se acha vencido. De resto, mesmo no seio dos

ção prevista no artigo 400.º do actual CPC, em matéria de *alimentos provisórios*.

Os *meios de prova* devem ser logo apresentados no requerimento destinado a assegurar esta tutela tendencialmente urgente da personalidade e o demandado deve oferecer a *contestação na própria audiência*, se a conciliação não puder ser aí lograda.

Note-se, porém, que, *salvo quando ocorra uma situação de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral*, o tribunal deve ter cuidado de não marcar a audiência para uma data muito próxima à apresentação da petição. Faz-se necessário que o exercício do *contraditório* seja exercido de uma forma eficaz. Deve assim, no caso, a audiência ser marcada, *no mínimo*, para uma data não inferior a *20 dias*, a contar da citação do demandado, à semelhança do que se dispõe expressamente no proposto n.º 6 do artigo 1026.º.

Na verdade, no que se refere à *audição do demandado*, propôs-se uma tramitação bipartida:

- 1) *tendencialmente urgente* (n.ºs 1 a 3); e com
- 2) *especial urgência* (n.º 5).

Julga-se adequado prever a prolação de *despacho liminar*. O indeferimento liminar pode ocorrer por qualquer uma das circunstâncias previstas no artigo 234.º-A, n.º 1, do actual CPC.

A proposta de redacção do n.º 6 visa acautelar aquelas situações em que, nas *situações de especial urgência* — atenta a possibilidade reconhecida de *lesão iminente e irreversível*(<sup>27</sup>) — não é possível, ou não se mostra aconselhável ouvir o demandado antes de o tribunal decidir. Nesses casos, o tribunal não pode logo formar

---

procedimentos cautelares, está vedado o recurso autónomo de decisões interlocutórias, excepto se estiverem abrangidas pelo disposto no artigo 691.º, n.º 2, alínea *l*), do actual CPC. Cf. ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. III, 5. *Procedimento Cautelar Comum*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 267-268.

(<sup>29</sup>) Desde logo, o *recurso de apelação* interposto da decisão que indefira liminarmente a providência cautelar ou não a ordene desfruta de *efeito suspensivo* (artigo 692.º, n.º 3, alínea *d*), do actual CPC).

(<sup>30</sup>) Isto significa que a tramitação do recurso de apelação, interposto da decisão final, no tribunal *a quo* e no tribunal *ad quem* precede qualquer outro serviço judicial não urgente.

uma convicção segura sobre os contornos ou as singularidades da lesão ameaçada ou consumada quanto à sua *existência, extensão e intensidade*. Assim, se o tribunal preferir uma *decisão provisória*, esta será sujeita a posterior confirmação ou alteração nos próprios autos<sup>(28)</sup>.

Este regime não se deve aplicar, já se vê, às eventualidades em que a lesão ameaçada ou em vias de ser consumada se esgota num único acto, irrepetível, cuja abstenção ou prática, por parte do demandado, se verifica num momento temporal de tal maneira próximo à instauração da acção, que torna inviável, em concreto, a prolação de uma *decisão provisória*.

## VI. A impugnação da decisão e o regime da execução

---

<sup>(31)</sup> Note-se, ainda, que a Comissão de Revisão do Processo Civil — tendo em vista suprimir, tanto quanto possível, os *obstáculos à cumulação de execuções quando os seus fins sejam diferentes* —, tinha proposto, no n.º 4 do artigo 675.º-A, que: “*Se o credor, conjuntamente com o pagamento de quantia certa ou com a entrega de uma coisa, pretender a prestação de um facto, a notificação prevista no n.º 2 do artigo 933.º é realizada em conjunto com a notificação do executado para deduzir oposição ao pagamento ou à entrega*”. E para dar consistência e celeridade a este regime de cumulação de execuções, se forem diversas as medidas decretadas de tutela da personalidade, havia-se proposto, ademais, que: “*Se a execução tiver por finalidade o pagamento de quantia certa e a entrega de coisa certa ou a prestação de facto, podem ser logo penhorados bens suficientes para cobrir a quantia decorrente da eventual conversão destas execuções, bem como a destinada à indemnização do exequente e ao montante devido a título de sanção pecuniária compulsória*” (n.º 5 da proposta de alteração deste artigo 675.º-A), norma que consta, agora, do n.º 5 do artigo 627.º do Projecto de Código de Processo Civil.

Este regime compreende-se, de resto, à luz da redacção agora proposta para um novo artigo 711.º, segundo o qual “*Se o título executivo for uma sentença, é permitido cumular a execução de todos os pedidos julgados procedentes*”. Ora, o vocábulo *sentença* — há muito usado no artigo 46.º, n.º 1, alínea a), do actual CPC —, abarca as decisões condenatórias proferidas por tribunais colectivos (acórdãos), as decisões proferidas por tribunais arbitrais, as decisões condenatórias proferidas por tribunais estaduais estrangeiros, as decisões condenatórias proferidas por órgãos jurisdicionais de organizações internacionais (p. ex., no âmbito do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/92, in: *Diário da República*, 1.ª Série-A, n.º 291, 3.º Suplemento, de 18/12/1992: art. 110.º do referido Acordo; as decisões proferidas pelo Órgãos de Fiscalização da Associação Europeia de Comércio Livre — EFTA —,

Atente-se que a impugnação da decisão final — de indeferimento ou de provimento — não segue o regime das providências cautelares<sup>(29)</sup>, uma vez que nos situamos no domínio dos *processos especiais*.

Uma outra alteração, constante do proposto n.º 1 do artigo 1027.º, consiste em conferir a *natureza urgente* aos recursos interpostos da *decisão final*<sup>(30)</sup>. Embora pudesse ter sido proposta a atribuição de natureza urgente a todo o *processado na 1.ª instância*, ponderou-se o risco de a generalização desta urgência desembocar na ... falta dela, atenta a inflação de processos que, actualmente, são tramitados com preferência relativamente a outros (*maxime*, providências relativas a menores, procedimentos cautelares, acção de despejo). De resto, ocorrendo a possibilidade de *lesão iminente e irreversível*, o proposto regime do n.º 5 do artigo 1026.º já permite a prolação de uma decisão (provisória) no mais curto espaço de tempo.

No que respeita à execução coerciva dos deveres *de facere* (de *non facere* ou, eventualmente de *dare* coisas diferentes de prestações pecuniárias) decretados pelo tribunal, a Comissão de Revisão optou pela *desnecessidade de instauração de uma acção executiva autónoma*, mesmo que por apenso, mas apenas nos casos em que a medida executiva integrar a própria realização da providência de tutela da personalidade, designadamente nas situações de falta de cumprimento voluntário de obrigações *de dare* (*maxime*, a apreen-

---

pelo Tribunal da Associação Europeia do Comércio Livre, pela Comissão Europeia, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pelo Tribunal Geral), os despachos e — no que ao caso interessa — as *decisões* proferidas em sede de *procedimentos cautelares*. Cf. LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma*, 5.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 48; REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 57-59, pp. 64-65.

(32) Para a execução de providências cautelares, cf. LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2.º, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 67-68; ANTÓNIO ABRANTES GERALES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. III, 4.ª edição, 2010, cit., pp. 263-264.

(33) Nos termos do artigo 551.º, n.º 2, alínea a), do Projecto do Código do Processo Civil “*Emprega-se o processo sumário nas execuções baseadas: a) Em decisão arbitral ou judicial nos casos especiais em que esta não deva ser executada no próprio processo*”. Por outro lado, ao abrigo do proposto artigo 627.º, n.º 1, deste Projecto: “*A execução da decisão judicial condenatória corre nos próprios autos e inicia-se mediante simples requerimento, ao qual se aplica, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 810.º*”. Mas, nos ter-

são de objectos, com ou sem restituição ou entrega ao autor). Uma vez que tais situações não constituem a maioria, a execução coerciva de deveres de *facere* — (in)fungíveis — positivos ou negativos, em que os demandados tenham sido condenados implicam o recurso à *acção executiva*, por isso mesmo que se faz mister a cooperação espontânea do obrigado e este não efectua a prestação ou viola a obrigação negativa; outrossim, a realização coerciva da falta de pagamento da sanção pecuniária compulsória implica a instauração de *execução para pagamento de quantia certa*<sup>(31)</sup>, embora a *quantificação (liquidação)* do montante exequendo se deva processar, previamente à execução, nos autos da acção declarativa especial — e por incidente —; antes, portanto, da propositura desta outra acção executiva, nos termos dos artigos 378.º, n.º 2, e 380.º, n.º 3, ambos do actual CPC.

Ao invés, neste domínio, julgou-se mais adequada uma aproximação ao regime da *execução das providências cautelares* (art. 391.º, *in fine*, do actual CPC); vale dizer, consagra-se a *execução nos próprios autos*, sempre que a medida executiva de reintegração da tutela da personalidade já concedida integrar a realização da providência decretada<sup>(32)</sup>. O que significa a desnecessidade, nestas eventualidades — que serão as mais comuns — de apresentação de requerimento executivo, designação de agente de execução, remessa dos autos a este agente, etc. O *oficial de justiça* desempenhará, por conseguinte, a função de *agente de execução*. Por outro lado, a execução da providência concretamente decretada é oficiosa. Todavia, de harmonia com as regras gerais do dispositivo, o requerente da providência ficará salvo de requerer que esta execução não seja efectuada, já que estamos perante *direitos disponíveis*.

Nos demais casos, a execução seguirá os termos gerais do *processo executivo comum* (na forma *sumária*, de harmonia com as propostas de alteração da acção executiva, já que o executivo é uma *decisão judicial*)<sup>(33)</sup>.

---

mos do n.º 2 deste proposto artigo 627.º-A, a execução da decisão condenatória no pagamento de quantia certa segue a tramitação prevista para a forma sumária (acção executiva em processo sumário).

## VII. Conclusão

O proposto novo regime processual de tutela da personalidade humana pretende alargar, não apenas o sector normativo dos ilícitos e ofensas de *bens pessoais tipificados e não tipificados*, para cuja protecção o direito de acção visa demonstrar que a *eficácia irradiante dos direitos de personalidade* está, hoje mais do que nunca, processualmente dependente, como também revitalizar este mecanismo processual, por via da concessão de uma maior celeridade à sequência dos actos destinada, ainda assim, a lograr uma composição definitiva do litígio.

Esta tutela, pese embora esteja *formalmente* inserida no quadro dos processos de jurisdição voluntária, apresenta-se *substancialmente* como um processo que tem na sua base um *conflito de interesses*, à semelhança do que ocorre com outros processos formalmente disciplinados no âmbito da denominada jurisdição voluntária. Isto permite que o Tribunal possa resolver tais litígios numa *lógica adversarial*, seja quando se está perante uma *colisão ou conflito de direitos*, seja quando nos situamos face à *determinação do conteúdo e limites de direitos de personalidade* invocados pelos litigantes.

Por outro lado, embora seja claro que esta tutela processual não é uma *tutela indemnizatória*, o regime processual agora proposto evitará, em muitos casos, a instauração de *providências cautelares inominadas* para a tutela destes bens pessoais, atenta a sequência dos actos — assim adequada a direitos que devem ser exercidos num prazo certo ou em datas fixas próximas, ou cujo desenvolvimento e produção de efeitos está sujeito a um curto período de tempo — e a desnecessidade de alegar e demonstrar sumariamente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Ao que acresce a possibilidade de o tribunal poder decretar *decisão provisória* — exactamente uma decisão independente da verificação destes últimos pressupostos da tutela cautelar — quando não possa formar uma convicção segura sobre a existência, extensão ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa ou se a especial urgência derivada da ameaça ou da sua consumação

impuserem, à luz do princípio da *necessidade*, o decretamento de tal decisão provisória.

De igual sorte, a execução coerciva dos deveres de *dare* coisas (*maxime*, apreensão de objectos, com ou sem restituição ou entrega ao autor) processa-se nos *próprios autos*, sempre que a medida executiva integra a própria realização da providência de tutela da personalidade e tem lugar nos próprios autos. O que — concede-se — muitas vezes não ocorrerá. De facto, a execução coerciva de deveres de *facere* (in)fungíveis (positivos ou negativos) implicará, as mais das vezes, a necessidade de dedução de acção executiva. Se a decisão for acompanhada do decretamento de *sanção pecuniária compulsória*, a execução coerciva deste dever de prestar as quantias pecuniárias em dívida implica a instauração de uma *acção executiva para pagamento de quantia certa*, mas a quantificação do montante exequendo processa-se previamente nos autos e antes da propositura desta outra acção executiva (artigos 378.º, n.º 2, e 380.º, n.º 3, ambos do actual CPC).

Por último, o conferir a *natureza urgente* aos recursos interpostos da decisão final transporta para a instância superior a celeridade que se espera instilar no tribunal *a quo*.

*Coimbra, Outubro de 2012.*





## ENTRE CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E “PRINCÍPIOS ORIENTADORES”: UM DEVER DE (RE)NEGOCIAÇÃO?

*Pelo Prof. Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira*

### I

O art. 17.º-A do CIRE, na redacção da Lei n.º 16/2006, de 20 de Abril, define o *fim* do processo especial de revitalização como sendo o de “permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização”. Estando preenchidos os pressupostos objectivos do processo de revitalização e, em particular, o pressuposto objectivo da susceptibilidade de recuperação, os credores terão um dever (jurídico) de “estabelecer negociações” com o seu devedor?

O problema deve analisar-se, distinguindo duas situações: a primeira é a de a “situação económica difícil” ou a “situação de insolvência meramente iminente” serem de alguma forma imputáveis ao devedor e a segunda é a de o não serem.

Excluídos os casos de uma “situação económica difícil” imputável ao devedor — a que, por analogia com a situação de

---

(1) Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69 (2010), págs. 633-695 (esp. págs. 680-695). O autor alega, em síntese, que a crise financeira de 2008/2010 é uma “grande alteração das circunstâncias” para concluir que “o[s] banco[s] [podem] eximir-se, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente (nomeadamente mediante uma moratória), ao cumprimento das obrigações de devolução do capital (ou de uma dada remuneração dele) que tenha assumido perante os seus clientes”.

(2) NATHAN M. CRYSTAL/FRANCESCA GIANNONI-CRYSTAL, “Contract Enforceability During Economic Crisis: Legal Principles and Drafting Solutions”, in: *Global Jurist*, Volume 10 (2010).

insolvência, poderá talvez chamar-se de situação económica difícil *culposa* —, em que não parece que haja dever algum, perguntar-se-á pelos casos de situação económica difícil não imputável ao devedor — a que, por analogia com a situação de insolvência, poderá talvez chamar-se de situação económica difícil *fortuita*.

Em primeiro lugar: a causa da “situação económica difícil” ou da “situação de insolvência meramente iminente” poderá qualifi-

(<sup>3</sup>) *Vide*, p. ex., JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1999, pág. 625; JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 2010, págs. 88-89; NORBERT HORN, “Neuverhandlungspflicht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 181 (1981), págs. 256-288; WERNER LORENZ, “Contract Modification as a Result of Change of Circumstances”, in: JACK BEATSON/DANIEL FRIEDMANN (org.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 1995, págs. 357-376; PETER SCHANZE, “Failure of Long-Term Contracts and the Duty to Re-negotiate”, in: FRANCIS ROSE (org.), *Failure of Contracts. Contractual, Restitutory and Proprietary Consequences*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 1997, págs. 155-165; GEOFFREY SAMUEL, “Failure of Long-Term Contracts and the Duty to Re-negotiate — A Comment”, in: FRANCIS ROSE (org.), *Failure of Contracts. Contractual, Restitutory and Proprietary Consequences*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 1997, págs. 167-174; KARL RIESENHUBER, “Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörungen: Dogmatik, Gestaltung und Vergleich”, in: *Betriebs-Berater*, 2004, págs. 2697-2702; contra, porém, MICHAEL MARTINEK, “Die Lehre von die Neuverhandlungspflichten — Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 198 (1998), págs. 329-400 (esp. págs. 363-400).

(<sup>4</sup>) *Vide*, sobretudo, YVES PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Paris, 1987, págs. 199-229 — cuja tese tende a converter-se em *communis opinio* — *vide*, p. ex., FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., págs. 430-431; ALAIN SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2.<sup>a</sup> ed., PUF, Paris, 1998, págs. 182-187; MURIEL FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, cit., págs. 426-430; Bertrand Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, Paris, 2007, págs. 314-316.

(<sup>5</sup>) *Vide*, p. ex., AURELIO GENTILI, “Riproduzione, rinovazione, rinegoziazione”, in: NICOLÒ LIPARI/PIETRO RESCIGNO (org.), *Diritto civile*, vol. III — *Obbligazioni*, tomo II — *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, págs. 775-830 (esp. págs. 809-830); UBALDO PERFETTI, “La rescissione”, in: NICOLÒ LIPARI/PIETRO RESCIGNO (org.), *Diritto civile*, vol. III — *Obbligazioni*, tomo II — *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, págs. 1099-1132; FRANCESCO MACCARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996.

(<sup>6</sup>) *Vide*, sobretudo, PABLO SALVADOR CODERCH, “Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, in: *InDret*, n.º 4/2009, in: WWW: <<http://www.indret.com>>, esp. págs. 45-55.

(<sup>7</sup>) *Vide*, p. ex., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, “A *hardship clause* e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, in: *Juris et de jure — Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Porto*, Universidade Católica, Porto, 1998, págs. 17-40 (39-40); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. II — *Direito das obrigações*, tomo I — *Introdução*.

car-se como uma alteração anormal das circunstâncias que constituem a base do negócio, no sentido do art. 252.º do Código Civil, ou como uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, no sentido do art. 437.º, n.º 1, do Código Civil? Em segundo lugar: se a causa da “situação económica difícil” ou da “situação de insolvência meramente iminente” puder qualificar-se como uma alteração das circunstâncias que constituem a base do negócio, os credores terão um dever de estabelecer negociações com o devedor, para adaptar o conteúdo da relação obrigacional às circunstâncias (anormalmente) alteradas ou perturbadas? — A resposta à primeira questão *pode* e a resposta à segunda questão *deve* ser afirmativa.

Entre as hipóteses em que a causa de uma “situação económica difícil” ou de uma “situação de insolvência meramente iminente” é a alteração (anormal) das circunstâncias que constituem a base do negócio, ou das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, contam-se designadamente aqueles em que a “situação económica difícil” ou a “situação de insolvência meramente iminente” resulta da actual crise económica e financeira<sup>(1)</sup> — já descrita como a segunda “Grande Depressão”, ou como a primeira “Grande Recessão”<sup>(2)</sup> —. Ora, se a causa da “situação económica difícil” ou da “situação de insolvência meramente iminente” puder qualificar-se como uma alteração das circunstâncias que constituem a base do negócio, no sentido dos arts. 252.º e 437.º

---

*Sistemas e direito europeu das obrigações. Dogmática geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pág. 553; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 581-583.

(8) Sobre o sentido geral dos deveres de cooperação, *vide* NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pp. 182-187.

(9) O texto do “Quarto princípio” corresponde, quase palavra por palavra, ao texto do “Primeiro princípio” contido no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*, INSOL-International, London, 2000: “Where a debtor is found to be in financial difficulties, all relevant creditors should be prepared to co-operate with each other to give sufficient (though limited) time (a “Standstill Period”) to the debtor for information about the debtor to be obtained and evaluated and for proposals for resolving the debtor’s financial difficulties to be formulated and assessed, unless such a course is inappropriate in a particular case”.

(10) Cf. *Quinto princípio*: “Durante o período de suspensão, os credores envolvidos não devem agir contra o devedor, comprometendo-se a abster-se de intentar novas

do Código Civil, os credores terão um dever de “estabelecer negociações” com o devedor.

O dever de “estabelecer negociações” é consensual ou quase consensualmente afirmado, p. ex., no direito alemão<sup>(3)</sup>, no direito francês<sup>(4)</sup>, no direito italiano<sup>(5)</sup> ou no direito espanhol<sup>(6)</sup> — e tende a sê-lo no direito português<sup>(7)</sup>.

a) O princípio da boa fé aplica-se plenamente às relações entre o devedor em “situação económica difícil” ou em “situação de insolvência meramente iminente” e os seus credores (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil). Existindo uma “situação económica difícil”, ou uma “situação de insolvência meramente iminente”, o con-

acções judiciais e a suspender as que se encontrem pendentes” — correspondendo à primeira parte do “Segundo princípio” contido no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*: “During the Standstill Period, all relevant creditors should agree to refrain from taking any steps to enforce their claims against or (otherwise than by disposal of their debt to a third party) to reduce their exposure to the debtor [...]”.

<sup>(11)</sup> Sobre o sentido geral dos deveres de esclarecimento e de informação, vide NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pp. 187-190.

<sup>(12)</sup> O *Sétimo princípio* aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de Outubro, é mais amplo que o *Quinto princípio* consignado no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*: o *Sétimo princípio* impõe uma “postura de absoluta transparência”, o *Quinto princípio*, não. O devedor terá, tão-só, de proporcionar aos credores “all relevant information relating to its assets, liabilities, business and prospects, in order to enable proper evaluation to be made of its financial position and any proposals to be made to relevant creditors”. O facto de os termos “postura de absoluta transparência” serem tão amplos e tão imprecisos sugere que os “*Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores*” aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros devam ser interpretados em conformidade com o *Statement of Principles for a Global Approach on Multi-Creditors Workouts*.

<sup>(13)</sup> O *Quarto princípio* e o *Sétimo princípio* podem — e porventura devem — ser objecto de uma adequada interpretação extensiva. Em primeiro lugar, parece-nos que o dever de transparência é bilateral. O devedor encontra-se adstrito a um dever de “absoluta transparência” para com os seus credores — e os credores, a uma postura de alguma (ainda que não “absoluta”) transparência perante o seu devedor. Em segundo lugar, parece-nos que há um dever de transparência antes do período de suspensão. Em terceiro lugar, parece-nos que há, ou que pode haver, um dever de transparência depois do período de suspensão. Embora o *Quarto princípio* e o *Sétimo princípio* não o digam explicitamente, aludindo tão-só a uma “uma postura de absoluta transparência durante o período de suspensão”, pensamos que o *Segundo princípio* está redigido em termos suficientemente amplos para sustentar a extensão do dever de transparência aos estádios pré e pós-“período de suspensão”.

<sup>(14)</sup> Sobre o sentido geral dos deveres de lealdade, vide NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pp. 190-191.

teúdo do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil é concretizado pelos “Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores”, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de Outubro.

Em primeiro lugar, os *Princípios orientadores* densificam o *sentido geral* dos deveres de cooperação<sup>(8)</sup>, dizendo: — que “as partes devem actuar de boa-fé, na busca de uma solução construtiva que satisfaça todos os envolvidos” (Segundo princípio); — que, actuando de boa fé, os credores envolvidos devem, por um lado, cooperar [...] com o devedor” e, por outro lado, “cooperar entre si” (Quarto princípio); — que, cooperando com o devedor, os credores envolvidos devem conceder-lhe “um período de tempo suficiente (mas limitado) para obter e partilhar toda a informação relevante e para elaborar e apresentar propostas para resolver os seus problemas financeiros” (Quarto princípio)<sup>(9)</sup>. Enquanto durar “o período de tempo suficiente (mas limitado)”, “os credores envolvidos não devem agir contra o devedor, comprometendo-se a abster-se de intentar novas acções judiciais e a suspender as que se encontrem pendentes”<sup>(10)</sup>.

---

(15) Cf. *Sexto princípio* — correspondendo aproximadamente à segunda parte do *Segundo princípio* e, sobretudo, ao *Terceiro princípio* contidos no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*: a segunda parte do *Segundo princípio* diz que, “[d]uring the Standstill Period, all relevant creditors [...] are entitled to expect that during the Standstill Period their position relative to other creditors and each other will not be prejudiced”; o *Terceiro princípio* diz que “[d]uring the Standstill Period, the debtor should not take any action which might adversely affect the prospective return to relevant creditors (either collectively or individually) as compared with the position at the Standstill Commencement Date”.

(16) Cf. *Oitavo princípio*: “Toda a informação partilhada pelo devedor, incluindo as propostas que efectue, deve ser transmitida a todos os credores envolvidos e reconhecida por estes como confidencial, não podendo ser usada para outros fins, excepto se estiver publicamente disponível” — com um alcance mais amplo que o *Sétimo princípio* contido no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*: “Information obtained for the purposes of the process concerning the assets, liabilities and business of the debtor and any proposals for resolving its difficulties should be made available to all relevant creditors and should, unless already publicly available, be treated as confidential”.

(17) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. II — *Direito das obrigações*, tomo I — *Introdução. Sistemas e direito europeu das obrigações. Dogmática geral*, cit., p. 553.

Em segundo lugar, os *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial* densificam o *sentido geral* dos deveres de esclarecimento e de informação<sup>(11)</sup>.

O *Quarto princípio* determina que o devedor há-de dispor de “um período de tempo suficiente (mas limitado) para obter e partilhar toda a informação relevante” (para os credores) e o *Sétimo princípio*, que o devedor há-de adoptar “uma postura de absoluta transparência durante o período de suspensão, partilhando toda a informação relevante sobre a sua situação”<sup>(12/13)</sup>.

Em terceiro lugar, os “Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores” densificam o sentido geral dos deveres de lealdade<sup>(14)</sup>:

O devedor está adstrito a deveres de lealdade para com os seus credores — concretizados, designadamente, no dever de abstenção ou de omissão de “qualquer acto que prejudique os direitos e as garantias dos credores (conjuntamente ou a título individual) ou que, de algum modo, afecte negativamente as perspectivas dos

<sup>(18)</sup> Cf. *Primeiro princípio* — com um alcance mais restrito que o *Primeiro princípio* contido no *Statement of Principles for a Global Approach*: “Where a debtor is found to be in financial difficulties, all relevant creditors should be prepared to co-operate with each other to give sufficient (though limited) time (a “Standstill Period”) to the debtor for information about the debtor to be obtained and evaluated and for proposals for resolving the debtor’s financial difficulties to be formulated and assessed, unless such a course is inappropriate in a particular case”. O *Statement of Principles for a Global Approach* sugere que a concessão ao devedor de um período de suspensão seja a regra, que só não se aplica quando o período de suspensão não seja apropriado, e os Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de Outubro, fazem com que o período de suspensão seja a excepção, que só se aplica quando o período de suspensão seja apropriado — quando seja tão apropriado que “os problemas financeiros do devedor possam ser ultrapassados e este possa, *com forte probabilidade*, manter-se em actividade após a conclusão do acordo”.

<sup>(19)</sup> Cf. *Quarto princípio* — correspondendo aproximadamente à segunda parte do *Primeiro princípio* contido no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*.

<sup>(20)</sup> Cf. primeira parte do *Nono princípio* — correspondendo quase palavra por palavra à primeira parte do *Sexto princípio* consignado no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*.

<sup>(21)</sup> Cf. segunda parte do *Nono princípio* — correspondendo quase palavra por palavra à segunda parte do *Sexto princípio* consignado no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*.

credores de verem pagos os seus créditos, em comparação com a sua situação no início do período de suspensão”(15) —; os credores estão adstritos a deveres de lealdade para com o seu devedor — concretizados, designadamente, em deveres de abstenção ou de omissão de actos de comunicação de informações confidenciais (em deveres de sigilo)(16).

b) Existindo uma alteração anormal das circunstâncias (arts. 252.º e 437.º do Código Civil), os deveres de cooperação concretizam-se, p. ex., no dever de renegociação do contrato. Menezes Cordeiro fala, sugestivamente, de uma “cominação, *ex bona fide*, de um dever de negociar, com vista ao acompanhamento das realidades”(17). O devedor há-de apresentar aos seus credores propostas razoáveis de adaptação ou de modificação do conteúdo das relações obrigacionais e de responder razoavelmente às propostas, ou às contra-propostas, que lhes sejam apresentadas; os credores não-de responder razoavelmente às propostas que lhes sejam apresentadas pelo devedor.

Os *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores* contêm quatro ou cinco *tópicos* relevantes para a concretização da *cláusula do razoável*: Em primeiro lugar, “[o] procedimento extrajudicial [...] apenas deve ser iniciado quando os problemas financeiros do devedor possam ser ultrapassados e este possa, com forte probabilidade, manter-se em actividade após a conclusão do acordo”(18); em segundo lugar, o devedor há-de dispor de um período de tempo suficiente para “apresentar propostas para resolver os seus problemas financeiros”(19); em terceiro lugar, só podem ser consideradas razoáveis as propostas que reflectam a lei vigente(20) e, em quarto lugar, dentro daquelas que reflectam a lei vigente, só podem ser consideradas razoáveis as propostas que reflectam a “posição relativa de cada credor”(21); em quinto lugar, só podem sê-lo as propostas baseadas “num plano de negócios viável e credível”(22). Entre as condições adequadas e necessárias

---

(22) Cf. *Décimo princípio* — sem correspondência no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts*.



para que um plano de negócios seja considerado “viável e credível” encontrar-se-iam, p. ex., as seguintes três:

- a de que o plano de negócios “contenha informação respeitante aos passos a percorrer pelo devedor de modo a ultrapassar os seus problemas financeiros”;
- a de que o plano de negócios “evidencie a capacidade do devedor de gerar fluxos de caixa necessários ao plano de reestruturação”;
- a de que, evidenciando a capacidade do devedor de gerar “fluxos de caixa”, “*demonstre que o mesmo não é apenas um expediente para atrasar o processo judicial de insolvência*”.

## II

O contributo dos *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial* para a conformação de relações jurídicas é extraordinariamente difícil de apreciar.

Os *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial dos devedores* foram aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de Outubro de 2011; ora, no sistema jurídico-constitucional português, as Resoluções do Conselho de Ministros não são actos normativos (cf. art. 112.º da Constituição da República Portuguesa). Os problemas suscitados pela circunstância de os *Princípios orientadores* terem sido aprovados por uma Resolução do Conselho de Ministros são, e só podem ser, agravados pela circunstância de *Primeiro princípio* dizer que “[o] procedimento extrajudicial corresponde a um compromisso assumido entre o devedor e os credores envolvidos, e não a um direito” (do devedor?), e de o *Quarto princípio* dizer que o “período de suspen-

---

(23) O *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditors Workouts* não contém nenhuma restrição semelhante, considerando (aparentemente) a negociação, ou a renegociação, como um dever dos credores.

são”, pressuposto pelo procedimento extrajudicial, “é uma concessão dos credores envolvidos, e não um direito do devedor”<sup>(23)</sup>.

Os *argumentos* que poderiam retirar-se de os *Princípios orientadores* terem sido aprovados por uma Resolução do Conselho de Ministros — e de, tendo sido aprovados por uma Resolução do Conselho de Ministros, apresentarem a negociação, ou a renegociação, como uma “*concessão dos credores envolvidos*” — são, porém, contrariados pela *conexão sistemática e teleológica* entre os princípios orientadores de uma negociação, ou de uma renegociação, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de Outubro, e o princípio da boa fé, consagrado pelo art. 762.º, n.º 2, do Código Civil.

Os *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial dos devedores* não quiseram seguramente restringir o sentido geral de um dever de negociação, ou de um dever de renegociação, do conteúdo das relações jurídicas obrigacionais decorrente do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil; ainda que (por absurdo) os *Princípios orientadores* quisessem restringi-lo, não poderiam fazê-lo. O princípio

(24) Sobre o conceito de deveres acessórios de conduta ou de deveres laterais, vide, p. ex., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das obrigações*, vol. I — *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de crédito e direitos reais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pp. 71-77; Idem, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pp. 48-51.

(25) Sobre o particular problema da classificação do dever de (re)negociação como dever acessório de conduta, vide, p. ex., JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 625; JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., sobretudo nas págs. 88 e 102 — considerando o dever de (re)negociação como parte do dever de consideração dos direitos e dos interesses da contraparte, consignado no (actual) § 241, n.º 2, do Código Civil alemão —; KARL RIESENHUBER, “Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörungen: Dogmatik, Gestaltung und Vergleich”, cit., p. 2699.

(26) Sobre o problema da exigibilidade ou inexigibilidade judicial do cumprimento específico de deveres acessórios de conduta, vide NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Inexigibilidade judicial do cumprimento de deveres acessórios de conduta?”, in: *Scientia Juridica*, Maio-Agosto de 2002, pp. 295-303; Idem, *Direito das obrigações*, vol. I — *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de crédito e direitos reais*, cit., pp. 77-84.

(27) Sobre o particular problema da exigibilidade ou inexigibilidade judicial do cumprimento específico do dever de (re)negociação do conteúdo da relação obrigacional, vide, p. ex., JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 88; KARL RIESENHUBER, “Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörungen: Dogmatik, Gestaltung und Vergleich”, cit., p. 2699.

da boa fé consta de um acto normativo no sentido do art. 112.º da Constituição da República Portuguesa e, constando de um acto normativo no sentido do art. 112.º da Constituição, não pode ser restringido por uma Resolução. — Evitando as soluções absurdas, deve preferir-se a solução (mais) razoável de interpretar os *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores* como um contributo para a concretização do princípio (geral) da boa fé.

O argumento é confirmado pela remissão do art. 17.º-D, n.º 10, do CIRE, na redacção da Lei n.º 16/2006, de 20 de Abril, para a Resolução n.º 4372011:

*“Durante as negociações os intervenientes devem atuar de acordo com os princípios orientadores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro”.*

O facto de os *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial dos devedores* dizerem que o procedimento extrajudicial de negociação não corresponde a um direito do devedor, ou que o período de suspensão pressuposto pelo procedimento extrajudicial de negociação não corresponde a um direito do devedor, só pode querer significar que o dever (jurídico) dos credores de “estabelecer negociações” com o seu devedor é um dever de conduta<sup>(24/25)</sup>.

Estando em causa deveres acessórios de conduta, de conteúdo mais ou menos indeterminado, não deve aplicar-se-lhes, *sem mais*, o conceito e o regime dos direitos subjectivos<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Sem prejuízo da aplicação dos princípios e das regras gerais, ou de princípios e regras especiais (p. ex., do art. 17.º-D, n.º 11, do CIRE), de responsabilidade civil, a violação de deveres de cooperação, de deveres de esclarecimento ou de informação ou de deveres de lealdade é, ou pode ser, relevante para efeitos da aplicação do regime da insolvência culposa. O devedor que não apresenta propostas razoáveis, ou que não responde razoavelmente às propostas apresentadas, contribuirá, sempre ou quase sempre, para que a “situação económica difícil”, ou que a “situação de insolvência meramente iminente”, se convolve em situação de insolvência. Os casos de “situação económica difícil” ou de “insolvência meramente iminente” fazem com que a diligência exigível ao devedor seja especialmente intensa; parece-nos, por isso, que a situação de insolvência resultante da violação dos deveres de cooperação, dos deveres de esclarecimento ou de informação, ou dos deveres de lealdade consignados nos *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial dos devedores* será uma situação de insolvência culposa.

O devedor em “situação económica difícil” não poderá, p. ex., propor uma acção de condenação contra os seus credores, para conseguir o *cumprimento coercivo específico* do dever de “*estabelecer negociações*”<sup>(27)</sup>.

### III

O devedor que viole o dever de apresentar propostas razoáveis, ou o dever de responder razoavelmente às propostas que lhe sejam apresentadas, há-de ficar constituído no dever de indemnizar os danos causados aos seus credores.

O art. 17.º-D, n.º 11, do CIRE, na redacção da Lei n.º 16/2012, de 10 de Abril, dirige-se à responsabilidade pela violação de deveres de esclarecimento ou de informação: “O devedor, bem como os seus administradores de direito ou de facto, no caso de aquele ser uma pessoa coletiva, são solidária e civilmente responsáveis pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas, correndo autonomamente ao presente processo a acção intentada para apurar as aludidas responsabilidades”. O texto do art. 17.º-D, n.º 11, do CIRE deve ser objecto de uma interpretação extensiva, para que se aplique à violação de todos os deveres acessórios de conduta contidos na relação jurídica de negociação ou de renegociação do conteúdo do contrato. Entre a

---

(29) Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pp. 581-583; e, por último, ainda que com algum cepticismo, CLAUS-WILHEM CANARIS/HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT, “Interpretation of Contracts”, pp. 20 (nota n.º 96), in: WWW: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1537169](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537169)>: “*Generally, solutions by negotiation are always desirable*”.

(30) Cf. designadamente CLAUS-WILHEM CANARIS/HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT, “Interpretation of Contracts”, cit., pp. 20 (nota n.º 96): “*there is no evidence that it is possible to establish legal duties which, on the one hand, are judicially workable and, on the other hand, can efficiently facilitate the process of working towards a voluntary agreement*”.

(31) Cf. designadamente CLAUS-WILHEM CANARIS/HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT, “Interpretation of Contracts”, cit., p. 20 (nota n.º 96): “*one has to keep in mind that duties to negotiate can never guarantee the successful conclusion of a voluntary compromise and, thus, will never fully replace judicial interference*”.

violação de deveres de esclarecimento e de informação e a violação de deveres de cooperação ou de deveres de lealdade, não há nenhuma diferença fundamental, capaz de explicar e/ou de justificar que o devedor *responda* pela violação de deveres de esclarecimento ou de informação e *não responda* pela violação de deveres de cooperação ou de deveres de lealdade. Independentemente da interpretação extensiva do texto do art. 17.º-D, n.º 11, do CIRE, a responsabilidade civil do devedor resultaria sempre do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil<sup>(28)</sup>.

Firmada a possibilidade de uma responsabilização do devedor, perguntar-se-á: Estando preenchidos os pressupostos objectivos do processo de revitalização e, em particular, o pressuposto objectivo da susceptibilidade de recuperação, os credores que violem o dever de cooperação, recusando-se a (re)negociar, poderão porventura ser responsabilizados pelos danos causados ao seu devedor? Os credores que não concedam ao devedor um “*período de suspensão*” poderão porventura ficar constituídos no dever de indemnizar? Os credores que, ainda que hajam concedido ao devedor um período de suspensão, não respondam a um “*plano de negócios viável e credível*”, poderão porventura ficar constituídos no dever de indemnizar danos causados pela não recuperação?

O princípio geral de (alguma) preferência ou de (alguma) prioridade das soluções (re)negociadas sobre as soluções não (re)negociadas<sup>(29)</sup> é prejudicado por duas circunstâncias. Em primeiro lugar, o conteúdo do dever de (re)negociação é sempre (algo) indeterminado; em segundo lugar, ainda que o conteúdo do dever de (re)negociação não fosse (algo) indeterminado, sempre os resultados de um comportamento conforme ao dever seriam incertos. O devedor não pode exigir judicialmente o cumprimento (coercivo) dos deveres de (re)negociação<sup>(30)</sup>; ainda que pudesse exigi-lo, o cumprimento (coercivo) dos deveres de (re)negociação não poderia garantir a conclusão de um contrato<sup>(31)</sup>.

---

(32) Cf. designadamente NORBERT HORN, “Neuverhandlungspflicht”, cit., p. 287: “Bei der Schadensersatzpflicht kann es praktisch nur darum gehen, manifeste Fälle von Weigerung oder Obstruktion mit einer Sanktion zu belegen”.

O *facto* de não ser fácil determinar se há, ou não, um dever de (re)negociação do conteúdo das relações obrigacionais, se o dever de (re)negociação foi, ou não, violado, ou se a violação do dever de (re)negociação causou danos ao devedor, não deve converter-se no *princípio* ou na *regra* de que não há nenhum dever de (re)negociação, ou de que a violação de um dever de (re)negociação não faz com que o devedor fique constituído no dever de indemnizar. Existindo uma violação evidente dos deveres (accessórios) de (re)negociação, concretizada na “obstrução” de um *acordo razoável*, ou de uma *possibilidade de acordo razoável*, os credores podem e devem ficar constituídos no dever de indemnizar<sup>(32)</sup>.

---

(1) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; coordenadora científica do direito português no Projeto “Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe” 2012-2015; ZERP, Universidade de Bremen (Projeto apoiado pela União Europeia).

(2) Este diploma corresponde, com algumas alterações (significativas), à Proposta de Lei n.º 38/XII, aprovada na generalidade pela Assembleia da República em Fevereiro de 2012.

(3) Dois destes artigos cabem no denominado regime geral da locação — art. 1048.º e 1055.º; os restantes respeitam especificamente ao Arrendamento de Prédios Urbanos — art. 1069.º, 1072.º, 1080.º, 1083.º, 1084.º, 1085.º, 1087.º, 1094.º, 1095.º, 1096.º, 1097.º, 1098.º, 1100.º, 1101.º, 1102.º, 1103.º, 1106.º e 1110.º. Curiosamente, o art. 1054.º, apesar de figurar entre as normas alteradas, na realidade não sofreu qualquer alteração.

## ALTERAÇÕES AO REGIME SUBSTANTIVO DO ARRENDAMENTO URBANO — APRECIÇÃO CRÍTICA DA REFORMA DE 2012

*Pela Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria Olinda Garcia<sup>(1)</sup>*

1. A Lei n.º 31/2012 (de 14 de Agosto)<sup>(2)</sup> introduz significativas alterações na disciplina do arrendamento urbano, prevista no Código Civil. É dada nova redação a vinte artigos<sup>(3)</sup>, é integralmente revogado o art. 1104.º e são ainda revogados o n.º 3 do art. 1095.º e o n.º 2 do art. 1102.º.

Tais alterações correspondem apenas a uma parte da denominada reforma do arrendamento urbano. Para além deste domínio, a intervenção legislativa estende-se também à disciplina processual e ao denominado regime transitório do arrendamento urbano, traduzindo-se em significativas alterações à Lei n.º 6/2006.

As alterações introduzidas no Código Civil não constituem, todavia, uma verdadeira reforma do regime substantivo do arrendamento urbano, nem do ponto de vista da coerência teleológica nem na perspectiva da qualidade legislativa.

Tem sido afirmado que as circunstâncias político-económicas (e a conseqüente oportunidade temporal em que o processo legislativo se desenvolveu) não permitiam o desejável tempo de maturação técnica e científica indispensável à produção de um bom

---

<sup>(4)</sup> Constava daquele Memorando de Entendimento que “o plano de reforma introduzirá medidas destinadas a: *i*) ampliar as condições ao abrigo das quais pode ser efectuada a renegociação de arrendamentos habitacionais sem prazo, incluindo a limitação da possibilidade de transmissão do contrato para familiares em primeiro grau; *ii*) introduzir um enquadramento para aumentar o acesso das famílias à habitação, eliminando gradualmente os mecanismos de controlo de rendas, tendo em conta os grupos mais vulneráveis; *iii*) reduzir o pré-aviso de rescisão de arrendamento para os senhorios; *iv*) prever um procedimento de despejo extrajudicial por violação de contrato, com o objectivo de encurtar o prazo de despejo para três meses”.



diploma legal (independentemente das opções político-valorativas subjacentes).

A nosso ver, este não é um argumento decisivamente desculpabilizador da fraca qualidade legislativa, sobretudo no que respeita a alterações de um diploma com o relevo emblemático do Código Civil. A clareza e a coerência técnica das soluções legislativas não são incompatíveis com um curto prazo para legislar.

Na *Exposição de Motivos* da Proposta de Lei n.38/XII é afirmado que a intervenção legislativa no domínio do arrendamento urbano se destina a concretizar as medidas previstas no Memorando de Entendimento celebrado (em Maio de 2011) entre Portugal e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional sobre tal matéria<sup>(4)</sup>. E nos termos desse Memorando, tais medidas deviam ser apresentadas à Assembleia da República até ao final do último trimestre de 2011 (como, efetivamente, aconteceu).

O tempo para preparar uma reforma legislativa não era, na realidade, abundante. Tal pode, eventualmente, justificar que não se tenha ido mais longe na extensão das normas abrangidas (deixando de fora aspetos que necessitam de melhores soluções), mas já não justifica que as novas soluções sejam técnica e valorativamente deficientes.

Na disciplina legal do arrendamento urbano (considerada no seu todo), encontram-se normas de carácter necessariamente transitório (sobretudo, as que fixam o regime das rendas nos contratos antigos) e normas que, pelo contrário, devem apresentar uma inequívoca vocação de estabilidade. Entre estas últimas inscrevem-se as normas do Código Civil que estabelecem o regime substantivo do arrendamento urbano.

2. Analisando a inserção sistemática das alterações introduzidas no regime substantivo do arrendamento urbano, constata-se que tais alterações respeitam maioritariamente ao arrendamento para habitação, onde é conferida nova redação a dez artigos — 1094.º a 1098.º, 1100.º a 1103.º e 1106.º, seguindo-se a parte das disposições gerais do arrendamento urbano com a alteração de sete artigos —

arts. 1069.º, 1072.º, 1080.º, 1083.º, 1084.º, 1085.º e 1087.º. Nos arrendamentos para fins não habitacionais apenas um artigo recebe nova redação — o art. 1110.º. Na parte geral da locação, é conferida nova redação a duas normas — art. 1048.º e art.1055.º.

3. O n.º 1 do art. 1048.º, sobre resolução por falta de pagamento de rendas, cuja anterior redação tinha sido dada pela Lei n.º 6/2006 e cujo alcance dividia a doutrina e a jurisprudência, pela contradição que apresentava com o disposto no art. 1084.º, n.º 3 (que se encontra entre as normas aplicáveis apenas ao arrendamento), é agora alterado em termos que fazem desaparecer essa contradição.

Em breves palavras, a contradição residia no facto de o art. 1084.º, n.º 3 permitir ao arrendatário pagar as rendas em mora no prazo de 3 meses depois de o locador ter invocado, extrajudicialmente, a resolução do contrato por falta de pagamento de rendas, enquanto o art. 1048.º permitia o pagamento das rendas em atraso até ao final do prazo para a contestação (quando era proposta ação de despejo) ou para deduzir oposição na ação executiva para entrega do imóvel arrendado (que se seguia à resolução por via extrajudicial). A doutrina esforçava-se por tentar harmonizar o alcance de tais preceitos. Para uns, se o arrendatário não pagasse as rendas em atraso nos 3 meses posteriores à resolução extrajudicial já não poderia exercer esse direito mais tarde, se fosse movida execução para entrega do imóvel (fazendo prevalecer, assim, a solução do art. 1084.º, n.º 3); para outros, esse pagamento era ainda possível até ao termo do prazo para deduzir oposição nessa execução (dando prevalência ao disposto no art.1048.º)<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Para uma sinopse dos diferentes entendimentos sobre a questão, pode ver-se Acórdão do STJ, de 06.12.2011 (Garcia Calejo), in <www.dgsi.pt>; e LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO, JOÃO CALDEIRA JORGE — Arrendamento Urbano, Novo regime anotado e legislação complementar, 3.ª ed, pp. 231 e seguintes.

<sup>(6)</sup> A última versão da Proposta n.º 38/XII, aprovada na especialidade em 01.06.2012 (e disponível na página eletrónica da Assembleia da República), continha a substituição da expressão “arrendamento” pela expressão “locação”, na redação do art. 1054.º. Todavia, na versão definitiva volta a surgir a expressão “arrendamento”.

A alteração introduzida traduz-se na eliminação do segmento literal que permitia o pagamento das rendas em atraso até ao termo do prazo para a oposição à execução (sendo tal execução a prevista no art. 930.º-A e seguintes do CPC). Deste modo, fica solucionada a questão da contradição entre aqueles preceitos. Acresce que tal alteração sempre se imporia pela necessidade de harmonização do preceito com as novas soluções processuais decorrentes da criação do Procedimento Especial de Despejo (art. 15.º da Lei n.º 6/2006, com a redação dada pela Lei n.º 31/2012) e da consequente diminuição do âmbito de aplicação da execução para entrega de imóvel arrendado.

3.1. A alteração introduzida no art. 1055.º (que é um complemento normativo do art. 1054.º) tem diminuto alcance normativo, por si só, pois traduz-se, essencialmente, na definição dos períodos de tempo relevantes para a contagem dos prazos de pré-aviso, sendo agora relevante não apenas o período de duração inicial, mas também (e de modo prevalente) o período de renovação do contrato, se diferente do anterior.

Criticável é o facto de o legislador ter mantido o art. 1054.º como uma norma que se aplica apenas ao arrendamento<sup>(6)</sup>, apesar da sua inserção sistemática entre as normas gerais da locação<sup>(7)</sup>. Desde a entrada em vigor da Lei n.º 6/2006 (que conferiu a atual redação ao art. 1054.º) que o âmbito de aplicação destas duas normas tem constituído uma perplexidade para o intérprete.

Na realidade, estas duas normas aplicam-se apenas a *contratos de arrendamento*, apesar de se encontrarem na Parte Geral da locação (onde apenas deveriam estar normas comuns da locação). Todavia, coloca-se a questão de saber a que arrendamentos se aplicavam.

---

(7) Sobre a crítica a esta norma, pode ver-se a nossa intervenção no Colóquio, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 8 de Abril de 2011 (“*A Necessidade de uma Nova Disciplina do Arrendamento Urbano*”); in Colóquio: Arrendamento Urbano — Balanço dos 5 anos de vigência do NRAU; disponível em <<http://www.justicativ.com/index.php?mustlogin=1&red=580>> e <[http://www.uc.pt/fduc/iniciativas\\_FDUC](http://www.uc.pt/fduc/iniciativas_FDUC)>.

(8) E até os denominados *arrendamentos para habitação não permanente* estavam previstos no art. 1095.º n.º 3 (agora revogado).

Seguramente que não se aplicam a contratos celebrados depois da entrada em vigor da Lei n.º 6/2006, porque no regime introduzido por este diploma os arrendamentos para habitação celebrados depois dessa data tinham o seu regime no art. 1095.º e seguintes<sup>(8)</sup>. Quanto aos arrendamentos para fins não habitacionais o seu regime consta dos artigos 1108.º e seguintes (onde também cabem os arrendamentos de prédios rústicos para fins não rurais nem florestais), e supletivamente são-lhes aplicáveis as normas do arrendamento para habitação. Conclui-se, assim, que o disposto nos artigos 1054.º e 1055.º não se aplica a arrendamentos celebrados depois da entrada em vigor da Lei n.º 6/2006.

Se não se aplicam a tais arrendamentos (e para terem alguma utilidade) só se podem aplicar a arrendamentos antigos. Aplicando-se apenas a arrendamentos antigos, são normas transitórias. E como normas transitórias não deveriam estar no CC. Deveriam, sim, estar no Regime Transitório.

E a que arrendamentos antigos se aplicam? A correspondência entre os regimes que vigoravam antes da Lei n.º 6/2006 e os regimes posteriores foi feita pelo art. 26.º desse diploma. Do n.º 3 deste artigo resultava que aos arrendamentos de duração limitada celebrados antes de 2006 passava a aplicar-se o regime dos arrendamentos com prazo certo; e do n.º 4 desse artigo concluía-se que aos antigos arrendamentos sem duração limitada (os denominados vinculísticos) passava a aplicar-se o regime de duração indeterminada (sem caber ao senhorio o direito de livre denúncia).

Mas o legislador esqueceu-se de referir, no art. 26.º da Lei 6/2006, a *terceira categoria* de arrendamentos antigos — os arrendamentos para habitação não permanente, arrendamentos de espaços não habitáveis para estacionamento de viaturas, afixação de publicidade, etc. — que anteriormente se encontravam previstos no art. 5.º, n.º 2 do revogado RAU (aprovado pelo DL n.º 321-B/90), que no seu art. 6.º remetia a respetiva disciplina para a parte geral da locação, prevista no Código Civil.

Assim, como o legislador de 2006 se esqueceu de referir esta categoria de arrendamentos, a única utilidade que os art. 1054.º e 1055.º do CC passaram a ter era a de disciplinar esses arrendamentos antigos; sendo, portanto, normas transitórias. No seu

âmbito de aplicação cabiam os arrendamentos *para habitação não permanente* celebrados antes de 2006 (por exemplo, arrendamento de uma casa para férias e fins-de-semana celebrado pelo prazo de um ano sucessivamente renovável), já que depois daquela data esse tipo de arrendamentos passaram a ser celebrados nos termos do art. 1095.º, n.º 3 (caducando no final do prazo convencionado, *ex vi* do art. 1096.º).

Com a alteração introduzida pela Lei n.º 31/2012 no art. 1095.º, deixando de haver um prazo mínimo do arrendamento para habitação e eliminando-se o n.º 3 deste artigo (passando a duração do contrato a depender plenamente da liberdade negocial das partes) desaparece completamente qualquer justificação para manter na parte geral da locação duas normas destinadas apenas à renovação e oposição à renovação do contrato de arrendamento. Acresce que o âmbito de aplicação do art. 1055.º é consumido pelo âmbito de aplicação dos artigos 1097.º e 1098.º, que são normas específicas do contrato de arrendamento.

Como o legislador de 2012 continuou a não estabelecer uma correspondência entre os arrendamentos previstos no n.º 2 do art. 5.º do RAU (aprovado pelo DL n.º 321-B/90) e as atuais modalidades temporais do contrato de arrendamento (o que agora se justificava menos do que em 2006, dado que o art. 1095.º deixou de estabelecer qualquer prazo mínimo de duração inicial do contrato), caso tivesse dado nova redação ao art. 1054.º — passando a referir-se ao contrato de *locação*<sup>(9)</sup> — teria sido possível, pelo menos, a harmonização desta norma com o que dispunha o art. 6.º do revogado RAU, que subtraía aqueles contratos à disciplina do arrendamento urbano e os remetia para as regras gerais da locação.

Deste modo, para que os artigos 1054.º e 1055.º não sejam letra morta, deverá entender-se que continuam a ter aplicação aos arrendamentos celebrados ao abrigo do n.º 2 do art. 5.º do RAU (de 1990), dando prevalência a uma interpretação histórica, em vez de uma interpretação sistemática (que ditaria a aplicação dos art. 1097.º e 1098.º). A consequência prática deste entendimento é

---

(9) Como constava da versão da Proposta n.º 38/XII, aprovada pela Assembleia da República, na especialidade, em 01.06.2012.

a de que, tratando-se de contratos com prazo inicial ou de renovação igual ou superior a um ano e inferior a seis anos, o prazo para manifestar a oposição à renovação do contrato, tanto pelo senhorio como pelo arrendatário, é mais curto do que aquele que resultaria da aplicação do art. 1097.º ou do art. 1098.º.

4. As alterações respeitantes às disposições gerais do arrendamento urbano (que se registam em sete normas) dirigem-se à forma do contrato (art. 1069.º), ao uso efetivo do locado (art. 1073.º), à natureza das normas sobre extinção do contrato de arrendamento (art.1080.º) e à resolução do contrato (art. 1083.º, art. 1084.º, art. 1085.º e art. 1087.º).

4.1. O art. 1069.º torna o contrato de arrendamento num contrato necessariamente formal, exigindo sempre a sua forma escrita, sob pena de nulidade (art. 220.º do CC). Na anterior redação desta norma apenas os contratos de duração superior a seis meses deviam ser reduzidos a escrito. Todavia, essa formulação suscitava dificuldades interpretativas quanto aos contratos de duração indeterminada. A nova redação representa um ganho em matéria de segurança das relações jurídicas, pois elimina as dificuldades anteriormente surgidos, quanto a saber se os arrendamentos de duração indeterminada necessitariam ou não de forma escrita. Solução alternativa poderia ter sido a de simplesmente ter estendido a exigência de forma aos contratos de duração indeterminada, mantendo a isenção de forma para os contratos de prazo certo até seis meses.

4.2. Acrescentando a alínea *d*) do art. 1072.º, o legislador vem ampliar as exceções ao cumprimento do dever de efetivamente usar o local arrendado e, nessa medida, diminuir as hipóteses de verificação do fundamento resolutivo na al. *d*) do n.º 2 do art. 1083.º. Para além de uma deselegante redação, a nova alínea do art. 1072.º amplia o estilo casuístico do preceito. A nosso ver, teria sido preferível o recurso a conceitos indeterminados mais abrangentes, que permitissem agrupar situações teleologicamente equiparáveis.

4.3. A nova redação do art. 1080.º traduz uma tentativa de clarificação do âmbito de imperatividade das normas que regem a extinção do contrato de arrendamento, enunciando expressamente a natureza imperativa das normas sobre resolução, caducidade e denúncia. Todavia, a nova formulação continua a não ser isenta de dúvidas.

Não se incluindo as normas sobre *oposição à renovação* entre as que têm natureza imperativa, tal pareceria permitir concluir que os prazos de pré-aviso previstos no n.º 1 do art. 1097.º e no n.º 1 do art. 1098.º poderiam ser diminuídos por acordo das partes. Mas já os prazos de antecedência para o exercício do direito de *denúncia* do arrendatário, previstos no n.º 3 do art. 1098.º, não poderiam ser alterados por acordo das partes, face à nova redação do art. 1080.º. A nosso ver, seria preferível eliminar o art. 1080.º, pois a natureza imperativa de cada norma já decorre do seu específico conteúdo, como se verifica em matéria de oposição à renovação, onde a lei fala em “antecedência mínima”.

4.4. Em matéria de resolução do contrato, são introduzidas no art. 1083.º algumas modificações de importante relevo normativo a par de outras de cariz quase cosmético.

Nesta última categoria encontram-se as alíneas *c)* e *e)* do n.º 2 desse artigo.

A alteração introduzida pela alínea *c)* consistiu em acrescentar a expressão: “*ainda que a alteração do uso não implique maior desgaste ou desvalorização para o prédio*”. Trata-se de uma alteração quase irrelevante, pois o fundamento resolutivo continua a ser a violação do dever estabelecido pela al. *c)* do art. 1038.º (*não aplicar a coisa a fim diverso daqueles a que ela se destina*) quando atinja o nível de gravidade pressuposto pelo n.º 2 do art. 1083.º, o que tornará inexigível ao locador a manutenção da relação de arrendamento. A gravidade do comportamento do arrendatário não decorre necessariamente do facto de o desvio de fim causar maior desgaste ou desvalorização para o prédio; decorre do desvio do fim em si mesmo (que, em concreto, até pode ser menos desgastante para o imóvel) e da consequente repercussão na manutenção da relação de arrendamento, considerando todas as relevantes circuns-

tâncias do caso concreto, nomeadamente a duração do desvio e o seu carácter meramente episódico ou potencialmente definitivo. O desvio do fim é desvio unilateral ao cumprimento do programa contratual e, conseqüentemente, uma violação do princípio do contrato (consagrado no art. 406.º, n.º 1).

A alteração da alínea *e*) limita-se a esclarecer que a cedência ilícita, inválida ou ineficaz se reporta ao *gozo do prédio*, o que, aliás, não causava qualquer dúvida de que assim fosse. Todavia, a norma tem agora uma melhor expressão literal, o que deve ser registado como uma mudança positiva.

A alteração introduzida na al. *a*) traduz-se na eliminação dos adjetivos “reiterada e grave”, respeitantes à violação de determinadas regras por parte do arrendatário, o que representa uma melhoria técnica da norma. Na realidade, a anterior adjetivação era redundante, pois o que relevava e continua a relevar, para efeitos de verificação do fundamento resolutivo, era e é o preenchimento da cláusula geral prevista no n.º 2 do art. 1083.º. Para atingir o nível de gravidade que torna inexigível ao locador a manutenção da relação de arrendamento, o comportamento ilícito do arrendatário será, normalmente, um comportamento reiterado.

4.5. Pelos números 3 e 4 do art.1083.º, em conjugação com os n.º 3 e n.º 4 do art. 1084.º, são introduzidas significativas alterações no regime da resolução por falta de pagamento de rendas.

Identifica-se em tais alterações legislativas o propósito de conferir maior tutela aos interesses do locador, tornando mais fácil a resolução do contrato por falta de pagamento de rendas, o que se traduz no encurtamento do prazo de incumprimento indiscutivelmente relevante para efeitos de resolução extrajudicial, na restrição (tanto de prazo como de oportunidade) das hipóteses conferidas ao arrendatário para neutralizar o efeito resolutivo da comunicação do senhorio e na introdução de uma nova hipótese de resolução correspondente à reiteração das situações de mora.

A tutela dos interesses do locador recebe também acolhimento na nova redação do art. 1087.º, estabelecendo-se agora o prazo de um mês para a entrega do imóvel após a resolução do contrato (sendo anteriormente de 3 meses).



4.6. Nos termos do n.º 3 do art. 1083.º, o tempo de atraso no pagamento das rendas (ou de outros montantes relacionados com o gozo do imóvel), relevante para efeitos de resolução extrajudicial do contrato (a operar nos termos do art. 9.º, n.º 7 da Lei n.º 6/2006), é agora de 2 meses (sendo anteriormente de 3 meses) e a oportunidade, irrepetível (*ex vi* do n.º 4 do art. 1084.º), de o arrendatário neutralizar o efeito resolutivo é agora de um mês (sendo anteriormente de 3 meses).

Esta diminuição de prazos coincide com o que foi por nós defendido e proposto, pois entendíamos que o legislador não deveria ser tão “generoso” com o arrendatário face ao incumprimento do seu dever primário de pagar a renda.

Estas novas soluções poderão, assim, contribuir para o aumento da confiança dos potenciais senhorios na celebração de futuros contratos de arrendamento e, nessa medida, cumprir o propósito político de aumentar o número de locais arrendáveis.

4.7. Já o “novo fundamento resolutivo”, inscrito no n.º 4 do art. 1083.º, nos parece criticável. Esta norma vem sancionar o atraso no pagamento da renda, repetido por mais de 4 vezes no período de 12 meses, quando sejam ultrapassados 8 dias para além da data em que a renda era devida.

Uma dúvida que esta norma imediatamente suscita é a de saber qual o momento em que deve ser iniciada a contagem do tempo de mora (superior a 8 dias) relevante para a sua aplicação. A nosso ver tal terá de ser conjugado com o disposto no art. 1041.º. Assim, se nos termos do n.º 2 deste artigo, os primeiros 8 dias de mora são juridicamente irrelevantes (desde que o arrendatário pague até ao final desse prazo), então o tempo de mora relevante para efeitos no n.º 4 do art. 1083.º só deverá contar-se a partir do final desse período. E mesmo assim, o n.º 4 do art. 1083.º e o n.º 2 do art. 1041.º apresentam uma contradição normativa difícil de compreender.

Por outro lado, o senhorio que sucessivamente aceita rendas atrasadas (para além do período de 8 dias a que se refere o n.º 2 do art. 1041.º) e cobra a penalização de 50%, sem nunca advertir o arrendatário de que pretende, por tal facto, resolver o contrato,

poderá criar na contraparte a convicção de que não invocará essa resolução. Parece-nos que em tais circunstâncias o senhorio poderá vir a incorrer em abuso de direito. A nosso ver, por razões de segurança das relações jurídicas e até de conformidade ao princípio da boa fé, ao senhorio deveria ter sido imposto o dever de avisar o arrendatário da sua futura intensão, por exemplo, através de carta registrada com aviso de receção, quando este incorresse no terceiro atraso.

4.8. A nova redação dada ao n.º 2 do art. 1085.º vem estabelecer o prazo de caducidade de 3 meses para exercer o direito de resolução com base na falta de pagamento, ou reiterada falta de pagamento atempado, das rendas, nos termos dos n.º 3 e n.º 4 do art. 1083.º. Como este fundamento não tem de ser invocado por via judicial, esse prazo de caducidade passa a valer também para a hipótese de a resolução ser invocada por via extrajudicial, nos termos do art. 9.º, n.º 7 da Lei n.º 6/2006.

Importa, todavia, ter presente o disposto no art. 21.º da Lei n.º 6/2006, pois nos termos desta norma o prazo para propor a ação de despejo, com base na falta de pagamento de rendas, é encurtado para 20 dias, quando o senhorio pretenda impugnar o depósito das rendas.

4.9. O art. 1087.º vem diminuir (de três) para um mês o prazo para entrega do local arrendado a contar da resolução do contrato, inscrevendo-se, assim, no propósito legislativo de tornar mais célere a desocupação do local arrendado quando o contrato se encontra já extinto.

Todavia, na hipótese de o senhorio recorrer imediatamente ao Procedimento Especial de Despejo, previsto no art. 15.º e seguintes da Lei n.º 6/2006, e de o arrendatário ser logo notificado, nos termos do art. 15.º-D deste diploma, para desocupar o local no prazo de 15 dias, o prazo fixado no art. 1087.º deverá prevalecer, pois decorre do n.º 1 do art. 15.º que aquele Procedimento se destina a efetivar a cessação do arrendamento quando o arrendatário não desocupe o local “na data prevista na lei”.

---

(10) Passando Portugal a ter, assim, uma das legislações mais liberais da Europa para os novos contratos de arrendamento.

5. O domínio dos arrendamentos para habitação é aquele onde se registam as mais amplas e significativas alterações legislativas. Entre tais alterações encontram-se soluções que são claramente positivas, por contribuírem para a definição de um conteúdo mais equilibrado da relação de arrendamento, contribuindo, nessa medida, para a potencial dinamização do mercado do arrendamento habitacional. Todavia, estes aparentes aspetos positivos acabam por ser contrariados por soluções de sentido inverso, que conduzem à existência de um deficiente regime do arrendamento habitacional, integrado por soluções tecnicamente imperfeitas e teleologicamente contraditórias.

5.1. O art. 1095.º (tanto pela nova redação do seu n.º 2 como pela eliminação do seu anterior n.º 3) comporta uma das alterações mais visíveis do novo regime do arrendamento habitacional, pois deixa a determinação do prazo do contrato inteiramente no domínio da vontade das partes, eliminando a existência de um prazo inicial mínimo<sup>(10)</sup>. Apenas na hipótese de as partes não convencionarem qualquer prazo, a lei fornece supletivamente, no art. 1094.º, n.º 3, o prazo de 2 anos, determinando igualmente a modalidade temporal do contrato, que agora é de prazo certo (em vez da anterior duração indeterminada).

A aparente vantagem daquela solução será a de aumentar a oferta de imóveis arrendáveis por curtos períodos ou para habitação não permanente mas tornará, provavelmente, ainda mais escassa a oferta de imóveis para habitação familiar (de carácter tendencialmente mais estável).

5.2. Ao eliminar o n.º 3 do art. 1095.º, o legislador não teve em atenção as consequências desse facto no regime dos contratos celebrados na vigência dessa norma. Efetivamente, da anterior redação do n.º 1 do art. 1096.º resultava que esses contratos (para habitação não permanente ou fim especial transitório) caducavam no final do prazo convencionado. Como o atual n.º 2 do art. 1096.º só não estabelece a renovação automática dos contratos celebrados

com prazo igual ou inferior a 30 dias, e como se trata de uma norma com aplicação imediata às relações que subsistam à data da sua entrada em vigor (*ex vi* do art. 12.º do CC), entendemos que essa norma deverá ser *interpretada restritivamente*, excluindo-se a sua aplicação aos contratos celebrados na vigência do n.º 3 do art. 1095.º, pois se as partes tivessem previsto tal possibilidade de alteração legislativa teriam excluído a renovação do contrato (como a lei atualmente permite). Assim, entendemos que, por exemplo, um arrendamento para residência de estudantes, celebrado em julho de 2012, pelo prazo de 3 anos, deverá caducar no final desse prazo, sem haver, portanto, renovação automática.

5.3. Em matéria de oposição à renovação do contrato, tanto por iniciativa do senhorio como do arrendatário, são introduzidas alterações significativas nos artigos 1097.º e 1098.º.

Dado que o art. 1095.º deixou de estabelecer um prazo de duração mínima do contrato, aquelas normas vieram, em consonância, estabelecer a diversificação dos períodos de pré-aviso, criando uma relação de correspondência entre a maior ou menor duração do contrato e a maior ou menor amplitude do prazo de pré-aviso para comunicar a oposição à renovação, devendo o concreto tempo de pré-aviso ser medido por referência ao período (inicial ou renovado) em cujo final se pretende a extinção do contrato.

Na hipótese de oposição à renovação do contrato por iniciativa do senhorio, o n.º 4 do art. 1098.º vem conferir ao arrendatário o direito de (durante o tempo de pré-aviso dado pelo senhorio) denunciar o contrato<sup>(11)</sup>, a todo o tempo, com uma antecedência não inferior a 30 dias do termo pretendido do contrato.

Esta solução corresponde, na essência, ao que foi por nós proposto e defendido (embora preferíssemos que o prazo de pré-aviso do arrendatário fosse inferior a 30 dias), e o seu alcance é o de conferir ao arrendatário a flexibilidade necessária para oportunamente

---

(11) A nosso ver, a designação tecnicamente mais correta nesta hipótese seria “revogação unilateral” e não denúncia do contrato, dado que se trata de um contrato com prazo certo.

(12) Trata-se de uma manifestação da técnica do “corta e cola” usada em relação ao n.º 4 do art. 1098.º.

encontrar um alojamento alternativo (a partir do momento em que deixa de ter expectativa quanto à renovação do contrato), sem sofrer as limitações decorrentes dos prazos de pré-aviso estabelecidos no n.º 3 do art. 1098.º ou as penalizações económicas pela inobservância do pré-aviso estabelecidas no n.º 6 deste artigo. Na realidade, se o arrendatário que oportunamente encontra uma adequada alternativa de alojamento (para contratar de imediato), tiver que pagar ao locador rendas correspondentes a 120 dias, por inobservância do pré-aviso, tendo ainda que, eventualmente, pagar 2 meses de renda adiantada pelo novo contrato, é fácil concluir que as suas opções de mobilidade ficarão seriamente limitadas.

Idêntica possibilidade de desvinculação unilateral deverá considerar-se conferida ao arrendatário pelo n.º 2 do art. 1100.º, nos contratos de duração indeterminada, apesar do manifesto *lapsus literal* desta norma que diz: “quando o senhorio impedir a *renovação automática* do contrato *nos termos do artigo anterior*”, quando é óbvio que deveria referir-se à denúncia livre prevista no artigo seguinte — o art. 1101.º, al. c)<sup>(12)</sup>. O alcance desta solução é, na essência, aquele que já deixamos exposto *supra*, ou seja, resumidamente, o de permitir ao arrendatário (que deixou de ter qualquer expectativa na continuidade daquele contrato) gerir de forma mais flexível a oportunidade de encontrar um alojamento alternativo.

Entendemos que o senhorio, depois de denunciar o contrato ou de se opor à sua renovação, já não deverá ver tutelada a sua expectativa de que o contrato dure até ao momento em que, por sua vontade, o efeito extintivo devesse produzir-se.

5.4. Se a solução consagrada tanto no n.º 4 do art. 1098.º como no n.º 2 do art. 1100.º contribui favoravelmente para a dinamização do mercado do arrendamento, facilitando a celebração de novos contratos, já a exigência feita pelo n.º 3 do art. 1098.º, estabe-

---

<sup>(13)</sup> Esta solução, relativamente aos arrendamentos de prazo certo, não é uma originalidade da Reforma de 2012, pois constava já do anterior n.º 2 do art. 1098.º, que era uma norma generalizadamente criticada. Em vez de aproveitar a oportunidade legislativa para eliminar tal solução, o legislador veio ainda estende-la aos arrendamentos de duração indeterminada (no n.º 1 do art. 1110.º).

lecendo o decurso de um terço do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação como condição do direito de denúncia do arrendatário<sup>(13)</sup>,bem como pelo n.º 1 do art. 1100.º que só permite a denúncia por este sujeito após 6 meses de duração do contrato, constituem soluções incompreensíveis e absolutamente injustificáveis, tanto do ponto de vista do equilíbrio dos interesses em jogo como do ponto de vista dos propósitos políticos da reforma.

Na realidade, tutelar desta forma o interesse do senhorio no recebimento de um número mínimo de meses de rendas, num contexto económico onde a procura é manifestamente superior à oferta e onde as rendas dos novos contratos são, em geral, elevadas, é uma contradição face ao propósito político de dinamizar o mercado do arrendamento e de, por essa via, fazer com que os valores médios das rendas sejam mais baixos.

5.5. Em matéria de denúncia do contrato de duração indeterminada, por iniciativa do senhorio, as alterações introduzidas merecem, na sua generalidade, uma apreciação positiva, pois é dado melhor acolhimento a atendíveis interesses do senhorio, contribuindo, deste modo, para uma definição mais equilibrada dos direitos extintivos deste sujeito.

Merece destaque a diminuição do prazo de pré-aviso para a denúncia livre, previsto na alínea *c*) do art. 1101.º, que é agora de 2 anos (sendo anteriormente de 5 anos) e a conseqüente revogação do art. 1104.º, que deixaria de ter sentido útil face à redução daquele prazo de pré-aviso.

Esta solução foi por nós defendida e correspondia à opinião generalizada da doutrina que criticava o anterior prazo de pré-aviso por ser demasiado longo, não tornando, por isso, a modalidade dos contratos de duração indeterminada numa opção apetecível para quem pretendia dar um imóvel de arrendamento.

---

<sup>(14)</sup> Nesta matéria, é de aplaudir o desaparecimento da possibilidade de o arrendatário reocupar o local arrendado, que se encontrava prevista no anterior n.º 6 do art. 1103.º. Importa, todavia, ter presente o disposto no art. 26.º, n.º 4, al. *b*) quanto ao cálculo desta indemnização.

<sup>(15)</sup> Deve aqui ser tido em conta o disposto no art. 26.º, n.º 4 al. *a*), que mantém a aplicação do art. 107.º do RAU (aprovado pelo DL n.º 321-B/90).

Na disciplina da denominada denúncia motivada — correspondente às hipóteses previstas nas alíneas *a)* e *b)* do art. 1101.º — as alterações mais significativas respeitam ao modo de exercício do direito, que deixa de ter carácter judicial, e à redefinição de prazos e outros pressupostos do exercício do direito.

O n.º 1 do art. 1103.º consagra, agora, o carácter extrajudicial do exercício do direito de denúncia, tanto quando o motivo é a necessidade de habitação como quando se trata da demolição do imóvel ou da realização de obras incompatíveis com a permanência do arrendatário no local arrendado. A atual natureza extrajudicial do exercício do direito não significa que este não tenha de ser fundamentado. A ausência de fundamentação tem como consequência a ineficácia da comunicação; e a sua eventual falta de veracidade será controlável posteriormente, nos termos do n.º 7 do art. 1103.º, podendo o arrendatário exigir o pagamento de uma indemnização correspondente a 10 anos de renda<sup>(14)</sup>.

Entre os aspetos positivos das alterações legislativas em análise, cabe ainda destacar a diminuição do prazo de titularidade do direito do senhorio que invoca a denúncia com base na necessidade de habitação, própria ou de um filho, que é agora de 2 anos (sendo anteriormente de 5) quando o direito é adquirido por ato *inter vivos* — alínea *a)* do n.º 1 do art. 1102.º<sup>(15)</sup>.

Todavia, o legislador não aproveitou a oportunidade para eliminar as discrepâncias de ordem geográfica que continuam presentes na alínea *b)* do n.º 1 do art. 1102.º.

São amplamente conhecidas as razões históricas, respeitantes a alegadas facilidades de transporte, que justificaram a diferenciação de tratamento entre locais arrendados localizados nos concelhos de Lisboa e Porto e concelhos limítrofe e o resto do país. Será, provavelmente, o desconhecimento da evolução histórica da disciplina do arrendamento urbano que terá levado o legislador a manter uma regra completamente obsoleta e até sociologicamente subvertida.

---

<sup>(16)</sup> A versão final do n.º 1 desta norma acabou por não corresponder inteiramente à redação que lhe havia sido dada pela Proposta n.º 38/XII, que exigia a duração de 2 anos tanto da união de facto como da economia comum (além de um ano de residência no local arrendado) como pressuposto para a transmissão do direito ao arrendamento.

5.6. As alterações introduzidas no art. 1106.º, em matéria de transmissão do direito ao arrendamento por morte do arrendatário, suscitam-nos alguma crítica<sup>(16)</sup>.

A exigência, agora expressa, no n.º 2 deste artigo, de que a pessoa que com o arrendatário vivia em união de facto ou pessoa que com ele vivia em economia comum tenha de ter residido no local arrendado, por mais de um ano, à data da morte do arrendatário, parece-nos uma solução desfasada do contexto legislativo de 2012. Efetivamente, sendo o art. 1106.º uma norma que se aplica apenas a novos arrendamentos, ou seja, aos arrendamentos celebrados depois da entrada em vigor da Lei n.º 6/2006 (aplicando-se aos arrendamentos anteriores o art. 57.º desta lei), é teleologicamente incompreensível a decisão de tornar mais difícil a transmissão do direito, precisamente quando o novo quadro legislativo vem liberalizar o prazo de duração do contrato e facilitar a sua extinção por vontade do senhorio.

Daqui resulta que (diferentemente do que acontecia na vigência dos arrendamentos vinculísticos) a transmissão por morte não faz alongar o prazo de duração do contrato, pois o senhorio continuará a poder opor-se à renovação ou a denunciar o contrato, em relação ao arrendatário sucessor rigorosamente nos mesmos termos em que o podia fazer quanto ao falecido arrendatário.

Acresce que, as pessoas em causa partilham recursos económicos com o arrendatário, contribuindo, provavelmente, para o pagamento da renda e enquanto vivem com o arrendatário no local arrendado cumprem, tal como ele, os demais deveres respeitantes ao gozo do imóvel, pelo que os hipotéticos argumentos que pudessem ser retirados do alegado carácter *intuito personae* do arrendamento habitacional ou o eventual maior risco de incumprimento contratual, por parte do arrendatário sucessor, não são decisivos enquanto razões normativamente diferenciadoras.

Entendíamos, na vigência da lei anterior, que o prazo de um ano a que a lei se referia, na hipótese da união de facto, deveria ser interpretado como uma norma especial face à Lei n.º 7/2001, com

---

(17) MARIA OLINDA GARCIA; A Nova Disciplina do Arrendamento Urbano, p. 41 (2.ª ed.), Coimbra Editora.



relevo no domínio específico da transmissão do direito à habitação<sup>(17)</sup>, por ser essa a interpretação menos penalizadora dos interesses da pessoa que necessita de habitação. Se esta pessoa (independentemente de viver há mais ou há menos tempo no local arrendado) continuar a cumprir pontualmente todos os deveres de arrendatário, que prejuízo daí decorre para o senhorio? Entendemos que nenhum, pois este sujeito pode sempre extinguir o contrato nos mesmos termos em que o poderia fazer se não tivesse falecido o anterior arrendatário.

Nos termos da nova lei, a pessoa que vive em união de facto com o arrendatário, por exemplo, há 10 anos, quando é celebrado o contrato de arrendamento, só um ano depois de residir no novo local arrendado terá direito à transmissão por morte do arrendatário. Também assim, se um casal viver “de facto em união”, há menos de um ano, e viver no local arrendado também há menos de um ano, caso o arrendatário morra deixando a sua companheira grávida de sete ou oito meses, esta não terá direito à transmissão do arrendamento.

Estes dois exemplos ilustram a desadequação das soluções legais em matéria de transmissão do direito ao arrendamento por morte do arrendatário, desprotegendo gravemente o direito à habitação do unido de facto e não correspondendo a qualquer interesse do senhorio digno de tutela legal. Se o falecido arrendatário tinha também tomado de arrendamento uma garagem, por sua morte o respetivo direito transmite-se, nos termos do art. 1113.º, eventualmente, para os seus pais (que possivelmente nunca usaram esse local nem dele necessitam), mas o direito ao arrendamento para habitação caduca, apesar da dignidade constitucional do direito à habitação.

Merece-nos idêntico nível de crítica a solução prevista para a transmissão do direito ao arrendamento entre pessoas que vivem em economia comum.

Imagine-se a hipóteses de dois irmãos, que há várias décadas vivem em economia comum, que agora celebram um contrato de arrendamento, pelo prazo de 4 ou 5 anos, vindo a falecer aquele que assumiu a qualidade de arrendatário, antes de se completar o primeiro ano de residência no local arrendado. Nos termos da nova redação dada ao n.º 2 do art. 1106.º, este arrendamento caduca. E o

legislador não atendeu sequer ao facto de a pessoa que perde a sua habitação ter, eventualmente, idade avançada ou incapacidade superior a 60%.

A nosso ver, *de iure constituendo*, o arrendamento para habitação não deveria caducar por morte do arrendatário; devendo transmitir-se a quem com ele vivia (independentemente do tempo e da condição dessa vivência), vigorando o contrato até ao fim do prazo convencionado ou renovado, pois tal circunstância em nada prejudica os direitos extintivos do senhorio, já que este pode sempre opor-se à renovação do contrato (ou exercer o seu direito de denúncia nos contratos de duração indeterminada).

O n.º 4 do art. 1116.º vem excluir a transmissão do direito ao arrendamento quando o beneficiário “*tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limitrofes, ou no respetivo concelho quanto ao resto do País, à data da morte do arrendatário*”.

Tal solução é merecedora de uma crítica veemente, não apenas pela ambiguidade da sua redação mas, sobretudo, pela desadequação teleológica e contradição que revela face aos propósitos de política legislativa que presidiram à reforma de 2012.

Ser proprietário de outra casa ou arrendatário de outra casa (por exemplo de uma casa de férias), no mesmo concelho ou concelho limítrofe tratando-se de Lisboa ou Porto, não poderá, por si só, ser um facto excludente do direito à transmissão do arrendamento. O único sentido minimamente razoável da interpretação desta norma (mesmo para quem discorda da sua existência) é o de excluir da transmissão as pessoas que tiverem uma alternativa viável de habitação.

Assim, tal norma não poderá ter aplicação quando o proprietário do imóvel (adquirido, por exemplo, por via sucessória) não o puder habitar porque, por sua vez, se encontra arrendado (tratando-se, por exemplo, de um arrendamento antigo a um arrendatário com mais de 65 anos); ou exista a favor de terceiro algum direito real de gozo limitado (por exemplo, um usufruto ou direito real de habitação); ou ainda quando o imóvel se encontre degradado e, por isso, não reúna condições de habitabilidade.

Mesmo com esta delimitação do seu âmbito aplicativo, entendemos que o n.º 4 do art. 1106.º não deveria existir, pois constitui um obstáculo à dinamização do mercado do arrendamento habitacional, por introduzir um fator de insegurança na contratação, desincentivando a opção pelo arrendamento em vez da compra do imóvel.

O facto de se ser proprietário de um local habitável no mesmo concelho ou em concelho limítrofe (tratando-se de Lisboa ou Porto) não deverá constituir um fator de desproteção de quem vive em local arrendado enquanto membro do agregado familiar ou da economia comum do arrendatário. Na realidade, se o proprietário não vive na sua própria casa é porque esse não será o local adequado a satisfazer as necessidades habitacionais ou profissionais próprias e da sua família.

Para realçar o absurdo desta solução cabe aqui lembrar que o art. 1106.º só se aplica a arrendamentos novos (celebrados depois da entrada em vigor da lei n.º 6/2006), ou seja, arrendamentos que o senhorio pode livremente denunciar bem como impedir a sua renovação para o final do prazo, independentemente de ter havido transmissão, por via *mortis causa*, do direito ao arrendamento.

Pressuposto da aplicação do art. 1106.º é a existência de um arrendamento com arrendatário singular, pois só nessa hipótese se pode falar de *transmissão* do direito ao arrendamento.

Existindo um arrendamento plural<sup>(18)</sup>, seja por comunicabilidade do direito ao cônjuge do arrendatário (nos termos do art. 1068.º), seja porque as partes expressamente acordam que o imóvel seja tomado de arrendamento por dois ou mais co-arrendatários, não terão aplicação os limites à transmissão do direito previstos no art. 1106.º em caso de morte de um dos co-arrendatários, pois em tal hipótese verificar-se-á a *concentração* do direito no arrendatário sobrevivente (à semelhança do previsto no art. 1105.º em caso de divórcio).

---

<sup>(18)</sup> Sobre os modos de constituição do arrendamento plural, vd. Maria Olinda Garcia; O Arrendamento Plural — Quadro Normativo e Natureza Jurídica, pp. 127 e seguintes.

6. Para terminar a análise das modificadas normas do Código Civil, falta apreciar a alteração introduzida no n.º 2 do art. 1110.º, em matéria de duração do arrendamento para fins não habitacionais.

O n.º 2 do art. 1110.º vem reduzir o prazo supletivo (de dez) para cinco anos, prevendo, assim, a hipótese de as partes não terem usado a sua ampla liberdade contratual para estipularem esse elemento do contrato (dando acolhimento à crítica generalizada de que o anterior prazo de dez anos era excessivo).

O legislador não aproveitou, porém, para clarificar o exercício do direito de denúncia aí referido. Na realidade, tratando-se de um contrato a prazo, quando as partes não usam a liberdade de modelação do estatuto extintivo do contrato, que lhes é conferida pelo n.º 1 do art. 1110.º, os prazos de oposição à renovação serão os previstos nos artigos 1097.º e 1098.º, com a ressalva introduzida na parte final do n.º 2 do art. 1110.º quanto ao direito de denúncia do arrendatário, que aqui não é de 120 dias como no arrendamento habitacional, mas sim de um ano em relação à data em que o contrato deva extinguir-se. A nosso ver, teria sido mais adequado estabelecer um prazo supletivo mais curto, por exemplo, de 90 dias, o que já tutelaria razoavelmente os interesses do locador.

7. Em conclusão, podemos afirmar, em termos sumários, que as alterações às normas do CC, em matéria de arrendamento urbano, não dão adequado acolhimento aos objetivos de política legislativa que justificaram o surgimento da nova legislação.

Na realidade, as deficiências técnicas e as contradições valorativas que se identificam naquelas alterações farão com que o novo regime não contribua para a dinamização do mercado do arrendamento, sobretudo do arrendamento habitacional, pois não comporta o nível de confiança necessário para que os sujeitos que pretendem aceder ao gozo de um imóvel optem pelo arrendamento, em vez da aquisição de casa própria.

Quem procura uma habitação estável (que possa constituir uma alternativa à compra de um imóvel) não encontra nas novas soluções um atendimento equilibrado dos seus interesses, o que é claramente

demonstrável, desde logo, pelo desaparecimento de um prazo mínimo de duração do contrato em favor do arrendatário. Não sendo garantido ao arrendatário uma duração inicial mínima do contrato (por exemplo de três ou quatro anos), o locador tenderá a fixar prazos relativamente curtos (por exemplo, 6 meses ou um ano), procurando que, no seu final, o arrendatário aceite um aumento de renda, como condição para não exercer o seu direito de oposição à renovação. O arrendatário que procura estabilidade ou que não tem fácil mobilidade (pela sua idade ou pelo maior número de pessoas que compõem o seu agregado familiar) tenderá a aceitar esse aumento de rendas.

Tal solução não contribuirá para a diminuição geral dos valores das rendas nos novos contratos.

Também não contribuirá para este objetivo a existência de normas que exigem um tempo mínimo de duração do contrato para que o arrendatário o possa denunciar ou que lhe impõem o pagamento das rendas correspondentes aos meses de pré-aviso em falta. Efetivamente, se os arrendatários que têm maior mobilidade (em regra, pessoas mais jovens e com agregados familiares mais pequenos) pudessem facilmente denunciar o contrato (por exemplo, com um mês de antecedência), quando encontram uma alternativa de arrendamento, pagando uma renda mais baixa, tal comportamento contribuiria para uma diminuição generalizada dos valores das rendas nos novos contratos.

A nosso ver, não é amarrando o arrendatário ao pagamento de um número mínimo de meses de renda, para poder denunciar o contrato, que se incentiva os proprietários a colocarem os seus imóveis no mercado do arrendamento. Tal objetivo será conseguido pela confiança que uma boa disciplina do arrendamento urbano possa introduzir no mercado do arrendamento e pela inevitável adequação do regime fiscal dos rendimentos provenientes do contrato de arrendamento.

*Coimbra, Agosto de 2012*



# PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO

— contributos para uma “rectificação” —

*Pela Prof.<sup>a</sup> Doutora Catarina Serra*

*SUMÁRIO:*

**1. Nota introdutória. 2. Aspectos de técnica legislativa (mas com implicações substanciais).** 2.1. A designação do processo; 2.2. Sistematização; 2.3. Incoerências. **3. Aspectos de carácter substancial.** 3.1. O administrador judicial provisório em particular; 3.1.1. O administrador judicial provisório e o (novo) administrador judicial provisório; 3.1.2. A nomeação do administrador judicial provisório; 3.1.3. A actividade de administração de bens. 3.2. O financiamento do devedor “desvitalizado” em particular. 3.2.1. As garantias abrangem os “credores não financeiros”?; 3.2.2. A garantia de subsistência no caso de declaração de insolvência abrange as garantias convencionadas para os créditos preexistentes?; 3.2.3. Por que são os actos com finalidade de financiamento insusceptíveis de resolução?; 3.2.4. Terão os credores preexistentes um direito de preferência na concessão do financiamento? **4. Considerações finais. Razões para algum cepticismo sobre o futuro do PER.** 4.1. Uma oportunidade para a fraude à lei?; 4.2. Serão as garantias suficientes para assegurar o financiamento?; 4.3. Quando se porá fim à (alegada) indisponibilidade dos créditos públicos?

---

(<sup>1</sup>) As dez medidas são enunciadas no documento que serviu de base à apresentação pública do Programa Revitalizar, disponível em <[http://www.dre-algarve.min-economia.pt/pdf/20120208\\_revitalizar.pdf](http://www.dre-algarve.min-economia.pt/pdf/20120208_revitalizar.pdf)>.

(<sup>2</sup>) O regime do PER aplica-se a qualquer devedor, pessoa singular, pessoa colectiva, património autónomo, titular de empresa ou não, dado o silêncio da lei quanto a quaisquer requisitos (cf. art. 1.º, n.º 2, e art. 17.º-A, n.º 1). No entanto — pelo menos teoricamente —, só pode aceder ao PER o devedor que se encontre em situação económica difícil ou de insolvência iminente (cf. art. 1.º, n.º 2, e 17.º-A, n.º 1). A primeira está definida no art. 17.º-B como a situação em que o devedor enfrenta “dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito”; a segunda não está, pura e simplesmente, definida na lei, ficando, assim, a doutrina e a jurisprudência portuguesas com o encargo de esclarecer as dúvidas, tanto quanto ao conteúdo do conceito como quanto ao seu confronto com o conceito de situação económica difícil. Entretanto, pode ver-se, nos quadros da lei alemã e da lei espanhola, JUAN PABLO UCEDA, “La insolvência iminente (análisis comparativo español y alemán)”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, 24, pp. 179 e s.



## 1. Nota introdutória

No dia 3 de Fevereiro de 2012 foi aprovado em Conselho de Ministros o “Programa Revitalizar” (cf. Resolução de Conselho de Ministros n.º 11/2012, de 3 de Fevereiro). O programa é, alegadamente, composto de dez medidas, de entre as quais se destacam, pela sua importância no plano da política legislativa, a revisão do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), a aprovação do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) e a revisão do enquadramento legal dos administradores da insolvência<sup>(1)</sup>. Das duas últimas ainda não há sinais mas a primeira já se concretizou — no dia 20 de Abril de 2012, com a publicação da Lei n.º 16/2012 que procede à sexta alteração do CIRE, mas que, no fundo, pouco mais faz do que instituir o processo especial de revitalização (PER).

Simplificadamente, o PER é um processo pré-insolvencial, cuja maior vantagem é a possibilidade de o devedor [qualquer devedor<sup>(2)</sup>] obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente. O maior risco é o de, depois de tudo, o devedor não conseguir evitar a declaração de insolvência.

Para os credores fica, mais uma vez, reservado o papel fundamental: ou consentirem (pelo menos momentaneamente) no sacrifício dos seus direitos para viabilizarem o PER ou então manterem-se irredutíveis, caso em que o plano de recuperação não é aprovado e aquele risco se concretizará. Evidentemente, a reacção

---

<sup>(3)</sup> cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, n.º 7, p. 127, e “A contratualização da insolvência: hybrid procedures e pre-packs (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, in: AA. VV, *II Congresso — Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012 (em curso de publicação).

<sup>(4)</sup> O PEC foi introduzido no ordenamento português pelo DL n.º 316/98, de 20 de Outubro, tendo a norma do n.º 5 do art. 2.º sido introduzida pelo DL n.º 201/2004, de 18 de Agosto. Sobre o dispositivo no PEC cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, Lisboa, Quid Juris, 2008, pp. 928 e s.

dos credores (o seu consentimento no sacrifício) depende da sua convicção sobre a bondade dos propósitos do PER e, mais precisamente, da segurança ou confiança que inspira o respectivo regime jurídico quanto à tutela dos seus direitos de crédito. Era essencial, pois, que as coisas tivessem sido bem delineadas.

Como se disse noutra ocasião, a grande virtualidade do PER é a possibilidade, típica dos *hybrid procedures*, de a homologação judicial tornar o acordo, posto que aprovado por uma maioria qualificada, vinculativo para todos os credores<sup>(3)</sup>. A verdade é que nem isto é realmente uma novidade. Desde 2004 que é admissível o suprimento judicial da falta de consentimento dos credores no âmbito dos acordos extrajudiciais, encontrando-se o dispositivo, não obstante pouco conhecido e pouco utilizado, regulado na disciplina do processo especial de conciliação (PEC)<sup>(4)</sup>.

## 2. Aspectos de técnica legislativa (mas com implicações substanciais)

Da leitura rápida dos arts. 17.º-A e s. do CIRE perpassa a ideia de alguma desatenção (desinteresse?) por parte do legislador no desenho do novo instrumento, sendo identificáveis, desde logo, problemas de técnica legislativa.

---

<sup>(3)</sup> “[A]o invés de se retirar dos tribunais, maxime dos tribunais e juízos de comércio, processos, criou-se um novo processo que correrá termos nesses tribunais e cuja tramitação, como se verá adiante, não é simples” (cf. MARIA JOSÉ COSTEIRA, “Comentários à proposta de Lei 39/XXII”, texto de apoio à intervenção na acção de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários “Insolvência e consequências da sua declaração”, disponível em <[http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/arquivo-documentos\\_2011-12/FC\\_Insolv\\_MJCosteira\\_cire\\_27-01-2012\\_1.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/arquivo-documentos_2011-12/FC_Insolv_MJCosteira_cire_27-01-2012_1.pdf)>. Para outros magistrados, o processo seria (tão-só) semi-judicial (cf. MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA, em intervenção na acção de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários “Insolvência e consequências da sua declaração”, disponível em vídeo em <[https://educast.fccn.pt/vod/clips/b176hia3l/link\\_box](https://educast.fccn.pt/vod/clips/b176hia3l/link_box)>).

<sup>(4)</sup> A expressão (completa) “revitalização do devedor” consta da epígrafe e do texto dos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º-F e ainda, implicitamente, do texto do n.º 1 do art. 17.º-C.

## 2.1. A designação do processo

A primeira infelicidade é o nome escolhido para designar o novo instrumento. Processo especial? A escolha dá razão ao lamento de alguns magistrados, como MARIA JOSÉ COSTEIRA, que salientam a discrepância entre o que se anuncia (um instrumento desjudicializado) e o que se disponibiliza (um verdadeiro processo judicial)<sup>(5)</sup>.

Que dizer, depois, da palavra “revitalização”?<sup>(6)</sup> Mesmo que a intenção seja reduzir a carga negativa associada ao termo “recuperação” e não deixar dúvidas de que se exclui do âmbito de aplicação do processo os devedores insolventes, a sua substituição pela palavra “revitalização” obriga a concluir que o processo se dirige à resolução do problema dos devedores “desvitalizados”, o que não é necessariamente melhor e, definitivamente, não soa melhor.

## 2.2. Sistematização

Depois, as normas desenrolam-se em longos textos, com divisão em vários números mas sem qualquer vestígio de sistematização. Ao que tudo indica, foi seguido o caminho mais fácil. Sempre que se regula matérias que respeitam a actos ou procedimentos que têm entre si alguma relação cronológica o procedimento é (quase) invariavelmente o mesmo: cria-se um novo número na norma. O legislador terá considerado que não valia a pena criar uma norma diferente (e enfrentar os inconvenientes que isso acarretaria, como a selecção das matérias a regular em cada uma e a concepção das respectivas epígrafes), crendo que seria possível ir desenvolvendo, sequencialmente, as matérias numa mesma norma.

O art. 17.º-C, n.º 3, al. *a*), com um prómio mais exíguo do que a respectiva disciplina, é exemplificativo do defeito apontado (o prómio restringe, em rigor, a disciplina da norma às obrigações do devedor mas a norma disciplina, de facto, também as obrigações do juiz).

A expressão máxima do problema encontra-se, porém, nos arts. 17.º-D e 17.º-E. O primeiro, com a epígrafe “[t]ramitação sub-

sequente”, divide-se em onze normas. Aí se criam obrigações e ónus para vários sujeitos (o devedor, o juiz, o administrador judicial provisório, os credores, os declarantes, os intervenientes) e — o que é mais grave — por vezes, na mesma norma e na mesma frase. Veja-se o n.º 3, que, em oração principal, mas implicitamente, constitui o administrador judicial provisório na obrigação de remessa da lista provisória de créditos para o tribunal e a secretaria na obrigação de a patentear e fazer publicar, e, em orações subordinadas, os credores no ónus de impugnar a lista e o juiz no dever de decidir as impugnações.

O segundo, com a epígrafe “[e]feitos”, é uma norma incorrecta sob o ponto de vista tanto da extensão como da sistematização. O n.º 1 dispõe sobre a proibição da instauração de acções de cobrança de dívidas contra o devedor e a suspensão e a extinção das acções em curso. O n.º 6 dispõe sobre a suspensão dos processos de insolvência contra o devedor em que que não tenha ainda sido proferida sentença declaratória de insolvência. Entre um e outro há quatro disposições (n.os 2 a 5), que servem exclusivamente para regular os poderes de carácter patrimonial do administrador

---

(7) Ambas as situações correspondem a um estado de pré-insolvência que, já de si, é extraordinariamente difícil de definir, quanto mais de comprovar. LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO (“Una lectura del régimen jurídico de los ‘acuerdos de refinanciación’. El expediente registral preconcursal”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 21, pp. 27-28) propõe que a caracterização da pré-insolvência esteja associada aos seguintes elementos: que existam factores convergentes de risco substancial ou grave (*substancial doubts*); que, considerando estes no seu conjunto e conjuntamente com os factores relativos ao passivo como sinais de alerta (*early warnings*), existam razões para crer que pode estar comprometida a continuidade da empresa (*going concern*); que seja possível fazer uma previsão razoável quanto ao futuro (*foreseeable future*) num horizonte temporal não excessivamente distante (de curto ou médio prazo).

(8) Numa versão anterior do n.º 2 do art. 17.º-A (na versão do “Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 24 de Novembro de 2011), exigia-se uma declaração certificada por técnico oficial de contas ou, sempre que a tal estivesse legalmente obrigado, por revisor oficial de contas, ambos independentes, atestando que o devedor reunia as condições necessárias para a sua recuperação. Como acontece com outros aspectos do processo, a norma evocava o disposto na norma do § 270b (1) da *Insolvenzordnung*, após a sua alteração pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*, de 7 de Dezembro de 2011, que continha, no § 270b (1), exigência idêntica. Bastando-se agora com a declaração do devedor, o processo especial de revitalização aproxima-se mais, neste ponto, dos *acuerdos de refinanciación* e das *propuestas anticipadas de convenio* do Direito espanhol (de que se falará adiante).

judicial provisório. Diz-se, fundamentalmente, que: para praticar actos de especial relevo, o devedor deve pedir autorização, por escrito, ao administrador judicial provisório; o administrador judicial provisório deve responder, por escrito, no prazo máximo de cinco dias, devendo entender-se que a falta de resposta corresponde à recusa de autorização. Seriam mesmo necessárias quatro disposições para dizer isto? E — sobretudo — é adequado autonomizar cada uma, pondo cada uma no mesmo plano dos n.ºs 1 e 6?

### 2.3. Incoerências

Acresce que o que se dispõe em cada norma, isoladamente considerada, não parece ter sido planeado com cuidado, antes dando a ideia de obedecer a critérios meramente estéticos ou, por vezes, nem obedecer a critério algum.

Assim acontece com o disposto no n.º 1 do art. 17.º-A: o PER tem como beneficiários os devedores que *comprovadamente* se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente? Mas que documentos está o devedor obrigado a apresentar para que o PER se inicie? Segundo os n.ºs 1 e 2 do art. 17.º-C, é suficiente uma declaração escrita assinada pelo devedor e por, pelo menos, um dos seus credores, em que se *manifesta a vontade* de encetar negociações conducentes à revitalização. Ora, este documento não tem aptidão para comprovar a situação económica difícil ou a insolvência iminente<sup>(7/8)</sup>. E nem o juiz tem o poder de averiguar; de acordo com a norma da al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C, a exibição da referida declaração e a comunicação,

---

(9) Sob este ponto de vista, foi mais feliz a norma (homóloga) do processo de homologação de acordos extrajudiciais do devedor — o art. 17.º-I, n.º 2 —, onde se afirma que o juiz (só) nomeia administrador judicial provisório (uma vez) recebidos os documentos exigidos.

(10) Comentário idêntico merece o art. 17.º-A, n.º 2, que dispõe que o PER pode ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, *ateste* que reúne as condições necessárias para a sua recuperação. Tem a declaração escrita e assinada pelo devedor aptidão para atestar o preenchimento do requisito?

(11) Este é, para MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.), um dos dois casos de indeferimento liminar do requerimento de abertura de PER.

pelo devedor, da sua pretensão de dar início às negociações conduz à abertura do processo, devendo o juiz nomear, *de imediato*, por despacho, administrador judicial provisório (e sendo o despacho, segundo o n.º 4 do art. 17.º-C, *de imediato* notificado a certos sujeitos e objecto de publicação e registo).

A remissão das cópias dos documentos elencados no n.º 1 do art. 24.º (relação dos credores; relações das acções e execuções pendentes contra o devedor; documento que explicita a actividade económica do devedor, *etc.*), que é exigida pelo n.º 3 do art. 17.º-C, tão-pouco é útil para este efeito: primeiro, porque tão-pouco permite comprovar a situação económica difícil ou a insolvência iminente; depois, porque não há como evitar admitir que o dever de remissão pode ser cumprido depois de o juiz proferir o despacho referido, o que significa, depois do início do processo<sup>(9)</sup>.

E nem se diga que, a final, haverá algum controlo, carecendo sempre o acordo de recuperação conseguido, para produzir plenamente os seus efeitos, de homologação pelo juiz (cf. art. 17.º-F). Perante o feito que será, num caso concreto, a possibilidade de resgatar o devedor insolvente, que juiz ousará recusar a homologação do acordo? Quando muito, o devedor pode ser responsabilizado pelos danos causados aos credores pela falta ou incorrecção das comunicações ou informações que lhes preste (cfr. art. 17.º-D, n.º 11) mas isso não altera o facto de que o processo é, na prática, aplicável em casos em que não devia ser aberto, ou seja, que o PER pode acabar por se aplicar a devedores em situação de insolvência actual, à margem do que a lei dispõe quanto ao seu âmbito de aplicação<sup>(10)</sup>.

---

(12) A necessidade de rectificação neste ponto já tinha sido apontada antes da conversão da proposta em lei mas, infelizmente, não logrou resultados. Cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit., notas 64 e 67 (pp. 125-126).

(13) Em intervenção cit.

(14) MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.) admite o indeferimento liminar em dois casos: primeiro, e como se viu, nos casos em que o devedor já tenha sido declarado insolvente; segundo, nos casos em que o devedor não remete cópias dos documentos elencados no art. 24.º, em conformidade com o exigido pelo art. 17.º-C, n.º 3, al. b). Não se divide esta última opinião. Atendendo, como se disse, aos termos em que a norma do art. 17.º-C, n.º 3, al. a), está redigida, não parece haver outra hipótese que não seja a de considerar que a apreciação liminar tem lugar imediatamente após a comunicação da pretensão do devedor e, portanto, antes do cumprimento daquele dever de remessa.

Mais simples, felizmente, serão os casos em que está em curso um processo de insolvência do devedor e já foi proferida sentença declaratória de insolvência. Embora a lei não o diga expressamente, decorre *a contrario* do preceituado no n.º 6 do art. 17.º-E que, neste casos, o PER não pode iniciar-se, devendo o juiz “indeferir” o requerimento de abertura do PER apresentado pelo devedor, ou seja, mais rigorosamente, recusar-se a proferir o despacho de nomeação do administrador<sup>(11)</sup>.

Outra norma incompreensível, embora por uma razão diferente, é a do n.º 2 do art. 17.º-E<sup>(12)</sup>. Concebem-se aí casos em que o juiz não nomeia administrador judicial provisório. Mas como é que isto se concilia com a al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C, de onde decorre que este é um dever do juiz (cujo cumprimento depende apenas, como se disse, da exibição, pelo devedor, da declaração assinada por si e, pelo menos, um credor em que se manifesta a vontade de encetar negociações conducentes à revitalização e da comunicação, pelo devedor, da sua pretensão de dar início às negociações)? E se não houver despacho de nomeação do administrador judicial provisório, qual é o acto judicial que materializa a abertura do processo e desencadeia a tramitação subsequente descrita no art. 17.º-D<sup>(13)</sup>? Se não houver despacho de nomeação do administrador judicial provisório, quem realiza os actos essenciais do processo (absolutamente indispensáveis ao seu curso) — quem recebe as reclamações de créditos e elabora a lista provisória de créditos (cf. art. 17.º-D, n.º 2), quem orienta e fiscaliza o decurso das negociações (cf. art. 17.º-D, n.º 9), quem atesta a aprovação do plano de recuperação (cf. art. 17.º-F, n.º 1), para quem são remetidos os votos (cf. art. 17.º-F, n.º 4)?

Tentando dar sentido a esse segmento da norma, MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA sustenta que ele demonstra, implicitamente, a

---

(15) Itálicos nossos.

(16) Fala-se ainda, no n.º 7, na hipótese de o PER ser “convertido” em processo de insolvência.

(17) Cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit., pp. 122 e s. (esp. pp. 129-130).

(18) Evidentemente, haverá, além destas, muitas outras. Para MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.), por exemplo, o maior problema está no preceituado nos n.ºs 2 a 4 do art. 17.º-D, ou seja, na disciplina da reclamação e da verificação de créditos.

possibilidade de indeferimento judicial do requerimento de abertura do PER. Louva-se, pela intenção, o esforço interpretativo. Seria, de facto, conveniente que a lei admitisse casos de recusa de abertura do PER ou, pelo menos, de indeferimento liminar<sup>(14)</sup>. E há, efectivamente, casos em que não se pode deixar de o admitir (sempre que existam vícios, designadamente quando a declaração não contém os elementos exigidos pelo art. 17.º-C, n.º 2, e estes não sejam sanados no prazo adicional concedido pelo juiz). Mas a verdade é que, além de não existir um “requerimento” em sentido próprio, regular numa norma que trata dos efeitos de um despacho a possibilidade de o despacho não ter lugar seria tão absurdo que a explicação não é muito provável. De facto, se não há despacho não há efeitos e não é necessário dizer-se (mais) nada.

Por fim, atente-se no art. 17.º-G. Diz-se, no n.º 3, que “[e]stando (...) o devedor já em situação de insolvência, o encerramento do processo [de revitalização] *acarreta* a insolvência do devedor, devendo a mesma ser declarada pelo juiz (...)”<sup>(15/16)</sup>. Pergunta-se: como pode a insolvência ser simultaneamente causa e efeito? E, mais importante: afinal, a declaração de insolvência é automática ou não? Do n.º 4 resulta que ela tem de ser requerida pelo

---

Segundo a magistrada, os prazos são impossíveis de cumprir, nomeadamente o prazo de cinco dias para o juiz decidir das impugnações; atendendo a que as impugnações podem passar por questões de direito ou de facto, ao juiz nada mais restará senão decidir com base na equidade. Por outro lado, em ponto algum se afirma a inadmissibilidade de recursos, o que pode ser problemático para o cumprimento dos prazos. E afinal, a urgência nem se justifica já que o plano pode ser votado antes de a lista definitiva de créditos existir, conforme resulta do art. 17.º-F, n.º 3. O regime dos arts. 128.º e s. não esclarece as dúvidas, pois existem muitas diferenças entre esta fase do processo de insolvência e esta fase no PER: não há por exemplo, direito de resposta às impugnações nem sentença de verificação e graduação de créditos (a graduação, aliás, é dispensável, sendo, outrossim, imprescindível a classificação dos créditos, para aferir dos pressupostos do art. 212.º para efeitos de considerar ou não o plano aprovado). Sente-se ainda, segundo a magistrada, a falta de uma norma determinando que o início do PER suspende o prazo do dever de apresentação à insolvência. Enfim, questões, todas elas pertinentes, de que se apercebe melhor quem exerce a função jurisdicional.

<sup>(19)</sup> Isto, por mais que os administradores da insolvência propugnem a alteração, em geral, da designação “administrador da insolvência” para “administrador judicial”, com o objectivo de retirar o peso da expressão “insolvência” sobretudo quando está em causa um processo de recuperação (cf. Parecer da Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais sobre o “Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da



administrador judicial provisório, aplicando-se o disposto para o caso de apresentação do devedor à insolvência (cf. art. 28.º). Ora, a actividade judicial não é a mesma numa e noutra hipótese: na primeira o juiz apenas declara a insolvência; na última, há margem, pelo menos teoricamente (dada a exiguidade do prazo), para o exercício de poderes inquisitórios.

### 3. Aspectos de carácter substancial

Mas o mais preocupante de tudo é que o regime não seja irrepreensível no plano substancial. E de todas as preocupações expressadas ainda o regime não era Lei (e que não faria sentido repetir aqui)<sup>(17/18)</sup>, o destaque vai para o administrador judicial provisório e para a matéria respeitante às garantias do financiamento.

#### 3.1. O administrador judicial provisório em particular

No desenho do PER, o administrador judicial provisório é o sujeito de quem o desenrolar do processo mais depende, a seguir aos credores. Seria pertinente questionar a utilidade do administrador judicial provisório no PER em todos os casos e / ou em toda a

---

Recuperação de Empresas”, de 24 de Novembro de 2011, disponível em <[http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c756156684a5358526c654339776347777a4f53315953556c664e5335775a47593d&fich=ppl39-XII\\_5.pdf&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c756156684a5358526c654339776347777a4f53315953556c664e5335775a47593d&fich=ppl39-XII_5.pdf&Inline=true)>).

<sup>(20)</sup> Como diz AURELIO GURREA CHALÉ (“Hacia la profesionalización del administrador concursal”, disponível em <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/hacia-la-profesionalizacion-del-administrador-concursal>>), na regulação da actividade dos administradores da insolvência deve atender-se ao princípios de especialização profissional (devendo exigir-se ao administrador conhecimentos em matéria de Economia, Contabilidade, Gestão de empresas, Direito da insolvência, Direito civil, Direito comercial, Direito das sociedades comerciais, Direito processual, Direito do trabalho e Direito fiscal) mas também ao princípio de especialização sectorial (devendo exigir-se ao administrador conhecimentos específicos para cada tipo de processo de insolvência em que intervém).

<sup>(21)</sup> Assim o qualifica também MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.).

extensão de poderes. Com efeito, é conjecturável que a sua presença constanja o devedor na sua acção e prejudique, mais do que facilite, o curso do processo. Aparentemente, o legislador português não entendeu assim. Apesar disso, nem sempre tratou a matéria com o cuidado que devia.

### 3.1.1. *O administrador judicial provisório e o (novo) administrador judicial provisório*

Desadequado é, desde logo (e mais uma vez), o nome escolhido<sup>(19)</sup>. “Administrador judicial provisório” sugere uma clara proximidade entre as funções do órgão que actua no PER e o órgão que actua no âmbito do processo de insolvência, na fase anterior à declaração judicial de insolvência. Mas a verdade é que aquela sugestão é enganadora. Como é de calcular, dada a diversidade entre os fins do processo de insolvência e os fins do PER, o administrador judicial provisório não tem funções idênticas numa e noutra situações<sup>(20)</sup>.

No processo de insolvência, a nomeação do administrador judicial provisório é uma medida cautelar que visa impedir o agravamento da situação patrimonial do devedor. Neste contexto, o administrador é, fundamentalmente, um administrador de bens, devendo pugnar pela manutenção dos bens da massa da forma mais favorável aos interesses dos credores, até que seja proferida a sentença de declaração de insolvência (cf. art. 33.º). No PER, ele é, com certeza, um administrador de bens mas, além e antes disso, ele é um negociador<sup>(21)</sup>.

Quanto ao seu carácter provisório, se, no primeiro caso, ele se encontra plenamente justificado (o administrador judicial provisório tem uma intervenção limitada à fase que antecede a declaração de insolvência), no segundo caso não se vê qualquer justificação para ele (o administrador judicial provisório está presente durante todo o PER, que é um processo autónomo e não uma mera fase processual de um processo mais amplo).

---

<sup>(22)</sup> Como oportunamente se assinalou (cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit. p. 128 e nota 69).

Para a escolha do nome, o legislador português ter-se-á inspirado na lei alemã, que, no âmbito do novo instrumento de preparação do plano de recuperação (*Vorbereitung einer Sanierung*), introduzido pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*, de 7 de Dezembro de 2011, prevê também que seja nomeado um órgão provisório: o *vorläufigen Sachwalter* [cf. § 270b (2) da *Insolvenzordnung*]. Sucede, porém, que a palavra “*Sachwalter*” não significa exactamente “administrador judicial” ou “administrador da insolvência” (“*Insolvenzverwalter*”) mas sim “curador” ou “administrador de bens”. Por outro lado, enquanto o qualificativo “provisório” no contexto do regime alemão é inteiramente justificado, dado que a *Vorbereitung einer Sanierung* é, como o nome indica, um período ou uma fase anterior ao plano de insolvência, não acontece o mesmo na lei portuguesa, em que o PER é — repete-se — um processo autónomo<sup>(22)</sup>.

### 3.1.2. A nomeação do administrador judicial provisório

Esta diversidade entre os dois órgãos não impressionou, aparentemente, o legislador, que mandou aplicar ao administrador judicial provisório do PER o disposto quanto à nomeação do administrador judicial provisório do processo de insolvência [cf. art. 17.º-C, n.º 3, al. a)].

Aplica-se, portanto, a norma do art. 32.º — mas deve aplicar-se com as necessárias adaptações. O juiz deve, então, nomear entidade inscrita na lista oficial de administradores da insolvência, mas pode ter em conta a proposta eventualmente feita no requerimento.

---

(23) A leitura adaptada da norma não põe, de forma alguma, em causa o princípio de que o regime geral do administrador da insolvência (em matéria de nomeação, composição, remuneração, responsabilidade, etc.) deve ser aplicado com rigor **ao administrador judicial provisório que actua no PER**. A este respeito cf. Ana Belén Campuzano, “A propósito de la designación de los miembros de la administración concursal” (disponível em <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/a-proposito-de-la-designacion-de-los-miembros-de-la-administracion-concursal>>).

(24) Evidentemente, a proposta conjunta do devedor e de um ou mais credores não garante, por si só, a inexistência de fraudes (pode haver um conluio entre o devedor e estes credores). Cabe, por isso, ao juiz exercer o seu poder apenas quando, apreciado o circunstancialismo do caso concreto, considere que a pessoa proposta é, de facto, a mais adequada à realização dos fins do processo.

Atendendo, contudo, a que este não é, ao contrário do que pressupõe o n.º 1 da norma, rigorosamente, uma petição inicial e sim uma declaração assinada pelo devedor e por um ou mais credores, aquela proposta deve ser da autoria conjunta dos subscritores / grupos de subscritores da declaração (devedor e credores). O que significa que a pessoa proposta como administrador não é exclusivamente conhecida do devedor ou, pelo menos, que ela concita o acordo de todos.

A proposta conjunta é, com efeito, a solução mais adequada a este tipo de processo e, em particular, ao papel aí desempenhado pelo administrador. Como se disse, aquilo que se espera do administrador judicial provisório no contexto do PER é diferente — porventura mais exigente — quanto à sua capacidade e ao seu posicionamento relativamente a todos os intervenientes<sup>(23)</sup>. A par da competência como administrador de bens, ele deve, por um lado, pugnar pelo êxito das negociações e pela conclusão do acordo conducente à revitalização do devedor, aparecendo, nesta altura, mais como um colaborador do devedor do que como defensor dos interesses dos credores.

E todavia, noutros momentos, ele tem de manter alguma distância ou imparcialidade relativamente ao devedor. Assim acontece na hipótese de conclusão do processo negocial sem a aprovação do plano de recuperação, em que, cabendo ao administrador emitir parecer sobre a situação em que se encontra o devedor (cf. art. 17.º-G, n.º 4), dele depende o futuro próximo deste (cf. art. 17.º-G, n.ºs 2 e 3).

O entendimento de que a proposta para a nomeação do administrador deve ser conjunta e não apenas da autoria do devedor reduzirá, com certeza, o número de casos em que, existindo prévias relações de cumplicidade ou conivência entre os sujeitos, o processo é conduzido no interesse exclusivo do devedor<sup>(24)</sup>.

### 3.1.3. *A actividade de administração de bens*

---

<sup>(25)</sup> Como se disse, apesar de a al. *a*) do n.º 3 do art. 17.º-C não parecer deixar dúvidas quanto ao juiz dever nomear administrador judicial provisório em todos os casos, o n.º 2 do art. 17.º-E deixa em aberto a possibilidade.

<sup>(26)</sup> Cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit., p. 130.

Além da orientação e da fiscalização das negociações (cf. art. 17.º-D, n.º 9), o administrador desempenha funções ao nível da verificação de créditos (cf. art. 17.º-D, n.º 2) e da administração dos bens do devedor (cf. art. 17.º-E, n.º 2). Depois da nomeação do administrador, o devedor fica impedido de praticar os actos de especial relevo a que se refere o art. 161.º do CIRE, sem que previamente obtenha autorização para a realização da operação pretendida por parte do administrador judicial provisório (cf. art. 17.º--E, n.º 2)<sup>(25)</sup>.

Dispõe o n.º 2 do art. 161.º que para qualificar um acto de especial relevo deve atender-se aos riscos envolvidos e às repercussões sobre a tramitação ulterior do processo, às perspectivas de satisfação dos credores da insolvência e à susceptibilidade de recuperação da empresa. Estão em causa, essencialmente, e de acordo com o n.º 3 do preceito, actos de disposição respeitantes à empresa, como a venda da empresa ou de partes da empresa, a venda de bens necessários à continuação da actividade da empresa, a aquisição de imóveis ou a celebração de contratos de execução duradoura.

Tratando-se de um tipo de actos em que se integra, muito provavelmente, a quase totalidade dos actos que serão praticados neste período, a necessidade de autorização do administrador representa uma forte restrição à administração pelo devedor. Como se disse oportunamente, é conjecturável que a sua presença venha a constrianger o devedor na sua acção e a prejudicar, mais do que a facilitar, o bom curso e o êxito do processo<sup>(26)</sup>.

### **3.2. O financiamento do devedor “desvitalizado” em particular**

---

<sup>(27)</sup> Itálicos nossos.

<sup>(28)</sup> Trata-se dos princípios enunciados no “*Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*”, elaborados pela *INSOL International* e publicados em Outubro de 2000 (disponíveis em <<http://www.insol.org/pdf/Lenders.pdf>>).

A disciplina das garantias ao financiamento tem sido objecto de atenção em vários ordenamentos jurídicos, sobretudo naqueles que alteraram o regime da insolvência mais recentemente. Veja-se, para já, o que consta da lei portuguesa, não perdendo de vista que as garantias do financiamento são um dos elementos que distingue o PER do plano de insolvência.

A norma do art. 17.º-H determina, no seu n.º 1, que “[a]s garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários *meios financeiros* para o desenvolvimento da sua actividade mantêm-se (...)” e, no seu n.º 2, que “[o]s credores que, no decurso do processo, *financiem* a actividade do devedor *disponibilizando-lhe capital* para a sua revitalização gozam de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhado-

---

(29) A última alteração foi operada pela *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, e entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2012.

(30) Sobre os modelos inspiradores da lei espanhola cf. ISABEL FERNÁNDEZ TORRES, “Prevenición de la insolvencia y ‘fresh money’: modelos comparados y propuestas de reforma”, in: *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, 15, pp. 209 e s.

(31) Não obstante para outros efeitos, na lei espanhola dá-se certo relevo aos credores financeiros. Numa medida próxima daquela prevista na lei portuguesa, a *Disposición adicional cuarta* da LC prevê a homologação judicial do acordo de refinanciamento quando este preencha determinadas condições (as condições definidas no art. 71.6), tenha sido subscrito por credores que representem pelo menos 75% do passivo titulado por credores financeiros no momento da adopção do acordo e não implique um sacrifício desproporcionado para os credores financeiros que não o subscreveram. Com a homologação, os demais credores financeiros que não sejam titulares de garantias reais ficam sujeitos aos dois efeitos típicos do acordo: a moratória (*espera*), até ao prazo máximo de 3 anos, e ainda, a requerimento do devedor, a suspensão de todas as iniciativas executivas individuais (*la paralización de ejecuciones singulares*). A este último instrumento foram logo apontadas críticas. Desde logo, por assentar numa nova categoria de credores que em ponto algum o legislador espanhol se dignou definir ou caracterizar: os “credores financeiros”. Depois, e sobretudo, por ter um alcance muito limitado, tanto no plano objectivo como no plano subjectivo. Com efeito, ele só permite estender os efeitos do acordo no que toca à moratória — até ao prazo máximo de três anos — e (eventualmente) à suspensão das acções executivas, ficando, portanto, excluídas todas as restantes providências acordadas (como as reduções e os perdões de dívida ou a conversão dos créditos em capital social). Por outro lado, só permite estender os efeitos do acordo aos credores financeiros que não sejam titulares de garantias reais, deixando incólumes os credores não financeiros (como, por exemplo, os fornecedores) e os credores financeiros titulares de garantias reais (que podem bem constituir a maioria dos credores financeiros).

res”<sup>(27)</sup>. Complementando o regime, a lei assegura, noutro ponto, que os negócios jurídicos celebrados no âmbito do PER são insusceptíveis de resolução (cf. art. 120.º, n.º 6).

O regime suscita algumas dúvidas, não sendo, por vezes, o texto da lei compatível com os melhores resultados da interpretação dos preceitos e tornando-se necessário convocar outros suportes.

Os “Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores”, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro, desempenham aqui um papel importante (tendo em conta a que o art. 17.º-D, n.º 10, os manda aplicar no âmbito do PER) e, por consequência, também os chamados “Insol Principles”, em que aqueles se inspiraram<sup>(28)</sup>.

### 3.2.1. *As garantias abrangem os “credores não financeiros”?*

Uma pergunta importante surge de imediato: a norma do art. 17.º-H aplica-se apenas aos credores financeiros *stricto sensu* ou estende-se também aos outros credores que, existindo uma empresa, são indispensáveis para a sua continuidade como *going concern*?

Para responder, é conveniente saber onde o legislador português foi buscar inspiração para a norma. Talvez nunca se consiga saber com certeza mas é sempre possível cogitar. Uma das hipóteses é que a fonte seja a recém-alterada lei espanhola<sup>(29)</sup>. Também aí se promove, de várias formas, a reestruturação ou recuperação de empresas (*favor convenii*). Mais precisamente, o art. 5 *bis* da *Ley Concursal (LC)* permite ao devedor “*solicitar el precurso de acredores*”, ou seja, alargar o prazo para apresentação à insolvência comunicando ao tribunal competente para a sua declaração de insolvência que iniciou negociações para alcançar um acordo de refinanciamento (*acuerdo de refinanciación*) ou para obter o acordo dos credores a um plano de insolvência (*propuesta anticipada de convenio*). Para favorecer a celebração destes acordos foram concebidos mecanismos de protecção do financiamento, consagrando os arts. 84.2 (11.º) e 91 (6.º) da *LC* aquilo que se chama “*privilegio del dinero nuevo*” ou “*privilegio del dinero fresco*”<sup>(30/31)</sup>.

Na essência, garante-se que, se a insolvência vier a ser declarada, os créditos relativos a entradas de tesouraria realizadas no âmbito de um acordo de refinanciamento nos termos do art. 71.6. da LC (*los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6*) são considerados, em 50% do seu montante, créditos sobre a massa (*tendrán la consideración de créditos contra la masa*) e, nos restantes 50%, créditos com privilégio geral (*son créditos con privilegio general*).

O regime circunscreve-se *expressis verbis* “aos montantes relativos a entradas de tesouraria”. O que faz todo o sentido: visando os acordos de refinanciamento suprir, justamente, a falta de meios financeiros, o financiamento é aí um fim em si mesmo. Ora, no PER, o financiamento é — tudo indica —, um meio para a revitalização do devedor, o que põe em causa a utilidade da comparação.

Não sendo possível encontrar no Direito espanhol (nem no Direito estrangeiro) nenhuma pista que ilumine a interpretação dos caminhos trilhados pelo legislador português, resta a leitura do preceito à luz dos dados habituais.

A letra da lei aponta para a limitação das garantias consagradas no n.º 1 e no n.º 2 do art. 17.º-H aos credores financeiros, isto é, aos credores que disponibilizem meios financeiros ou capital. Mas a verdade é que uma interpretação literal conduziria a resultados manifestamente iníquos. Há garantias para o banco que concede crédito mas não para o fornecedor que disponibiliza a matéria-prima nem para os trabalhadores que se dispõem a prestar trabalho?

A solução literal poderia ser sustentada com base na ideia de que a empresa “desvitalizada” resolve os seus problemas logo que adquire liquidez (ou, mais prosaicamente: logo que arranja dinheiro). Mas a verdade é que alguns dos meios necessários à continuidade da empresa (como a matéria-prima ou a força de trabalho) podem sempre ser conseguidos directamente, o que, pelo menos em parte dos casos, é suficiente para a revitalização.

---

(32) Sobre a reforma do regime insolvencial das *acciones de reintegración* cfr. JUAN SÁNCHEZ-CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2010, 20, pp. 9 e s.



A interpretação literal representaria, além do mais, uma solução muito pouco eficiente, obrigando o devedor, em qualquer circunstância, a obter primeiro os meios financeiros para depois adquirir os restantes meios (já que, como bem se compreende, não existindo garantias, os fornecedores dos restantes meios não os disponibilizariam a crédito).

**3.2.2.** *A garantia de subsistência no caso de declaração de insolvência abrange as garantias convencionadas para os créditos preexistentes?*

No que respeita ao n.º 1 do art. 17.º-H em particular, pode fazer-se uma pergunta adicional (já que no que respeita ao n.º 2, regulando-se uma garantia de origem legal, não faz sentido fazê-la): abrange ou não a norma as garantias convencionadas durante o PER em favor dos créditos preexistentes?

A questão tem grande interesse prático. Seria excessivamente redutor pensar que o financiamento concedido ao devedor durante o PER se esgota no clássico contrato de mútuo. Há uma multiplicidade de negócios jurídicos que devem poder ser reconduzidos também ao conceito, como a constituição de novas garantias em favor de obrigações preexistentes ou em favor de novas obrigações constituídas em substituição delas (novação).

Sendo o sujeito da oração “[a]s garantias convencionadas (...) durante o processo” e não “os créditos convencionados”, a letra do preceito autoriza uma interpretação ampla. Não se vêem razões para restringir o alcance imediato da norma.

**3.2.3.** *Por que são os actos com finalidade de financiamento insusceptíveis de resolução?*

Veja-se agora a norma do art. 120.º, n.º 6. Dela resulta que os negócios jurídicos celebrados durante este período “cuja finalidade seja prover o devedor com meios de financiamento suficientes para

---

(33) Cf., neste sentido, JUAN SÁNCHEZ-CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, cit., pp. 15 e s. e p. 32.

(34) Cf., sobre isto, JUAN SÁNCHEZ-CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, cit., p. 34.

viabilizar a sua recuperação” são insusceptíveis de resolução em benefício da massa nos termos dos arts. 120.º e s.

Diga-se, desde já, que a medida não é original. Também em Espanha, por exemplo, o art. 71.6 da *LC* permite que o acordo de refinanciamento, bem como todos os actos realizados no âmbito deste, sejam poupados ao regime geral das *acciones de reintegración* (resolução em benefício da massa)<sup>(32)</sup>. Mas, mais uma vez, as dúvidas não se dissipam através da leitura do regime espanhol — bem pelo contrário.

A dúvida mais importante prende-se com a justificação da medida. A julgar por aquilo que a doutrina espanhola sustenta a propósito do regime homólogo<sup>(33)</sup>, o legislador entendeu que os actos em causa não são prejudiciais aos credores e por isso quis afastar a possibilidade da sua resolução, mais precisamente a possibilidade de resolução incondicional das garantias do financiamento e, em especial, a que resultaria da aplicação das als. *c)* e *e)* do art. 121.º. Mas por que motivo devem estas garantias ficar *absolutamente* imunes ao “teste” dos actos suspeitos consagrado na cláusula geral do art. 120.º?

Mesmo concedendo que possa usar-se de alguma tolerância para com os actos praticados neste contexto (por causa da especialidade da situação que justifica a abertura de um processo do tipo e as respectivas finalidades), a afirmação de uma “impermeabilidade” geral e absoluta à resolução significa “escancarar a porta” à celebração de negócios usurários ou à concessão de financiamento abusivo e, em qualquer caso, constitui um tratamento discriminatório dos credores para o qual não se vê, em abstracto, nenhuma justificação.

Por outro lado, se a vontade do legislador era aquela, por que não assegurou ele, em consonância, também a impermeabilidade ao (outro) meio de conservação de garantia patrimonial? Considerando o silêncio do legislador, estes actos são (bem podem ser) insusceptíveis de resolução mas continuam a ser susceptíveis de

---

<sup>(35)</sup> Cf. quinto parágrafo do ponto 3 do Relatório do Diploma Preambular do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (DL n.º 53/2004, de 18 de Março).

<sup>(36)</sup> Cf., neste sentido, referindo-se ao instrumento de recuperação espanhol (*o convenio*), FRANCISCO-JAVIER VAQUER, “El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, 24, pp. 154-155.

impugnação pauliana por qualquer credor. Atendendo aos efeitos (individuais) da impugnação pauliana, além de contraditória, a medida torna-se ainda mais difícil de explicar.

Contrastando neste ponto com o legislador português, o legislador espanhol assegurou que a legitimidade para a impugnação dos acordos de refinanciamento (originariamente atribuída ao administrador da insolvência e, subsidiariamente, a determinados credores) está limitada ao administrador de insolvência (cf. art. 72.1 da LC)<sup>(34)</sup>.

### 3.2.4. *Terão os credores preexistentes um direito de preferência na concessão do financiamento?*

Considerando agora os benefícios atribuídos aos credores que disponibilizem meios para assegurar a continuação da actividade do devedor nas normas dos arts. 17.º-H e 120.º, n.º 6, mas sobretudo o privilégio creditório mobiliário geral, cabe formular uma última pergunta: não estará o devedor constituído numa obrigação de dar preferência àqueles que já são seus credores antes da abertura do PER?

A situação dos credores preexistentes é muito semelhante à dos sócios quotistas e accionistas, que gozam de um direito de preferência nos aumentos do capital social por novas entradas (cfr. arts. 266.º, 458.º e 478.º do CSC). Este direito visa salvaguardar os interesses dos sócios: entende-se que só por vontade do sócio a sua participação social deve diminuir proporcionalmente com o aumento do capital social ou, dito de outra forma, que o sócio deve poder conservar, enquanto assim desejar, o valor relativo da sua participação social.

A convicção de alguma proximidade entre a posição dos credores e dos sócios sai, aliás, reforçada da leitura do Relatório do

---

<sup>(37)</sup> No comentário ao *Eighth Insol principle* (in: “*Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*”, cit. pp. 34-35), diz-se: “[t]he provision of New Money (including increases in exposure which are to receive New Money treatment) can impact upon the position of relevant creditors. This is because its priority treatment may affect the prospects of other non-prioritised debt being repaid. Ideally, where appropriate, all relevant creditors participating in the process should be given the opportunity to participate in the provision of, and should accept the risks associated with, the provision of New Money on a proportionate basis (ie, proportionally to the perceived exposures which each of them has to the debtor as at the Standstill Commencement Date)”.

Diploma Preambular do CIRE, onde se diz, fundamentalmente, que, em situações de crise, os credores se substituem aos sócios, convertendo-se em “proprietários económicos da empresa”<sup>(35)</sup>.

Há, na verdade, no processo especial de revitalização (assim como no plano de insolvência) uma série de aspectos que o caracterizam como um negócio jurídico complexo em que se integram elementos contratuais de interesse privado e elementos processuais de interesse público, assentando a extensão dos efeitos aos credores não participantes ou dissidentes na consideração da “massa activa” como uma colectividade semelhante aos sócios das sociedades de capital<sup>(36)</sup>.

Além do argumento da analogia entre os credores e os sócios, militam a favor da constituição do devedor na obrigação de dar preferência aos credores preexistentes a previsão expressa de outras obrigações do devedor, podendo ver-se aquela como decorrência (ou inerência) destas. Trata-se, mais precisamente, da obrigação de informação (cf. art. 17.º-D, n.º 6 e n.º 11, *Sétimo e Oitavo princípios orientadores e Fifth Insol principle*), da obrigação de actuação de acordo com a boa fé (cf. *Segundo princípio orientador*) e, principalmente, da obrigação de não praticar actos que, de algum modo, afectem negativamente a posição relativa da cada credor no confronto com os restantes credores ou as legítimas expectativas quanto ao pagamento dos seus créditos, em comparação com a situação que existia antes do início das negociações, (cf. *Sexto e Nono princípio orientador e Second, Third e Sixth Insol principle*). Por outras palavras, os credores têm o direito de esperar que a sua posição relativa e as probabilidades de realização dos seus direitos não sofram qualquer modificação ao longo do PER e, por isso, sempre que exista esse risco, o devedor deve dar-lhes a possibilidade de evitar ou reduzir o impacto da modificação<sup>(37)</sup>.

#### **4. Considerações finais. Razões para algum cepticismo sobre o futuro do PER**

É chegada a altura de apreciar as opções de política legislativa subjacentes ao regime do PER e fazer um breve prognóstico quanto ao seu futuro. É evidente que um prognóstico feito tão prematuramente tem sempre uma utilidade discutível. Apesar de tudo, se ajudar a prevenir uma ou outra dificuldade, já terá valido a pena ter ousado fazê-lo.

#### 4.1. Uma oportunidade para a fraude à lei?

Disse-se, de início, que o maior risco do PER é o de, após todos os esforços, o devedor não conseguir evitar a sua declaração de insolvência. É, portanto, de prever que o devedor só recorra ao PER se puder contar com o apoio continuado de credores que representem uma maioria significativa dos créditos — de “credores amigos” — dos quais ele possa esperar, designadamente, que, subscrevendo a declaração inicial, lhe assegurem o acesso ao processo, que, concedendo-lhe financiamento, sustentem o desenvolvimento da sua actividade e que, por fim, votando favoravelmente, lhe assegurem a aprovação do plano de recuperação.

Como é de calcular, a maioria dos credores não é assim, pelo menos não é assim espontaneamente. O devedor sentir-se-á, então, irresistivelmente tentado a simular a existência de uma ou mais relações creditícias; “criará”, muito provavelmente, “credores de favor”, de preferência titulares de créditos de montante elevado (para que a aprovação do plano fique garantida) e de garantias reais (para que os bens assim onerados não se “percam” durante o processo).

De facto, o ideal era que o sistema tivesse aptidão para garantir um apoio genuíno dos credores. Mas, para isso, o sistema teria de lhes atribuir vantagens que os estimulassem a adoptar, espontaneamente, os comportamentos desejáveis em cada momento. É isso que acontece?

---

(38) Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de Dezembro de 2011, p. 2.

## 4.2. Serão as garantias suficientes para assegurar o financiamento?

Não é preciso explicar a extraordinária importância do financiamento durante o período das negociações no âmbito do PER. É essencialmente dele — da forma como está regulado a matéria — que depende o sucesso ou insucesso do PER. Por outras palavras: basta os credores considerarem insuficientes aquelas garantias para estar ferido de morte o mecanismo concebido pelo legislador para o combate ao “empobrecimento do tecido económico português”<sup>(38)</sup>.

Pergunta-se então: serão suficientes as garantias atribuídas aos credores que disponibilizem meios para a continuação da actividade da empresa durante este período? É certo que elas não têm paralelo no plano de insolvência mas isso, por si só, não serve para fundamentar um prognóstico favorável quanto ao PER (e nem para explicar o fracasso confirmado do plano de insolvência).

---

<sup>(39)</sup> A *floating charge* é um instrumento singular do direito inglês através do qual se constitui, a favor de um credor (normalmente um banco), uma garantia sobre os bens (ou uma classe de bens) presentes e futuros da sociedade, que fica como que pendente, só adquirindo efeitos reais quando se produz o incumprimento do estipulado no documento que a cria (*instrument*), fixando-se, então, nos bens que a sociedade tem nessa data (*crystallisation*). Em termos de eficácia, a *floating charge*, distintamente da *fixed charge* — que é a garantia real típica (por exemplo, uma hipoteca) —, apresenta a grande vantagem de permitir que, até à verificação daquele evento, a empresa continue a dispor livremente do seu património, o que tem grande significado no caso de a maioria dos bens consistir em maquinaria ou equipamento e em mercadorias. Sobre a *floating charge* cf., entre outros, G. F. CURTIS, “The theory of the floating charge”, in: *The University of Toronto Law Journal*, 1941-1942, 4, pp. 131 e s., ROBERT R. PENNINGTON, “The genesis of the floating charge”, in: *The Modern Law Review*, 1960, 23, 6, pp. 630 e s., EILÍS FERRAN, “Floating charges — the nature of the security”, in: *Cambridge Law Journal*, 1988, 47, pp. 213-137, ADRIAN WALTERS, “Floating charges and liquidation expenses: Re Leyland Daf and beyond”, in: *Company Lawyer*, 2006, 27, pp. 193 e s., RIZ MOKAL, “The Floating Charge — An Elegy”, 2006 (disponível em <<http://law.bepress.com/expresso/eps/1380>>), e JOHN ARMOUR, “The Chequered History of the Floating Charge”, in: *Griffith Law Review*, 2004, 13, pp. 25 e s.

<sup>(40)</sup> Sobre a *hipoteca de máximo* ou *hipoteca flotante* cf. ÁNGEL VALERO, “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”, in: *Anuario de Derecho Concurusal*, 2011, 22, pp. 207. Segundo este autor, os maiores problemas desta hipoteca relacionam-se com a sua titularidade, que é colectiva ou uma comunhão de mão comum: o registo

Essencialmente, aquilo que se diz no art. 17.º-H é que as garantias convencionadas entre o devedor e os credores se mantêm, mesmo que a insolvência venha a ser declarada no prazo de dois anos, e que os credores que financiem a actividade do devedor, disponibilizando capital para a sua revitalização, beneficiam, por lei, de privilégio mobiliário geral graduado acima do privilégio mobiliário geral concedido aos trabalhadores. Vindo a insolvência a ser declarada naquele prazo, estes credores são, em síntese, credores da insolvência e, dentro desta categoria, nem são os mais graduados — são (meros) credores privilegiados e estão, portanto, subordinados a todos os titulares de créditos com garantias reais (credores garantidos). Quanto ao privilégio creditório geral, escusado será lembrar a discussão em torno da sua natureza e do seu valor.

Se o favorecimento da concessão de meios ao devedor era um propósito absoluto, o legislador poderia ter ido mais longe qualificando, por exemplo, como o legislador espanhol, parte destas dívidas como dívidas da massa insolvente. A solução nem causaria grande estranheza, dado que é isso o que acontece relativamente às dívidas emergentes dos actos de administração da massa no âmbito do processo de insolvência [cf. art. 51.º, n.º 1, al. c)].

---

das diversas cláusulas de vencimento antecipado que contêm, a possibilidade ou não de derrogar a proibição legal de constituição de hipotecas solidárias ou subsidiárias, com a eficácia dos acordos especiais a favor das novas linhas de financiamento e com a possibilidade de execução parcial da hipoteca.

(41) A inacção do legislador quanto a este ponto já tinha sido lamentada, aquando do período de consulta ao Anteprojecto, pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (cf. Parecer sobre o “Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 24 de Novembro de 2011, disponível em <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>>: “(...) não deixa de impressionar que entre as alterações agora propostas para o CIRE não figure qualquer norma que flexibilize a posição a assumir pelos entes públicos para efeitos de negociação com os devedores, quer no âmbito do plano de recuperação, quer do PER. Neste contexto, sujeitos os créditos fiscais (e tributários) a um regime de favor resultante dos artigos 30.º, n.º 2 e 3 e 36.º, n.º 3 da Lei Geral Tributária; 85.º, n.º 3, 196.º e 199.º do CPPT e 125.º da Lei 55-A/2010, de 31/12 (a anterior Lei do Orçamento de Estado) e tendo em conta as queixas recorrentes da ausência de interlocutores na Direcção-Geral dos Impostos para negociação das condições aceitáveis para os créditos fiscais no âmbito de plano de recuperação, parece legítimo o cepticismo que do novo regime resulte significativo impacto para efeitos do restabelecimento do tecido empresarial nacional”.

Pode acontecer que a diferente atitude do legislador português tenha sido deliberada, que ele tenha dispensado menos protecção ao financiamento simplesmente para evitar que outros interesses, nomeadamente os dos credores da massa insolvente e dos credores garantidos, fossem subalternizados. Atendendo aos sujeitos (Estado e órgãos do Estado) que, na prática, constituem a maioria, em número e em peso no passivo, dos titulares de créditos da massa, de créditos garantidos e de créditos privilegiados que serão graduados acima dos créditos constituídos no âmbito do PER, não custa a acreditar que tenha sido esta a motivação. O que torna as coisas menos defensáveis.

Seja qual for a razão de política legislativa, nada impede que, no futuro, os intervenientes supram as (eventuais) insuficiências do sistema e desenvolvam, na prática, mecanismos adicionais ou alternativos àqueles que o legislador dispensou. Em Espanha, justamente, e de acordo com os relatos mais recentes, as entidades de crédito “criaram” um novo subtipo de direito real de garantia. Trata-se da “hipoteca flutuante” (*hipoteca flutuante*), que, inspirada, sem dúvida, na figura homónima do Direito inglês (*floating charge*)<sup>(39)</sup>, permite a garantia de uma pluralidade de obrigações (presentes ou futuras e de qualquer natureza) sem que estas tenham de ter algum nexo causal ou venham a perder a sua independência<sup>(40)</sup>.

### 4.3. Quando se porá fim à (alegada) indisponibilidade dos créditos públicos?

Numa apreciação final, não pode deixar de se confessar que o novo regime do PER suscita um prognóstico reservado, não só

---

(42) Cf. CATARINA SERRA, “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores — Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, n.º 8 (em curso de publicação).

(43) Disponível em <[http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU\\_PT\\_20110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU_PT_20110517.pdf)>.

(44) A falta de uma intervenção legislativa que esclareça em definitivo a questão tem dado a interpretações divergentes da norma do art. 30.º, n.º 3, nos tribunais superiores. Para referir apenas as decisões mais recentes (no contexto, evidentemente, do plano de insolvência) cf., em primeiro lugar, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de Abril



pelas razões indicadas mas ainda por comungar daquele que foi — continua a ser — um dos maiores problemas do plano de insolvência: a (alegada) indisponibilidade dos créditos tributários, por força dos arts. 30.º, n.os 2 e 3, e 36.º, n.os 2 e 3, da Lei Geral Tributária, dos arts. 196.º e 199.º do Código de Processo e Procedimento Tributário e do DL n.º 411/91, de 17 de Outubro<sup>(41)</sup>. Tal como acontece relativamente ao plano de insolvência, não se contestando esta indisponibilidade, os créditos do Estado e da Segurança Social são, em princípio, insusceptíveis de perdões, reduções de valor, moratórias ou de outros condicionamentos contra a vontade dos seus titulares. A aprovação e a homologação de planos de recuperação e, consequentemente, a realização da finalidade de reestruturação tornar-se-á muito difícil, já que as dívidas à Fazenda Pública e à Segurança Social representam quase sempre a parte mais significativa do passivo do devedor.

Como se disse noutra altura, a propósito do plano de insolvência, o problema só será superado com uma interpretação restritiva das normas que compõem o regime tributário. Convocam-se, para isso, dois argumentos: a teleologia subjacente ao PER e a unidade

---

de 2012 (relatora: ANA CRISTINA DUARTE), onde se diz que “[o] perdão ou redução dos créditos tributários ao abrigo de um plano de insolvência validamente aprovado, não viola os princípios da igualdade e da legalidade tributária e, como tal, não é vedado pelo disposto no artigo 30.º, n.º 2 da LGT. O aditamento de um n.º 3 ao artigo 30.º da LGT, pela Lei 55-A/2010 de 31/12 que estabelece que o disposto no n.º 2 prevalece sobre qualquer legislação especial, não põe em causa aquele raciocínio, nem do mesmo se extrai que o legislador tenha querido, por esta forma, inviabilizar a homologação de planos de insolvência, não tendo, para o efeito, revogado as normas correspondentes no CIRE”. Já o Supremo Tribunal de Justiça, acusando o peso do dever de obediência a uma legalidade *stricto sensu*, suscita o contrário. Cf., em segundo lugar, os acórdãos de 15 de Dezembro de 2011 (relator: SILVA GONÇALVES) e de 10 de Maio de 2012 (relator: CUNHA RODRIGUES), onde se diz, respectivamente, que “[a] Lei n.º 55-A/2010 de 31-12, que aprovou o Orçamento do Estado para 2011 e veio dar nova redacção ao art.º 30.º da Lei Geral Tributária (art.º 123.º), retomou validade dos princípios que informam o nosso sistema tributário no sentido de que a extinção ou redução dos seus créditos fiscais não podem ser perturbados contra a vontade do Estado” e que “a homologação de plano de insolvência, aprovado pela assembleia de credores, com o voto contra do Estado (...), é ineficaz relativamente à Fazenda Nacional e ao Instituto de Segurança Social, I.P.”.

do sistema jurídico. A regra de que havendo contradição entre o que resulta da interpretação do texto expresso de uma norma jurídica e aquilo que resulta do silêncio de outra se resolve com a sobreposição da primeira à segunda não deve ser mantida quando acarrete uma desconsideração da teleologia que está subjacente a esta e outras perturbações intoleráveis para a harmonia do sistema jurídico<sup>(42)</sup>.

A interpretação restritiva é, por outro lado, a interpretação mais adequada ao disposto no “Memorando de entendimento sobre os condicionalismos específicos de política económica” de 17 de Maio de 2011<sup>(43)</sup>, onde se diz, no ponto 2.19, que “[a]s autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a segurança social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação baseados em critérios claramente definidos, nos casos em que outros credores também aceitem a reestruturação dos seus créditos, e para rever a lei tributária com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas”.

Resta saber se existe vontade de fazer esta interpretação, ou seja, se o interesse na reestruturação de empresas é, em primeiro lugar, genuíno e, em segundo lugar, suficientemente forte para que o Estado abdique da sua posição confortável, ou se, pelo contrário, e como sucede a respeito de tantos outros objectivos de política económica, apenas se insiste na sua importância para “externalizar” os custos da reestruturação<sup>(44)</sup>.

Se outra motivação não houver, espera-se que o legislador ou, na falta de uma intervenção esclarecedora por parte deste, o aplicador, se recorde que o princípio da igualdade se opõe frontalmente a que os encargos (públicos) com a reestruturação ou recuperação de empresas sejam sempre suportados pelos credores privados e não o sejam nunca pelos credores públicos.

*7 de Junho de 2012*

---

(\*) Mestre em Direito; Docente Universitário; Advogado; Membro da Comissão da Reforma do Processo Civil.



## A ACÇÃO EXECUTIVA NA REVISÃO DO PROCESSO CIVIL

*Pelo Dr. Paulo Pimenta(\*)*

Convidado a publicar um artigo neste número da ROA dedicado à reforma do processo civil, aproveito o ensejo para abordar a matéria da acção executiva.

Mantendo o figurino introduzido pela reforma de 2003, assente na figura do agente de execução, a proposta de intervenção legislativa é feita em diversos planos.

Desde logo, é proposta a revisão do elenco dos títulos executivos. É conhecida a tendência verificada nas últimas décadas, com especial destaque para a reforma de 1995/1996, no sentido de reduzir os requisitos de exequibilidade dos documentos particulares e, com isso, permitir ao respectivo portador o imediato acesso à acção executiva.

Se é certo que tal solução teve por efeito reduzir significativamente a instauração de acções declarativas, a experiência mostra que também implicou o aumento do risco de execuções injustas, risco esse potenciado pela circunstância de as últimas alterações legislativas terem permitido cada vez mais hipóteses de a execução se iniciar pela penhora de bens do executado, postergando-se o contraditório. Associando-se a isto uma realidade que, embora estranha ao processo civil, não pode ser ignorada, como seja o funcionamento um tanto desregrado do crédito ao consumo, suportado em documentos vários cuja conjugação é invocada para suportar a instauração de acções executivas, é fácil perceber que a discussão não havida na acção declarativa (dispensada a pretexto da existência de título executivo) acabará por eclodir mais à frente, em sede de oposição à execução.

Afigura-se incontroverso o nexó entre o progressivo aumento do elenco de títulos executivos e o aumento exponencial de execuções, a grande maioria das quais não antecedida de qualquer controlo sobre o crédito invocado, nem antecedida de contraditório.

Considerando que, neste momento, funciona adequadamente o procedimento de injunção (devendo, todavia, ser melhorado o regime da notificação do requerido), entende-se que os pretensos créditos suportados em meros documentos particulares devem passar pelo crivo da injunção, com a dupla vantagem de logo assegurar o contraditório e de, caso não haja oposição do requerido, tornar mais segura a subsequente execução, instaurada com base no título executivo assim formado. Como é evidente, se houver oposição do requerido, isso implicará a conversão do procedimento de injunção numa acção declarativa, que culminará numa sentença, nos termos gerais.

Deste modo, relativamente ao regime que tem vigorado, é retirada exequibilidade aos documentos particulares, qualquer que seja a obrigação que titulem. Ressalvam-se os títulos de crédito, dotados de segurança e fiabilidade no comércio jurídico em termos de justificar a possibilidade de o respectivo credor poder aceder logo à via executiva. Ainda dentro dos títulos de crédito, consagra-se a sua exequibilidade como meros quirógrafos, desde que sejam alegados no requerimento executivo os factos constitutivos da relação subjacente.

A propósito do acesso à acção executiva, consagra-se a possibilidade de os cidadãos recorrerem ao sistema público de justiça, requerendo que o oficial de justiça desempenhe as funções de agente de execução, em dois casos: em execuções para a cobrança de créditos de valor não superior ao dobro da alçada do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância, desde que não resultem de uma actividade comercial ou industrial; em execuções destinadas à cobrança de créditos laborais de valor não superior à alçada da Relação.

Cuida-se da clara repartição de competências entre o juiz, a secretaria e o agente de execução, estabelecendo-se que a este cabe efectuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou não sejam da competência do juiz. É de esperar que, em definitivo, os intervenientes processuais assumam e observem a repartição de competências fixada na lei, por forma a evitar intervenções ou actos desnecessários, gerando perdas de tempo numa tramitação que se quer célere e eficiente.

Como não podia deixar de ser, faz-se depender de decisão judicial os actos conexionsados com o princípio da reserva de juiz

ou susceptíveis de afectar direitos fundamentais das partes ou de terceiros. Assim, além de lhe competir proferir despacho liminar, quando este deva ter lugar, julgar a oposição à execução e à penhora, verificar e graduar créditos, decidir reclamações de atos e impugnações de decisões do agente de execução, é exclusiva atribuição do juiz: adequar o valor da penhora de vencimentos à situação económica e familiar do executado; tutelar os interesses do executado quando estiver em causa a sua habitação; designar administrador para proceder à gestão ordinária do estabelecimento comercial penhorado; autorizar o fraccionamento do prédio penhorado; aprovar as contas na execução para prestação de facto; autorizar a venda antecipada de bens penhorados, em caso de deterioração ou depreciação ou quando haja vantagem na antecipação da venda; decidir o levantamento da penhora em sede de oposição incidental do exequente a esse levantamento, perante o agente de execução, na sequência de pedido de herdeiro do devedor.

A designação do agente de execução continua a poder ser feita pelo exequente no requerimento executivo, cabendo isso à secretaria quando o exequente não tenha designado agente de execução ou tal designação fique sem efeito. A cessação de funções do agente de execução pode resultar de substituição promovida pelo exequente, devendo este expor o motivo da substituição, ou de destituição pelo órgão com competência disciplinar sobre os agentes de execução, com fundamento em atuação processual dolosa ou em violação reiterada dos deveres que lhe são impostos pelo respectivo estatuto.

No que toca à tramitação do processo executivo comum para pagamento de quantia certa, retoma-se a distinção (abandonada, sem proveito, em 2003), entre forma ordinária e forma sumária.

A forma sumária — *caracterizada por penhora imediata, com dispensa da intervenção liminar do juiz e da citação prévia do executado, sendo o requerimento executivo remetido, sem autuação e por via electrónica, para o agente de execução* — empregar-se-á quando o título executivo for uma decisão arbitral ou judicial (quando esta não deva ser executada no próprio processo), um requerimento de injunção ao qual tinha sido aposta fórmula executória, um título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida,

garantida por hipoteca ou penhor, ou um título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida cujo valor não exceda o dobro da alçada do tribunal de 1.<sup>a</sup> instância.

Na forma ordinária, assegura-se a intervenção liminar do juiz e a citação do executado em momento anterior à penhora.

Em face desta nova formulação, haverá um maior controlo judicial na fase introdutória da execução, pois execuções que até agora principiavam pela penhora passarão a ser submetidas a despacho liminar, o que reforçará as garantias do executado.

Ainda assim, nas execuções que devam seguir a forma ordinária, é prevista a possibilidade de o exequente obter a dispensa de citação prévia do executado, com carácter de urgência, se demonstrar a verificação dos requisitos do justo receio da perda da garantia patrimonial, aplicando-se, de seguida, a tramitação do processo executivo sumário.

Inova-se no que respeita à execução de sentença, consagrando-se a regra de que a execução de decisão judicial condenatória corre nos próprios autos, iniciando-se mediante simples requerimento, independentemente da pluralidade de fins da execução, com a possibilidade de penhora de bens suficientes para cobrir a quantia resultante da eventual conversão das execuções, a indemnização pelo dano e a quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória.

No âmbito da oposição à execução, é repristinada a terminologia tradicional do processo civil português (embargos de executado, embargante e embargado), a qual, sem motivo válido, foi abolida pela revisão de 2003.

Relativamente à oposição mediante embargos, os respectivos fundamentos continuam condicionados pelo título dado à execução, sendo de assinalar que, tratando-se de execução fundada em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória, o executado é admitido a alegar factos extintivos ou modificativos da obrigação exequenda, anteriores à formação do título, quando, no procedimento de injunção, tiver sido impedido de deduzir oposição por motivo de força maior ou devido a circunstâncias excepcionais.



É afastada a hipótese de suspensão automática da execução, por mero efeito do recebimento dos embargos de executado. Deste modo, em regra, o recebimento dos embargos só suspenderá a execução mediante a prestação de caução. Contudo, quando o bem penhorado for a casa de habitação efectiva do executado, o juiz pode determinar que a venda aguarde a decisão a proferir em 1.<sup>a</sup> instância sobre a oposição.

No domínio das previsões sobre a penhora e os regimes de penhorabilidade, há também alterações a destacar.

Consagra-se expressamente que respeita à parte líquida a impenhorabilidade de dois terços de vencimentos ou salários, prestações periódicas ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado (v. g., rendas e rendimentos de propriedade intelectual). E fixa-se a regra da impenhorabilidade do montante equivalente a um salário mínimo nacional, quando o executado não tenha outro rendimento e o crédito exequendo não seja de alimentos (se for, é impenhorável apenas o equivalente à pensão social de regime não contributivo).

Assegura-se a comunicabilidade da dívida exequenda ao cônjuge do executado, nos títulos extrajudiciais apenas subscritos por um dos cônjuges, criando-se, na própria execução, um incidente declarativo, a fim de estender a eficácia do título ao cônjuge do executado, com a suspensão da venda dos bens próprios do executado e dos bens comuns até à decisão do incidente.

É abandonada a determinação legal de uma ordem de prioridade quanto aos bens penhoráveis, por se tratar de matéria que só pode ser decidida de forma casuística. Ao mesmo tempo, é estabelecido que o agente de execução deverá respeitar as indicações do exequente quanto aos bens que este pretende ver prioritariamente penhorados, salvo se elas violarem normas imperativas ou ofenderem o princípio da proporcionalidade da penhora.

Na penhora de depósitos bancários, é abolida a necessidade de despacho judicial, prevendo-se que a penhora é efectuada por comunicação electrónica dirigida pelo agente de execução às instituições legalmente autorizadas a receber depósitos nas quais o executado disponha de conta aberta. É encurtado para dois dias úteis o prazo para observância, também por comunicação electrónica, do

dever de informação ao agente de execução quanto ao montante bloqueado, aos saldos existentes ou à não existência de conta ou saldo.

Na penhora de veículos automóveis, no sentido de evitar a ocultação e o uso do veículo a penhorar, prevê-se que a penhora seja precedida de imobilização do veículo, sendo estabelecida a regra da sua remoção.

No intuito de evitar que as execuções se prolonguem no tempo, muitas das vezes artificialmente (isto é, quando não há razões para esperar a satisfação do crédito exequendo), decorridos três meses sobre o momento do início das diligências para penhora, terá lugar a extinção da execução, se não forem encontrados bens penhoráveis, sem prejuízo da renovação da instância, desde que o exequente venha a indicar bens à penhora. Visando ultrapassar um factor susceptível de dificultar, atrasar e onerar essa extinção da execução, nos casos em que a citação do executado não anteceda a penhora, prevê-se que, frustrada a citação pessoal, não haja lugar à citação edital, ocorrendo outrossim a extinção da execução.

Quanto às diligências necessárias para a realização do pagamento, as mesmas devem ser efectuadas, obrigatoriamente, no prazo de três meses a contar da penhora, independentemente do prosseguimento do apenso da verificação e graduação de créditos.

Nos casos de penhora de rendimentos periódicos, não tendo havido oposição, ou depois de ter sido julgada improcedente, o agente de execução, após o desconto das quantias devidas a título de despesas da execução, deverá entregar directamente ao exequente as quantias já depositadas e adjudicar as quantias vincendas, notificando a entidade pagadora para o efeito.

No regime da venda por proposta em carta fechada, é consagrada a possibilidade de o exequente adquirir o bem, abrindo-se logo licitação entre o exequente e o proponente do maior preço.

Face à proliferação de situações de sobreendividamento, é admitida a celebração de um plano global de pagamentos entre exequente, executado e credores reclamantes, envolvendo, desig-

nadamente, moratórias ou perdões, substituição, total ou parcial de garantias, com a conseqüente suspensão da execução.

No âmbito da execução para entrega de coisa certa e para prestação de facto, o processo comum continua a seguir forma única. No entanto, na execução para entrega de coisa certa, se o título executivo for uma decisão judicial, só depois de feita a entrega terá lugar a notificação do executado para deduzir oposição, seguindo-se, com as necessárias adaptações, os termos da execução pecuniária na forma sumária. Quando o exequente pretenda a prestação de um facto conjuntamente com o pagamento de quantia certa ou com a entrega de coisa certa, a interpelação do executado para a execução tem lugar em conjunto com a sua notificação para deduzir oposição ao pagamento ou à entrega.

Em sintonia com as alterações a instituir no regime da acção executiva, impõe-se a criação e regulação, em diploma legal autónomo, de entidade fiscalizadora dos agentes de execução, reguladora do exercício dessa profissão, com atribuições nas matérias de acesso e admissão a estágio, avaliação, disciplina e regulamentação da actividade própria dos agentes de execução, exercidas em cooperação com as competências próprias das associações públicas interessadas — a Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores. Tal entidade — exercendo as suas competências relativamente a todos os agentes de execução, seja qual for a sua origem profissional — deverá ser provida de serviços inspectivos que lhe permitam realizar prontamente as inspecções, inquéritos, sindicâncias e instrução dos processos disciplinares que a actuação irregular de agente de execução haja originado. Nesse contexto, deverá ser revisto o estatuto deontológico do agente de exe-

---

(1) Advogado associado da Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, R.L.

cução, prevendo-se, designadamente, um exigente regime de incompatibilidades e impedimentos, que torne o exercício dessa função incompatível com as profissões de advogado ou solicitador, sem prejuízo do estabelecimento de regime transitório que garanta expectativas fundadas dos agentes de execução actualmente em funções.

---

(<sup>2</sup>) Cf. Portaria n.º 426-B/2012, de 28 de dezembro.

(<sup>3</sup>) Caso em que devem ser emitidas até ao 15.º dia do mês seguinte àquele em que o imposto é devido, nos termos do artigo 7.º do Código do IVA [cf. artigo 36.º, n.º 1, alínea b), do Código do IVA].

# RECIBO-VERDE ELETRÓNICO *VERSUS* FATURA-RECIBO: BREVES NOTAS SOBRE UMA ALTERAÇÃO MERAMENTE PSICOLÓGICA

*Pelo* Dr. João T. C. Batista Pereira<sup>(1)</sup>

## *SUMÁRIO:*

1. Regime aplicável aos devedores acessórios dos prestadores independentes de serviços a partir de 1 de janeiro de 2013.
2. Deveres acessórios dos prestadores independentes de serviços a partir de 1 de janeiro de 2013.
3. Regime aplicável aos deveres acessórios dos prestadores independentes de serviços até 31 de dezembro de 2012.
4. Uma alteração meramente psicológica.
5. Um sistema de caixa (por enquanto) ilegal.

O *novo regime da faturação*, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 197/2012 e pelo Decreto-Lei n.º 198/2012, ambos de 24 de agosto, veio vedar aos sujeitos passivos a possibilidade de cumprirem dos respetivos deveres acessórios em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado (“IVA”), através da emissão de *documentos equivalentes à fatura*. Sem mais, esta alteração implicaria que um vasto universo de prestadores de serviços, entre os quais muitos advogados, deixasse de poder utilizar (apenas) os chamados *recibos-verdes eletrónicos*, previstos no artigo 115.º, n.º 1, alínea *a*), do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (“IRS”) como vinha fazendo até então.

Neste contexto, e após alguma hesitação, a Administração tributária optou por modificar o modelo oficial do recibo-verde, *convolvendo* este documento em *fatura-recibo* e garantindo, desta forma, a continuidade da sua *dupla utilização*<sup>(2)</sup>. Tomadas no seu conjunto, estas medidas são alterações de soma nula. No entanto, as aparentes alterações no regime vieram contribuir para a desconstrução da errada perceção que a generalidade destes sujeitos passivos tinha relativamente à função dos recibos-verdes e à dispensa de emissão de faturas comuns.

## 1. Regime aplicável aos deveres acessórios dos prestadores independentes de serviços a partir de 1 de janeiro de 2013

De acordo com a sua atual redação, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 197/2012, de 24 de agosto, o artigo 29.º do Código do IVA determina que os sujeitos passivos que não pratiquem exclusivamente operações isentas estão *sempre* obrigados a emitir uma fatura — ou uma fatura simplificada, nos casos previstos no artigo 40.º do referido diploma — *por cada transmissão de bens ou prestação de serviços*, bem como *pelos pagamentos que lhes sejam efetuados antes da data da transmissão de bens ou da prestação de serviços*.

A fatura e a fatura simplificada são documentos de conteúdo parcialmente vinculado, devendo conter, respetivamente, todos os elementos obrigatórios enunciados no artigo 36.º, n.º 5 e no artigo 40.º, n.ºs 2 e 3, do Código do IVA. Além disso, quando não se refiram a prestações intracomunitárias de serviços tributáveis no território de outro Estado membro<sup>(3)</sup>, as faturas e as faturas simplificadas devem ser emitidas (i) até ao *quinto dia útil seguinte ao da data da realização da prestação de serviços* ou (ii) nos casos em que o pagamento dos serviços é efetuado antes ou no momento da sua prestação, *na data do recebimento* [cf. artigo 36.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Código do IVA].

Os prazos de faturação previstos no artigo 36.º do Código do IVA são consentâneos com o sistema de entrega deste imposto ao Estado: de acordo com o disposto nos artigos 7.º e 8.º do mesmo

---

(4) O *documento de quitação* mencionado no artigo 115.º, n.º 1, alínea b), do Código do IRS corresponde a um simples reconhecimento escrito do cumprimento da obrigação de entrega de determinada quantia, nos termos do disposto no artigo 787.º do Código Civil.

(5) Cujas atual versão foi aprovada pela Portaria n.º 426-B/2012, de 28 de dezembro.

(6) *V., infra*, ponto 3.

(7) Cf. Portaria n.º 426-B/2012, de 28 de dezembro.

diploma, o imposto torna-se devido antes ou no momento da realização da operação, sendo irrelevante se o pagamento for protelado para um período posterior.

No que concerne à tributação do rendimento, o artigo 3.º, n.º 6, do Código do IRS estabelece que os rendimentos profissionais e empresariais dos sujeitos passivos integrados no *regime simplificado* de determinação do rendimento tributável ficam sujeitos a IRS:

- (i) *desde o momento em que para efeitos de IVA seja obrigatória a emissão de fatura ou documento equivalente; ou*
- (ii) *desde o momento do pagamento ou colocação à disposição dos respetivos titulares, quando não for obrigatória a sua emissão.*

Para garantir o controlo da obtenção dos rendimentos de categoria B e, bem assim, da sua localização temporal, os sujeitos passivos que auferiram rendimentos resultantes do *exercício, por conta própria, de qualquer atividade de prestação de serviços, incluindo as de carácter científico, artístico ou técnico, qualquer que seja a sua natureza*, ou decorrentes da *propriedade intelectual ou industrial ou da prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico*, quando sejam os *seus titulares originários*, devem:

- (iii) emitir um *recibo* de modelo oficial pelo recebimento de qualquer quantia relacionada com as prestações de servi-

---

(8) Isto é: não pratica operações de importação, exportação ou atividades conexas, nem exerce qualquer atividade que consista na transmissão dos bens ou prestação dos serviços mencionados no anexo E do Código do IVA (referente ao sector dos resíduos).

(9) O Advogado A não está obrigado a emitir a *fatura-recibo* no prazo legal de emissão das faturas, o que não levanta qualquer dificuldade na gestão dos tributos por parte da Administração tributária, uma vez que a operação está isenta de IVA e só é tributada em sede de IRS no momento do pagamento.

(10) Como acima se indicou, quando não se referirem a prestações intracomunitárias de serviços tributáveis no território de outro Estado membro, as faturas e as faturas simplificadas devem ser emitidas (i) até ao quinto dia útil seguinte ao da data da realização prestação de serviços ou (ii) nos casos em que o pagamento dos serviços é feito antes ou no

ços efetuadas, ainda que a título de provisão, adiantamento ou reembolso de despesas [cf. artigo 115.º, n.º 1, alínea *a*), do Código do IRS]; ou

- (iv) emitir uma *fatura*, nos termos previstos no Código do IVA por cada transmissão de bens, prestação de serviços ou outras operações efetuadas, cumulativamente com um *documento de quitação*<sup>(4)</sup> [cf. artigo 115.º, n.º 1, alínea *b*), do Código do IRS].

O *recibo de modelo oficial* a que se refere o artigo 115.º, n.º 1, alínea *a*), do Código do IRS é o documento até agora conhecido por *recibo-verde* e cuja nova denominação é *fatura-recibo*. O modelo oficial<sup>(5)</sup> inclui os elementos obrigatórios de uma *fatura* e, bem assim, os dados relativos às retenções na fonte em sede de IRS, o que significa que, em princípio *pode ser, efetivamente, utilizado com a dupla função de fatura, para efeitos de IVA, e de recibo de modelo oficial, para efeitos de IRS*, como, aliás, sempre aconteceu até ao presente<sup>(6)</sup>. Nota-se, todavia, que o atual modelo de *fatura-recibo* mantém a referência à *quantia recebida*, de onde resulta que o emitente declara já ter recebido a soma devida pelo adquirente<sup>(7)</sup>. Neste contexto, entende-se que a dupla utilização da *fatura-recibo* estará limitada aos casos em

---

momento da sua prestação, na data do recebimento [cf. artigo 36.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) do Código do IVA].

<sup>(11)</sup> Em alternativa, o Advogado B pode emitir uma fatura comum, através do sítio *e-fatura* ou de um sistema de faturação certificado, caso em deverá, ainda, emitir um documento de quitação aquando do recebimento dos honorários.

<sup>(12)</sup> A este propósito vale a pena referir que, nos casos em que o Advogado A decide emitir voluntariamente uma fatura a pedido de um determinado cliente, ficará nas mesmas circunstâncias que o Advogado B no que respeita ao cumprimento dos deveres acessórios. Não obstante, sublinha-se também que a Administração tributária tem entendido que, nos casos em que os sujeitos passivos emitem, para determinada prestação de serviços, uma fatura comum a pedido dos adquirentes, mas não estão obrigados à emissão relativamente a todas as operações que realizam, a tributação do rendimento não é antecipada para o momento da emissão da fatura (neste sentido, v. a informação emitida no âmbito do processo n.º 993/12, com Despacho concordante do Senhor DIRETOR-GERAL DA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA).



que o pagamento dos serviços for feito dentro do respetivo prazo de emissão.

## 2. *Fatura-recibo ou fatura comum?*

Em face do regime acima descrito, em especial das normas respeitantes aos prazos de emissão e à função dos vários documentos mencionados, perfilam-se duas hipóteses distintas.

Hipótese 1: O prestador de serviços — o **Advogado A** — não está sujeito ao regime de contabilidade organizada em sede de IRS, não atingiu, em 2012, um volume de negócios superior a dez mil euros e preenche os demais requisitos de isenção de IVA, previstos no artigo 53.º do respetivo Código<sup>(8)</sup>. Nesta hipótese, relativamente frequente, o **Advogado A** estará dispensado da obrigação de emitir fatura (cf. artigo 29.º, n.º 3, do Código do IVA). Restar-lhe-á, portanto, a necessidade de cumprir os deveres acessórios para efeitos de IRS, imposto que recairá sobre o seu rendimento apenas no momento do pagamento (cf. artigo 6.º, n.º 3, do Código do IRS).

Nestas circunstâncias, o **Advogado A** deve emitir uma *fatura-recibo*, através do sistema integrado no *portal das finanças*, no momento do recebimento dos seus honorários, fazendo referência à isenção de IVA no campo próprio. Pese embora a designação deste documento no novo modelo, ele não será emitido pelo **Advogado A** com a função de *fatura*, mas como uma mera declaração de recebimento de uma determinada quantia, ou seja, exclusivamente como *recibo*<sup>(9)</sup>.

Hipótese 2: Os serviços são prestados pelo **Advogado B**, que não beneficia da isenção prevista no artigo 53.º do Código do IVA, e que, por esse motivo, está obrigado a emitir faturas dentro do respetivo prazo legal por todas as prestações de serviços que realizar.

Neste caso, o momento relevante para efeitos de declaração e entrega do IVA e, bem assim, para efeitos de tributação do rendimento auferido pelo **Advogado B** em sede de IRS *será o momento da prestação dos serviços e não a data do pagamento dos honorários*.

Assim sendo, se o pagamento dos serviços prestados for efetuado dentro do prazo de emissão da fatura<sup>(10)</sup>, o **Advogado B** tem a faculdade de, dentro daquele prazo, emitir uma *fatura-recibo* através do *portal das finanças*<sup>(11)</sup>.

Se, diferentemente, o pagamento dos serviços prestados pelo **Advogado B** for remetido para um momento posterior ao do termo do prazo de emissão da fatura, aquele sujeito passivo deve emitir uma *fatura comum*, através do sítio *e-fatura* ou de um sistema de faturação certificado, acompanhada de um documento de quitação, a emitir no momento do recebimento<sup>(12)</sup>.

Sublinha-se, por fim, que nem o **Advogado A**, nem o **Advogado B**, estão impedidos de emitir uma *fatura comum*, seguida de uma *fatura-recibo*, a título de documento de quitação. Neste caso, a fatura-recibo não assumirá a sua normal dupla função, e deverá incluir, no campo em aberto referente aos serviços prestados, a referência à fatura antes emitida. Todavia, considerando que, muito provavelmente, a Administração tributária somará automaticamente, para efeitos de apuramento do IVA liquidado e do rendimento auferido, as matérias tributáveis incluídas nas faturas comuns e nas faturas-recibo, será aconselhável evitar o uso destes últimos como documento de quitação.

### 3. Regime aplicável aos deveres acessórios dos prestadores independentes de serviços até 31 de dezembro de 2012

Aqui chegados, impõe-se, com vista a identificar, de forma mais clara, as alterações efetivamente promovidas pela alteração legislativa em análise, recapitular o regime vigente até 31 de dezembro de 2013.

Na redação em vigor até 31 de dezembro de 2012, o artigo 29.º do Código do IVA permitia aos sujeitos passivos que, em alternativa à *emissão de fatura*, emitissem um *documento equivalente*, *i.e.*, um documento que contivesse todos os elementos obrigatórios da fatura. Nestas circunstâncias, os recibos-verdes de modelo oficial eram (corretamente) admitidos pela Administração tributária como *documento equivalente* à fatura para efeitos de cumprimento dos deveres acessórios dos sujeitos passivos em sede de IVA. Além dos recibos-verdes, também as notas de honorários e os laudos eram, desde que numerados, geralmente aceites como documentos equivalentes à fatura.

Coerentemente, o artigo 115.º, n.º 1, do Código do IRS também admitia que, em alternativa à emissão de recibo-verde ou da fatura, os sujeitos passivos que auferissem rendimentos da categoria B emitissem um *documento equivalente*, no prazo de emissão da fatura, seguido de *documento de quitação*, no momento do recebimento.

O recibo de modelo oficial previsto no artigo 115.º, n.º 1, alínea *a*), do Código do IRS não era designado *fatura-recibo*, mas *recibo-verde eletrónico*. No mais, aquele documento era idêntico ao atual, contendo todos os elementos obrigatórios das faturas e fazendo referência à *quantia recebida*. Podia, portanto, ser utilizado com a mencionada *dupla função (i) de documento equivalente à fatura, para efeitos de IVA; e (ii) de recibo, para efeitos de IRS nas mesmas circunstâncias em que acontece, atualmente, com as faturas-recibo*.

Neste contexto, os recibos-verdes do anterior modelo podiam ser utilizados com a mencionada *dupla função (i) de documento equivalente à fatura, para efeitos de IVA; e (ii) de recibo, para efei-*

tos de IRS nas mesmas circunstâncias em que acontece, atualmente, com as *faturas-recibo*.

O regime relativo à determinação do momento da declaração e da entrega do IVA ao Estado não se alterou: estas obrigações sempre nasceram com a realização das operações e não com o (posterior) pagamento por parte do adquirente. O IRS, por seu turno, também já incidia sobre os rendimentos da categoria B nos termos acima indicados, ou seja, *desde o momento em que para efeitos de IVA seja obrigatória a emissão de fatura ou documento equivalente ou, não sendo obrigatória a sua emissão, desde o momento do pagamento ou colocação à disposição dos respetivos titulares*.

#### 4. Uma alteração meramente psicológica

Posto isto, impõe-se concluir que, na prática, os deveres acessórios que hoje recaem sobre os prestadores independentes de serviços eram os que já decorriam do regime vigente até 31 de dezembro de 2012. Retomando as hipóteses acima analisadas, mas considerando agora o regime antigo, verifica-se que:

Na primeira hipótese, o **Advogado A** já estava dispensado de emitir fatura para efeitos de IVA, uma vez que praticava exclusivamente operações isentas, e já era obrigado a emitir, para efeitos de tributação em sede de IRS, um recibo-verde eletrónico, através do sistema integrado no *portal das finanças*, no momento do recebimento dos honorários (momento relevante para a tributação do seu rendimento).

Na segunda hipótese, se o pagamento dos serviços prestados fosse efetuado dentro do prazo de emissão de fatura, o **Advogado B** podia optar entre emitir uma fatura-recibo ou emitir uma fatura comum, sendo que, nesta última situação, teria de emitir um documento de quitação no momento do recebimento dos respeti-

---

(13) Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.

(14) Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

vos honorários. Se o pagamento dos serviços prestados pelo **Advogado B** só fosse feito depois do fim do prazo de emissão da fatura, aquele sujeito passivo devia emitir uma fatura comum, seguida de um documento de quitação, no momento do recebimento.

## 5. Um sistema de caixa (por enquanto) ilegal

Se a Administração tributária não tivesse *convolado* os recibos-verdes eletrónicos em *faturas-recibo*, garantindo a continuidade da sua *dupla utilização*, estes documentos passariam, por via da nova redação do artigo 29.º do Código do IVA, a ser utilizáveis apenas pelos sujeitos passivos não obrigados à emissão de fatura em sede de IVA (como o **Advogado A**). Todos os outros teriam de emitir, para cada operação efetuada, uma fatura comum, através do sítio *e-fatura* ou de um sistema de faturação certificado, acrescida de um documento de quitação.

Este efeito era absolutamente desnecessário, uma vez que o objetivo das alterações ao regime de faturação — nomeadamente das que resultam do Decreto-Lei n.º 198/2012, de 24 de agosto, que veio impor aos sujeitos passivos de IVA a comunicação eletrónica de todas as faturas à Administração tributária — foi precisamente estender à emissão das faturas as regras já antes aplicáveis aos recibos-verdes eletrónicos.

Mas, sendo assim, o que justifica a perceção generalizada de que o regime aplicável aos prestadores independentes de serviços, nomeadamente aos advogados, mudou substancialmente?

Muito provavelmente, o entendimento (errado) de que, à luz do regime aplicável até 31 de dezembro de 2012, a emissão de recibos-verdes dispensava (sempre) o sujeito passivo de cumprir os prazos de emissão da fatura. Acompanhando a ideia de que, por ser um *documento equivalente*, o recibo-verde era a fatura dos trabalhadores independentes, foi surgindo a convicção generalizada de que aqueles não estavam sujeitos ao prazo de emissão da fatura, uma vez que o recibo-verde só deveria ser emitido no momento do pagamento.

Este entendimento, sem qualquer base legal, tinha (e tem) consequências graves na gestão do IRS e do IVA. É que, nos casos (muito frequentes) em que o pagamento não era efetuado dentro do prazo de emissão da fatura, os prestadores independentes de serviços beneficia(va)m de um *sistema de caixa* contrário à lei, quer em sede de IRS, quer em sede de IVA.

Muito embora, como acima se assinalou, o regime aplicável aos deveres acessórios que impendem sobre os prestadores inde-

## *Jurisprudência Crítica*

pendentes de serviços não tenha mudado substancialmente, a discussão em torno das alterações legislativas veio chamar a atenção para a ilegalidade desta prática antiga, a que a Administração tributária nunca deu qualquer relevância e que distorce gravemente o sistema de tributação das operações e dos rendimentos por elas gerados, com implicações, igualmente sérias, na concorrência entre operadores económicos.

Curiosamente, esta aparente alteração de regime que pode produzir uma verdadeira alteração da perceção dos sujeitos passivos sobre as suas obrigações acessórias ocorre num momento em que, precisamente por via da entrada em vigor do novo regime da faturação (e, em especial, das obrigações de comunicação de toda a faturação à Administração tributária), o legislador criou condições para a adoção, a prazo, de um *sistema (legal) de caixa* em sede de IVA.

O novo regime da faturação tornará significativamente mais barata e mais eficiente a fiscalização das operações por parte da Administração tributária, deixando o cruzamento de informação aritmética para os sistemas informáticos.

A serem reais os dados sobre a evasão fiscal que recorrentemente chegam a público, o aumento do controlo das operações permitirá alargar a base tributável de IVA, IRS e IRC. Além disso, dará condições à Administração tributária — que passa a ter conhecimento imediato da realização das operações, podendo, posteriormente, controlar os respetivos pagamentos — para fiscalizar um sistema de entrega do imposto centrado no pagamento (*em caixa*) e não na faturação.

A possibilidade de os Estados membros aplicarem o *sistema de caixa* em sede de IVA a sujeitos passivos com volumes de negócios reduzidos foi inscrita em 2010 no artigo 167.º-A da *Diretiva IVA*<sup>(13)</sup> e consta, igualmente, da autorização legislativa vertida no

artigo 241.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013<sup>(14)</sup>. Nos termos desta norma, o Governo está autorizado a criar um *sistema de caixa* opcional e aplicável apenas a sujeitos passivos com um volume de negócios não superior a quinhentos mil euros, que admitam o acesso às respetivas contas bancárias. Refira-se, a este respeito, que as críticas produzidas pelas associações empresariais, a propósito da restrição da aplicação do regime a sujeitos passivos com um volume de negócios relativamente baixo não têm em conta que, de acordo com o mencionado artigo 167.º-A da Diretiva IVA, os Estados membros não estão autorizados a, sem prévia consulta do Comité do IVA, aplicar regimes de caixa a sujeitos passivos com um volume de negócios superior a quinhentos mil euros. Cumprido este pressuposto, o limite pode chegar aos dois milhões de euros. Sublinha-se, em qualquer caso, que, indo o sistema português de controlo da faturação muito para além do que exige a Diretiva IVA, não se veem razões para, uma vez consultado o Comité do IVA, a sua pronúncia não ser positiva.





## ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 16 DE FEVEREIRO DE 2012

(A sanção pecuniária prevista no n.º 4 do art. 829.º-A do Código de Processo Civil e a execução fundada em título extrajudicial: admissibilidade e caso julgado)

Acórdão 286/07.0TVLSB.L1.S1 — 2.ª secção

*Relatores:* Serra Baptista  
Álvaro Rodrigues  
Fernando Bento

I — O caso julgado só é susceptível de actuar quando está em causa, entre os mesmo sujeitos, o mesmo objecto do processo, delimitado pelo pedido e pela causa de pedir.

II — A sentença de extinção de execução pelo pagamento da quantia exequenda, proferida no âmbito do art. 919.º do CPC (redacção anterior ao DL n.º 38/2003, de 08-03), não é dotada de eficácia de caso julgado material, mas apenas de caso julgado formal.

III — A sentença proferida em embargos de executado, sobre uma oposição de mérito, é dotada de força de caso julgado material.

IV — Na acção de verificação e graduação de créditos o objecto — relativamente ao qual o caso julgado se produzirá — é o de reconhecimento de um direito real que garante o crédito e não o reconhecimento deste, que é pressuposto de tal decisão.

V — Se a causa de pedir dos embargos ou no apenso da verificação e graduação de créditos não foi a suscitada em acção declarativa — pagamento de sanção pecuniária compulsória —, as sentenças nos mesmos proferidas não têm força e autoridade de caso julgado material e nada impede a propositura de uma acção, com o fito na restituição do indevido (art. 476.º, n.º 1, do CC).

VI — A nulidade de acórdão por omissão de pronúncia ocorre quando o mesmo deixe de se pronunciar sobre questões que devesse apreciar e não quando o mesmo enferme de erro de julgamento (errada fundamentação).

VII — O contrato de assunção de dívida — pelo qual uma pessoa (assuntor) se passa a considerar devedor de outra (por adopção de uma dívida pré-existente) — só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor para que o devedor se libere do seu débito.

VIII — Quando uma pessoa (promitente) se obriga perante o devedor a desonerá-lo da obrigação, cumprindo, em lugar dele, a prestação ao credor está-se perante uma assunção de cumprimento ou promessa de liberação (art. 444.º, n.º 3, do CC).

IX — No contrato referido em VIII o terceiro não fica devedor do credor mas tão só obrigado para com aquele (devedor) a pagar a dívida deste.

X — Sendo a dívida paga pelo assuntor, pelo terceiro ou por mandatário sem representação a estes cabe a legitimidade substantiva para a acção com o fundamento referido em V.

XI — Na acção em que se pede a restituição do indevido não é lícito decretar-se a nulidade — ou a anulação — do negócio válido.

XII — O prazo de prescrição da restituição por enriquecimento sem causa começa a correr logo que se verifiquem os seguintes requisitos: (i) ter o credor (empobrecido) conhecimento do seu direito e (ii) ter conhecimento da pessoa do responsável, do obrigado (enriquecido).

XIII — Ocorrendo a deslocação patrimonial na pendência de uma execução, é à data daquela — e não da citação para a execução — que se inicia a contagem do prazo de prescrição.

XIV — O conhecimento do direito do credor é um conhecimento fático e não conhecimento jurídico, dos elementos constitutivos do enriquecimento: (i) o enriquecimento; (ii) o empobrecimento; (iii) o nexa causal entre um e outro e a (iv) falta de causa justificativa da deslocação patrimonial verificada.

XV — Não é pressuposto da obrigação por enriquecimento sem causa o erro do *solvens* ou o dolo de quem recebeu a prestação.

XVI — A falta de invocação de factos integradores de uma excepção — que não respeite à configuração da relação processual executiva — em embargos de executado não impede a sua invocação noutro processo, designadamente na acção referida em XI, nem constitui confissão dos factos alegados na execução.

XVII — A declaração judicial confessória só vale como confissão judicial nesse mesmo processo.

XVIII — A sanção pecuniária compulsória a que alude o n.º 4 do art. 829.º-A do CC: (i) é uma sanção pecuniária legal — no sentido de que decorre directamente da lei — pelo que pode ser directamente pedida na acção executiva e (ii) não tem natureza executiva nem constitui meio de sub-rogação, pois que o tribunal não se substitui ao devedor no cumprimento.

XIX — Sendo pedida no requerimento executivo, o momento a partir do qual os juros de 5% ao ano são devidos é aquele a partir do qual o crédito do exequente fica definido: desde a data da citação para a execução ou, caso sejam deduzidos embargos, desde a data do trânsito em julgado da sentença que os julgou improcedentes.

XX — A acção de restituição por enriquecimento sem causa tem natureza subsidiária.

XXI — Tendo o autor deduzido embargos na execução em que foi pedida a sanção pecuniária compulsória, o meio idóneo para reagir contra tal sanção eram os embargos de executado.

XXII — Não sendo invocado nos embargos que a sanção pecuniária compulsória não era devida, improcede a acção de enriquecimento sem causa, considerando a sua subsidiariedade.

## ACORDAM NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

AA, LDA veio intentar acção, com processo ordinário, contra BB, S. A., pedindo a condenação deste a pagar-lhe a quantia de € 3 603 774,95, acrescida de juros de mora, à taxa legal, vencidos e vincendos, até integral pagamento, computando-se os vencidos, até 15/1/2007, em € 622 120,16.

Alegando, para tanto, e em suma:

O réu, em 2002, instaurou uma execução contra si, tendo vindo, então, a vender à V..... 36 lotes de terreno pelo preço de € 52 000 000, 00.

Nos termos do então acordado, a compradora entregou directamente ao réu a quantia de € 42 255 096,00 para pagamento integral da sua dívida àquele, tendo o mesmo dado conhecimento na execução da satisfação da quantia exequenda.

A seu pedido, o réu veio a discriminar as verbas integrantes da quantia dita em dívida, tendo a autora vindo a saber que o mesmo lhe havia indevidamente cobrado a quantia de € 3 603 774,95, a título de sanção pecuniária compulsória.

Tal quantia não lhe era devida porque a autora nunca havia sido condenada por sentença transitada em julgado no pagamento de qualquer prestação pecuniária ao réu, havendo, assim, uma situação de enriquecimento sem causa por banda deste.

Citado o réu, veio contestar, invocando o caso julgado, por via dos embargos antes pela autora deduzidos, da sentença de extinção da acção executiva, da sentença de verificação e graduação de créditos e a confissão de dívida por parte da autora nos referidos autos de execução.

Mais invocando a ilegitimidade substantiva da autora, por não haver empobrecimento da sua parte, a prescrição, ao abrigo do art. 482.º do CC e o abuso de direito.

Houve lugar a réplica, por banda da autora.

Foi elaborado o despacho saneador, no qual, e além do mais, foram julgadas improcedentes as excepções de ilegitimidade e de caso julgado, tendo sido relegado para final o conhecimento das excepções peremptórias da confissão, prescrição e abuso de direito.

Foram seleccionados os factos tidos por assentes e organizada a base instrutória.

Inconformado, interpôs o réu recurso de agravo pela improcedência da excepção de ilegitimidade, **tendo apelado da decisão proferida quanto ao caso julgado.**

Realizado o julgamento e decidida a matéria de facto da base instrutória, foi proferida a **sentença que julgou a acção procedente e provada, tendo-se condenado o réu a pagar à autora a quantia de € 3 603 774,95, acrescida de juros pela forma que melhor se discriminou.**

De novo inconformado, interpôs o réu recurso de apelação para o Tribunal da Relação de Lisboa, no qual, **por acórdão de 19/5/99 (fls 1667 a 1706), foi confirmada a sentença recorrida quanto às excepções da ilegitimidade processual e do caso julgado, tendo-se, ainda, anulado o julgamento para ampliação da matéria de facto nos termos e para os efeitos referidos.**

**Irresignado quanto à decisão proferida em relação ao caso julgado, veio o réu interpor recurso de agravo para o Supremo Tribunal de Justiça, que foi admitido, com subida a final (fls 1765).**

Aditados que foram os factos, quer os assentes, quer os da base instrutória, e decididos estes após julgamento, **foi proferida a sentença que julgou a acção procedente e condenou o réu a pagar à autora a quantia de € 3 603 774,95, acrescida de juros.**

Ainda irresignado, **veio o réu interpor recurso de apelação para o Tribunal da Relação de Lisboa, onde, por acórdão de fls 2265 a 2300, e na parcial procedência da apelação foi o réu condenado a pagar à autora a quantia de € 3 603 774,95, acrescidos de juros de mora, à taxa legal, contados desde a citação até integral liquidação.**

Inconformados, vieram autora e réu pedir revista para este **Supremo Tribunal de Justiça.**

Tendo o réu, **na alegação do seu agravo, formuladas as seguintes conclusões:**

1.<sup>a</sup>) O objecto do presente (recurso) é circunscrito à apreciação do douto Acórdão proferido que mantendo a decisão da 1.<sup>a</sup> Ins-

tância, julgou improcedente a excepção de caso julgado que havia sido, em três vertentes, invocada pelo Recorrente;

2.<sup>a</sup>) Na sequência de um requerimento apresentado pelo Recorrente e depois de serem liquidadas as custas devidas a Juízo, a execução foi julgada extinta pela dita sentença, proferida em 2 de Junho de 2005, na qual se diz que se mostram satisfeitas “a obrigação exequenda e as custas do processo” (ponto 31. do relatório de facto constante da decisão recorrida);

3.<sup>a</sup>) Ora, tal sentença de extinção de execução tem eficácia preclusiva, estendendo os seus efeitos tanto dentro do processo no qual é proferida, como em qualquer outro processo onde se discuta ou se realize coercivamente a obrigação que tenha estado em causa;

4.<sup>a</sup>) Com efeito, a extinção operada por decisão judicial apta a efectivá-la na sequência da liquidação ou extinção por qualquer outro modo da obrigação exequenda, ligada à aplicação do art. 919.º do CPC tem efeitos substanciais, efeitos que apenas são afastados quando ela se refere as situações de deserção e desistência às quais atribuíra apenas efeitos processuais, afirmando, Alberto dos Reis, quando tratava de tal questão, que “não temos que ocuparmos aqui da deserção da instância executiva nem da desistência da execução. São factos que, normalmente, não extinguem a acção executiva, só extinguem a instância” (Processo de Execução”, Vol. II, Coimbra, 1954, pago 508);

5.<sup>a</sup>) Assim, tal sentença tem, por isso, eficácia de caso julgado, não apenas formal, como se entendeu na dita decisão recorrida, mas material abrangendo nos seus efeitos os limites definidos pela obrigação exequenda, pois, não se compreenderia, que essa obrigação pudesse voltar a ser discutida por qualquer das partes;

6.<sup>a</sup>) O executado tem oportunidade, no âmbito do processo executivo de discutir a existência, exigibilidade e o valor da obrigação que lhe é exigido que satisfaça coerciva mente, não estando limitado, quando o título não seja jurisdicional como ocorreu na acção executiva em causa nos autos, nessa defesa que apresente, pelo que admitir que possa, mais tarde e depois de lhe ter sido dada tal faculdade sem que a tenha utilizado, voltar a discutir a obriga-

ção exequenda, é subversão do sistema de regras processuais civis que abre a possibilidade de serem geradas situações de contradição de julgados;

7.<sup>a</sup>) A não ser como se vem defendendo, não se compreenderia o disposto no n.º 2 do art.º 816.º do CPC, na versão aplicável à execução em causa, porquanto, não formando caso julgado a decisão de extinção da execução, sempre em acção de repetição do indevido o executado poderia vir a opor ao exequente qualquer contestação à obrigação exigida e que fosse objectiva ou subjectivamente superveniente, não sendo necessário conceder-lhe prazo suplementar para deduzir embargos;

8.<sup>a</sup>) E não seria necessário também que estivesse expressamente prevista a possibilidade de renovação da execução extinta, prevista pelo art. 920.º do CPC anterior à reforma de 2003, pois que se a sentença de extinção da execução apenas tivesse o efeito de caso julgado formal seria desnecessária, uma vez que sempre ao exequente seria possível, pese embora a extinção da execução, instaurar contra o executado nova execução baseada no mesmo título;

9.<sup>a</sup>) Aliás, tal possibilidade que é dada ao exequente, é limitada ao pagamento de prestações que se vençam posteriormente nos títulos de trato sucessivo, o que deixa insusceptível de discussão todas as anteriores prestações que haviam sido coercivamente exigidas;

10.<sup>a</sup>) Ao contrário daquilo que é afirmado em douto aresto citado na decisão de 1.<sup>a</sup> Instância, o recurso próprio para obter a reapreciação da sentença que declarasse a extinção da execução só até à reforma processual civil operada em 1995, seria o agravo, porquanto, até então, apenas as decisões que conhecessem o mérito da causa seriam susceptíveis de comportar tal espécie de recurso, face à redacção que vigorava do art. 691.º do CPC então vigente;

11.<sup>a</sup>) Mas, a redacção referida não abrangia as sentenças homologatórias, que apesar de formarem caso julgado material, apenas poderiam ser atacadas por via de recurso de agravo, não sendo, por isso, a susceptibilidade de impugnação por essa espécie de recurso impeditiva do caso julgado material que formavam;



12.<sup>a</sup>) Apenas com a reforma operada em 1995, e de acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei 329-A/95, de 12 de Dezembro, passou o recurso de apelação a respeitar a todas as decisões susceptíveis de formar caso julgado material, entre as quais as sentenças homologatórias (vd. a esse respeito, Lebre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes, “Código de Processo Civil Anotado”, vol. III, Coimbra, 2003, pag. 57) e, também, a sentença de extinção de execução que, por estar abrangida pela previsão do n.º 1 do art. 691.º do CPC e na medida em que versa sobre o mérito da causa, seria susceptível de recurso de apelação;

13.<sup>a</sup>) E a tanto não impede a falta de referência expressa no art. 922.º do CPC, na redacção anterior à reforma de 2003, pois tal preceito legal não abrangia também a sentença que homologasse a desistência do pedido executivo formulada pelo exequente, sendo inquestionável que face a essa decisão o recurso adequado seria o de apelação;

14.<sup>a</sup>) De qualquer modo, ainda que assim não se entendesse e se considerasse ser o recurso de agravo o adequado, nem por isso deveria considerar-se que a eficácia da decisão seria apenas processual, pois, como decorre até da situação legislativa que existia antes da reforma de 1995, não é a espécie de recurso que deverá caracterizar a eficácia da decisão, mas, outrossim, essa eficácia que deverá determinar a espécie de recurso aplicável;

15.<sup>a</sup>) A sentença de extinção da execução se não incidir sobre questões meramente processuais, gera caso julgado material tornando indiscutível a obrigação exequenda (vd. a esse respeito, Castro Mendes, “Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil”, Lisboa, ed. Ática, 1968, pags. 20 e 21), Pessoa Jorge “Lições de Direito Processual Civil, A Acção Executiva”, Lisboa, ed. Policopiada, 1972 e 1973, pags. 280 e 281) e Teixeira de Sousa, “A Acção Executiva Singular”, Lex, 1998, pag. 415);

16.<sup>a</sup>) E, decorrendo a douta decisão que extinguiu a execução em causa nos autos da extinção da obrigação exequenda, não pode senão ser-lhe atribuído conteúdo material e, nessa medida, eficácia de caso julgado material, pois, tendo por base um pagamento extra-

judicial, não tem, nem poderia ter um conteúdo meramente processual, reportando-se os seus efeitos ao mérito da execução;

17.<sup>a</sup>) Independentemente da dedução de oposição à execução, no momento em que esta se extingue por sentença que declara a extinção da obrigação, tal decisão não pode senão ter efeitos materiais e impeditivos de posterior discussão acerca da obrigação exequenda em situação similar àquela que terá também a sentença que homologue uma desistência do pedido formulado em sede de execução pelo exequente;

18.<sup>a</sup>) De todo o modo, na execução que está em causa, nem sequer é apenas a sentença que atesta a correcta satisfação da obrigação em causa, mas, igualmente, a declaração prestada pela aqui Recorrida, que atesta e reconhece ser o valor pago aquele que por ela era devido, no documento que permitiu aquela decisão;

19.<sup>a</sup>) Com efeito, não se vê que diferença pode ter essa decisão de qualquer outra decisão judicial, pois, que se é certo que o título executivo já “polariza em si a necessária e suficiente força executiva”, também não é menos verdade que, ao julgador, em sede executiva, é legítimo apreciar a obrigação cuja realização coerciva se pede, podendo indeferir liminarmente os pedidos exequendos que entenda não estarem contemplados pelos limites desse título;

20.<sup>a</sup>) Mas mesmo que se entendesse que a sentença que determinou a extinção da execução tem apenas efeitos processuais e que é susceptível de formar apenas caso julgado formal, sempre estaria vedada nova discussão relativa à obrigação exequenda, dentro dos limites em que esta foi judicialmente exigida em sede de execução, pois, “a imutabilidade” decorrente do caso julgado formal “alarga-se para fora do processo” (Castro Mendes” Manual de Processo Civil”, Lisboa 1953, pag. 458);

21.<sup>a</sup>) As razões meramente processuais que levam a que uma decisão de mérito não possa ser repetida dentro do mesmo processo, levam a que igualmente não possa, fora desse âmbito, ser sujeita a novo julgamento, no qual seja discutida com o mesmo e exacto enquadramento de sujeitos, causa de pedir e pedido;

22.<sup>a</sup>) O enquadramento que é dado à questão ora suscitada pela Recorrida se circunscreve aos limites com qual esta foi colocada em sede de acção executiva, na qual os valores peticionados foram devidamente especificados e concretamente determinados;

23.<sup>a</sup>) Admitir que tal questão possa voltar a ser discutida impede a coerência do sistema jurisdicional, podendo levar, em oposição ao espírito que preside a esse sistema, a uma contradição de julgados, por repetição do direito de contestar, através de nova acção, uma obrigação já assente;

24.<sup>a</sup>) Na execução que correu termos entre as partes, para além de ter sido peticionado o pagamento do capital e dos juros remuneratórios e moratórios, que eram devidos ao abrigo dos contratos em causa, foi também peticionado o pagamento de sanção pecuniária compulsória, numa taxa de 5% sobre o capital, valor expressamente indicado e liquidado, tendo a Recorrida sido citada para pagar, nomear bens à penhora ou deduzir oposição, tendo, dentro desse prazo que lhe era concedido, apresentado a sua defesa através de embargos, nos quais invocou a incompetência territorial do tribunal e contestou a exigibilidade do crédito do Recorrente, alegando que este actuara, ao mover a execução em abuso de direito;

25.<sup>a</sup>) Tendo o Recorrente contestado os embargos deduzidos, estes vieram a ser julgados improcedentes pela douta sentença proferida em 15 de Julho de 2004 no apenso A do processo de execução, sentença essa, que transitou em julgado;

26.<sup>a</sup>) A sentença pela qual sejam julgados os embargos forma caso julgado material, nos mesmo termos em que o forma uma acção declarativa, pois, “implica a constituição de uma nova relação processual autónoma, não reconduzível a uma fase da relação processual executiva, por poder apresentar pressupostos processuais próprios e se delinear como relação processual de cognição, com a estrutura do processo normal de declaração...” (Fernando Amâncio Ferreira, “Curso de Processo de Execução”, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2000, pag. 116);

27.<sup>a</sup>) A oposição deduzida pela Recorrida e pelos seus, então, co-executados, através de embargos, atacou a exigibilidade das

obrigações exequendas, com fundamento num, alegado, abuso de direito, o que, nessa medida constitui oposição atinente ao mérito da obrigação exequenda, pelo que, a sentença, de mérito, que veio a ser proferida em sede de embargos tem valor de caso julgado, decidindo definitivamente o mérito da obrigação exequenda;

28.<sup>a</sup>) E tendo sido contestado o mérito das obrigações exequendas e tendo os embargos sido julgados improcedentes, esse mérito atinente, nomeadamente, da existência, certeza, liquidez e exigibilidade daquelas obrigações, tornou-as definitivamente assentes, atentos os efeitos da dita sentença proferida que, dele conheceu (vd. a esse respeito Lebre de Freitas “A Acção Executiva à Luz do Código Revisto”, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1997, pag. 162) e Teixeira de Sousa “A Acção Executiva Singular”, Lex, 1998, pag. 190);

29.<sup>a</sup>) Os embargos têm uma estrutura processual semelhante ao de uma acção declarativa na qual apesar de o articulado inicial ser a petição de embargos apresentada pelo executado, não deixa de ser relevante e admitido também como um articulado, o requerimento inicial do exequente, pois, os factos neste alegado podem e devem integrar a selecção da matéria de facto a ser elaborada no despacho saneador e a contestação do embargado está sujeita ao ónus de impugnação especificada, mas com excepção dos factos alegados pelo embargante que estejam em oposição com o requerimento inicial (art. 817.º, n.º 3.º, do CP.C, na versão anterior à reforma de 2003);

30.<sup>a</sup>) É também essa estrutura que leva a que, em sede de embargos — e agora em sede de oposição à execução — não sejam admitidos outros articulados, para além da petição e contestação, como decorre do n.º 2 do art. 817.º do CPC na versão anterior à reforma da acção executiva;

31.<sup>a</sup>) Pese embora a iniciativa na dedução de embargos seja do executado, é o exequente que, face à feição que assumem, acaba por ter posição equivalente àquela que detém o autor numa acção declarativa.

32.<sup>a</sup>) Quando o seu objecto se prenda com uma questão de mérito, através dos embargos visa destruir-se o fundamento ou a razão de ser da obrigação exequenda, o que, correlativamente, sig-

nifica que, em situação de improcedência, essa obrigação ou a sua exigibilidade ficam consolidadas, sendo pois, a obrigação exequenda, no seu todo que visa, através da defesa apresentada pelo executado, atacar-se e que, caso essa defesa, com os fundamentos de mérito apresentados, não prevaleça se manterá e deixará de poder voltar a ser questionada face ao caso julgado material que a sentença que os decida forma;

33.<sup>a</sup>) A situação é, por isso, idêntica àquela que exista numa acção declarativa, em que o autor fosse o exequente, por ser este quem, através do requerimento inicial da execução dá a conformação aos embargos, funcionando a petição de embargos como a contestação que em sede declarativa é susceptível de conformar a defesa do réu e as questões que por ele são levantadas;

34.<sup>a</sup>) Numa acção declarativa em que fosse exigida a obrigação que está em causa nos autos, por parte do Recorrente e sendo julgada improcedente a defesa de mérito apresentada pela Recorrida, a obrigação exequenda ficaria, ao abrigo do caso julgado material, insusceptível de posterior discussão em qualquer das suas vertentes, devendo o mesmo tratamento ter-se quando a sentença decida o mérito dos embargos deduzidos desde que nestes se ataque a obrigação exequenda;

35.<sup>a</sup>) Nem poderá em contrário invocar-se que a sentença não considerou eventuais questões por não lhe terem sido colocadas, porquanto, situação idêntica ocorrerá em sede declarativa, sendo, pois, ónus do réu apresentar, dentro do prazo da contestação, todos os fundamentos da sua defesa (art. 489.º do CPC);

36.<sup>a</sup>) E os poderes do julgador para, officiosamente, decidir questões jurídicas, como aquela que agora está em causa, é até mais alargado em sede de acção executiva como pode verificar-se da aplicação dos art. 811.º-A e 820.º do CPC na versão anterior à reforma de 1995;

37.<sup>a</sup>) Assim, basta que a defesa apresentada pela Recorrida e que fundou os seus embargos tenha incidido sobre o mérito da execução, para que, a obrigação exequenda se considere insusceptível já, de em qualquer das suas vertentes poder voltar a ser questionada;

38.<sup>a</sup>) Sem prejuízo de tudo quanto antes se disse, a defesa de mérito, nos termos em que foi formulada, abrangia na sua causa de pedir as obrigações exequendas exigidas pelo Recorrente, em si mesmas, incluindo, pois, a existência, a certeza, a liquidez e a exigibilidade dessas obrigações exequendas e precludindo o direito de que, mais tarde, outras defesas pudessem ser invocadas com base na mesma causa de pedir;

39.<sup>a</sup>) Assim, a causa de pedir delineada nos embargos em causa, abrange e até reconhece as obrigações exequendas nos termos exactos em que são exigidas, pelo que, tendo transitado em julgado, a decisão proferida em sede embargos, formou caso julgado material;

40.<sup>a</sup>) Com efeito, ainda que se defenda, como o faz Lebre de Freitas que “embora a sentença de mérito proferida nos embargos de executado forme caso julgado material (...) que impede a propositura de nova acção (acção de repetição do indevido incluída (...), fundada em idêntica causa de pedir, esse impedimento não se mantém se for proposta acção (de apreciação ou de condenação) baseada em outra causa de pedir” (“Concentração da Defesa e Formação de Caso Julgado em Embargos de Executado” *in* “Estudos Sobre Direito Civil e Processo Civil”, Coimbra, 2002, pag. 459), face à defesa apresentada pela Recorrida, a sentença de embargos integrou no seu âmbito a questão que nestes autos volta a ser colocada;

41.<sup>a</sup>) Assim, a questão sobre a qual versa a presente acção integrava o “*thema decidendum*” dos embargos, pois, estes reflectiam-se sobre toda a obrigação exequenda nos moldes em que havia sido exigida;

42.<sup>a</sup>) Aliás, a Recorrida e os seus co-executados aceitaram a veracidade dos factos invocados no requerimento inicial da execução, como decorre do artigo 7.º da petição de embargos que apresentaram, não aceitando, evidentemente, mais nada por a restante parte desse requerimento conter alegações e não factos;

43.<sup>a</sup>) Essa defesa assenta, não na contestação da versão apresentada pelo Recorrente que aceita genericamente, mas, na contestação da exigibilidade das obrigações que lhes são exigidas, que considera dever ser paralisada por abuso de direito;

44.<sup>a</sup>) Ora, o abuso de direito, na forma como foi invocado, enquanto único meio de defesa referente ao mérito, pressupunha o exercício de um determinado direito em contradição com a finalidade para qual esse direito foi conferido, pelo que, essa invocação determinou, logicamente, a aceitação da existência do direito nos termos em que este era invocado, impugnando-se, apenas, a forma, modo ou condições em que é feito o seu exercício;

45.<sup>a</sup>) Por essa razão, defendendo-se a Recorrida através de abuso de direito, admitiu expressamente, as obrigações exigidas pelo Recorrente, nos exactos termos e valores em, que estas foram peticionadas, e que consubstanciavam o direito deste e reconheceu, expressamente, o direito do Recorrente nos exactos termos por ele invocados, questionando unicamente, o exercício desse direito, que entendia, dever ser paralisado, por este ter recusado propostas de compra do prédio que haviam sido efectuadas por terceiros e, de instaurado, depois, a execução;

46.<sup>a</sup>) Sendo a causa de pedir o invocado abuso de direito, que por definição pressupõe a existência, nos termos em que foi invocado, do direito de crédito exigido pelo Recorrente, é evidente a questão que agora é colocada pela Recorrida se integra nessa causa de pedir;

47.<sup>a</sup>) Na execução antes identificada, e após a convocação dos credores desconhecidos foram reclamados créditos tendo, sido proferida em 2005.02.14, no apenso B da acção executiva identificada, douda sentença de verificação e graduação de créditos, que os reconheceu, nos exactos termos e valores invocados;

48.<sup>a</sup>) Toda esta matéria foi invocada e encontra-se assente, quer por não impugnação e até confissão da Recorrida (vide artigo 246.º da réplica), quer por comprovação judicial decorrente da verificação feita pelo M.mo Tribunal de 1.ª Instância no processo de execução, com todos os seus apensos, e que requisitou ao Tribunal de Loures, a título devolutivo, pelo que, sempre deveria ter sido levada aos factos assentes;

49.<sup>a</sup>) O apenso de reclamação e verificação de créditos tem natureza declarativa, traduzindo uma verdadeira actividade de cognição que é exercida pelo tribunal, que é julgado a conhecer os cré-

ditos que sejam reclamados e a ordem pela qual aqueles que sejam reconhecidos deverão ser pagos;

50.<sup>a</sup>) A sentença que nele venha a ser proferida, atenta a sua natureza dispositiva, abrange, no seu conhecimento de mérito, os créditos que venham a ser reclamados, na sua existência, certeza, exigibilidade e montante, tornando-os insusceptíveis de poderem voltar a ser contestados ou discutidos, em qualquer dessas vertentes;

51.<sup>a</sup>) Mas abrange, ainda, nesse conhecimento de mérito que efectua aos valores exigidos em sede processual, o próprio crédito exequendo, que, não pode deixar de ser por ela considerado e devidamente graduado, tornando-o, também e em todas as vertentes descritas, insusceptível de poder voltar a ser discutido;

52.<sup>a</sup>) Por essa razão, já face ao disposto no art. 866.º do CPC vigente antes da reforma e que não esclarecia expressamente tal questão como agora sucede, qualquer reclamante poderia impugnar, não apenas os créditos reclamados, como também o crédito exequendo, podendo ver-se a esse respeito, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 1989 (BMJ 390, pag. 363), de 6 de Fevereiro de 1992 (BMJ 414, pag. 404) e de 11 de Maio de 1995 (C.J./STJ, 1995, tomo II, pag. 81);

53.<sup>a</sup>) É assim inequívoco que a sentença de verificação e graduação de créditos, não circunscreve os seus efeitos decisórios aos créditos reclamados, integrando também nessa decisão o crédito exequendo, que fica definitivamente assente após a sua prolação;

54.<sup>a</sup>) O poder cognitivo do tribunal, aquando da prolação de tal sentença, incide sobre os créditos reclamados e exequendos na exacta forma como foram alegados, sendo a esse respeito irrelevante, que nos títulos que os corporizam não constem todos os elementos ou acessórios desses créditos, pois, o valor ou indemnização pode decorrer directamente da lei, por não se encontrar prevista no título, mas será sempre considerada no âmbito da decisão de mérito que incida sobre o crédito exigido, não se aceitando, pois, o entendimento que a esse respeito é formulado na douta decisão recorrida;

55.<sup>a</sup>) Por essa razão, se previa, no n.º 4 do art. 868.º do CPC anterior à reforma de 2003, que a decisão relativa aos créditos



reclamados, conferia ao julgador, no âmbito da sentença de verificação e graduação, poderes para o “conhecimento de questões que deviam ter implicado rejeição liminar da liquidação”;

56.<sup>a</sup>) É, por isso, inequívoco que, podendo tal conhecimento oficioso de questões incidir sobre os créditos reclamados, também poderia e deveria incidir sobre o crédito exequendo, na medida em que este é também verificado e graduado pela decisão proferida, decorrendo, de resto, tal poder expressamente do já citado art. 820.º do CPC na versão anterior à reforma de 2003;

57.<sup>a</sup>) Resultando a obrigação que nesta acção é posta em causa directamente da lei, como sucede com a indemnização pela mora também legalmente prevista, não pode deixar de ter sido também abrangida pela sentença de graduação e verificação de créditos que foi proferida.

58.<sup>a</sup>) A sentença em questão, que verificou os créditos reclamados e os graduou face aos créditos exequendos, tornou, por isso, definitivamente assentes e insusceptíveis de voltarem a ser contestados ou impugnados, tanto esses créditos, como aqueles que deram origem à execução (vd. a esse respeito, Teixeira de Sousa, obra citada, pag. 350).

59.<sup>a</sup>) Tendo a sentença de verificação e graduação de créditos proferida no apenso B do processo de execução antes identificado, transitado em julgado, formou em relação às obrigações exequendas exigidas à Recorrida nesses autos, caso julgado que expressamente se invoca — que, tendo eficácia “erga omnes”, torna insusceptíveis de contestação esses créditos, a sua exigibilidade ou os seus montantes;

60.<sup>a</sup>) E podendo embora não tratar expressamente todas as questões que pudessem pôr-se em relação aos créditos, sempre abrange estes em todos os elementos quando é proferida;

61.<sup>a</sup>) Em qualquer das situações de caso julgado que se indicaram, quer em sede de embargos, quer em sede de acção executiva, ou quer ainda em sede de reclamação de créditos, não pode operar o instituto do enriquecimento, porquanto, “não pode, em princípio, o autor pedir a restituição do que pagou por virtude de condenação judicial, baseando-se em enriquecimento sem causa, já que o invo-

cado enriquecimento deriva do caso julgado, sendo assim justificado pelo ordenamento jurídico” (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1984.06.07, *in C.J.*, 1984, tomo IV, pag. 279);

62.<sup>a</sup>) Mais: como decorre da matéria de facto dada como provado no douto Acórdão, a sanção pecuniária compulsória que agora está em causa foi exigida logo no requerimento inicial da execução (pontos 24. e 25. do relatório de facto) tendo a Recorrida sido citada para essa execução e tendo deduzido embargos (pontos 26. e 27. desse relatório);

63.<sup>a</sup>) Ora, como ensina Gonçalves Sampaio “de acordo com o art. 489.º[do CPC toda a defesa deve ser deduzida na oposição à execução (...) se o executado tiver deduzido oposição à execução, recebida esta e julgado procedente ou improcedente, a sentença transitada em julgado faz caso julgado sobre a matéria declaratória; neste caso o executado ficará impedido de recorrer a uma acção declarativa por fora, com o fim de impedir a condenação do exequente na restituição do indevido, sob pena de ofensa ao caso julgado da decisão que julgou a oposição, salvo nos casos que abaixo serão citados” (A Acção Executiva e a Problemática das Execuções Injustas” 2.<sup>a</sup> ed. Almedina 2008, pag 468);

64.<sup>a</sup>) E as situações que são referidas pelo autor citado como permitindo a instauração de acção de restituição, respeitam apenas a conhecimento superveniente de facto extintivo ou modificativo da obrigação, pois, “se o executado, apesar da existência de fundamento de oposição à execução, não a deduzir por pura negligência ou falta de interesse, podendo, no entanto fazê-lo a solução apresenta-se duvidosa, inclinando-nos todavia para a inadmissibilidade da acção de restituição do indevido (...) se o executado, apesar de conhecer o facto extintivo da obrigação e poder deduzir oposição não o faz por negligência ou falta de interesse na discussão do direito, parece compreensível que não possa fazê-lo em outro momento (...) não poderá recorrer depois recorrer a um meio petitório comum próprio para remediar situações em que ao executado não tenha sido possível a oposição, quando podia fazê-lo em tempo oportuno e não o fez...” (Gonçalves Sampaio, obra citada, pags. 471 e 472);

65.<sup>a</sup>) É evidente que o fundamento da presente acção poderia e deveria ter sido alegado pela Recorrida nos embargos que apresentou e nos quais estava assistida por ilustre mandatário, o que, apenas por negligência ou desinteresse não fez;

66.<sup>a</sup>) Decidindo em contrário o douto Acórdão violou, entre outras e para além das disposições já citadas, as disposições dos arts 671.º a 673.º do CPC.

Apresentando o mesmo **réu recorrente**, na alegação da sua **revista**, as seguintes **conclusões**:

1.<sup>a</sup> — Após a alteração da matéria facta operada pelo Meritíssimo. Tribunal “a quo”, os factos pertinentes para o julgamento desta questão da ilegitimidade substantiva são os constantes dos pontos 28., 34., 40., 41. e 42. e das respostas aos quesitos 3.º a 6.º dadas por via do relatório de facto constante do douto Acórdão recorrido;

2.<sup>a</sup> — Nada impede que a assunção de dívida seja condicional, nada impedindo o novo devedor que apenas assuma a dívida dentro de algumas condições que estabeleça;

3.<sup>a</sup> — A declaração da adquirente do imóvel foi de que, adquirindo esse imóvel assumiria a dívida da Recorrida, assunção de dívida que o Recorrente aceitou (vd. em situação semelhante o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2002.04.30 *in rev.* 901/02-6. a — sumários);

4.<sup>a</sup> — Não obstante, no douto Acórdão que é objecto de recurso, afirma-se que “não está alegado nem foi quesitado que qualquer facto relativo à exoneração do primitivo devedor”, o que, porém, não corresponde à realidade, como decorre daquilo que alegou no artigo 128.º da contestação;

5.<sup>a</sup> — Aliás, essa declaração expressa decorre até da matéria de facto constante do relatório de facto do douto Acórdão e que acima se elencou, pois, o acordo de assunção de dívida celebrado pelo Banco Recorrente foi global, e abrangente, quer as dívidas vencidas, quer as dívidas vincendas;

6.<sup>a</sup> — Com efeito, no processo executivo foram exigidos pelo Banco Recorrente, valores vencidos, mas também reclamados valores vincendos decorrentes das garantias bancárias que por ele haviam sido prestadas a favor da Câmara Municipal de Loures e em nome e a pedido da Recorrida (pontos 36. a 39. do relatório de facto constante do douto Acórdão);

7.<sup>a</sup> — Ora, a assunção de dívida por parte da empresa que adquiriu o imóvel e que foi proposta ao Banco Recorrente foi aceite por este, mas, desde que, “os valores das obrigações já exigidas no processo de execução e que estivessem vencidas fossem, desde logo, liquidados aquando da aquisição do imóvel e que a empresa referida no n.º 34 da especificação se compromettesse também a liquidar as quantias referidas em 35. a 38.” que eram as dívidas vencidas decorrentes das garantias bancárias (respostas aos quesito 5.º e 6.º dada pelo douto Acórdão recorrido);

8.<sup>a</sup> — Assim, decorre da matéria de facto, que ao pagar as dívidas vencidas, a empresa que adquiriu o imóvel liberou a Recorrida (ponto 40. do relatório de facto constante do douto Acórdão), na mesma medida, em que o fez quando substituiu as garantias bancárias correspondentes aos valores em dívida vincendos e que resulta do ponto 41. do relatório de facto constante do douto Acórdão);

9.<sup>a</sup> — A substituição das garantias bancárias, que levou a que as primitivas garantias prestadas em nome da Recorrida deixassem de vigorar, levou a que, a esta, o Banco Recorrente já nada pudesse exigir a esse título, podendo apenas exigir os valores que fosse chamado a pagar para honrar as garantias bancárias à empresa que adquiriu o imóvel;

10.<sup>a</sup> — Deste modo, a aceitação que o Banco Recorrente faz da assunção de dívida que lhe é proposta, encerra, em si mesma, a declaração expressa no sentido de exonerar a Recorrida, quer no tocante aos créditos vencidos com o pagamento que foi efectuado, quer no tocante aos créditos vincendos com a substituição das garantias bancárias;

11.<sup>a</sup> — Assim, tendo a assunção sido, como de resto se alegou no artigo 128.º da contestação, liberatória, carece o primitivo deve-

dor de legitimidade para discutir a relação de onde emerge a dívida;

12.<sup>a</sup> — Tendo a empresa “V.....”, na sequência desse acordo, cumprido as obrigações próprias, só a ela caberia a legitimidade para discutir a eventual existência, validade ou exigibilidade de tais obrigações, ou impugnar o pagamento através do instituto enriquecimento sem causa;

13.<sup>a</sup> — Esse entendimento é sufragado por Menezes Leitão, que considera que, também nessas situações “o facto de o credor ter de consentir na assunção de dívida envolve uma co-responsabilização sua pelo acto, o que justifica que deva dele ser exigida a restituição sempre que a dívida não exista ou seja inválido o negócio de transmissão” (obra citada, pag. 596);

14.<sup>a</sup> — Aliás, segundo Vaz Serra, “na hipótese de co-assunção, o regime das excepções, deve depender da circunstância de o novo devedor ter querido assumir a dívida do antigo devedor ou uma dívida própria”, “Assunção de Dívida”, B.M.J. 72, pag. 194), sendo evidente que, na situação em causa nos presentes autos, o adquirente quis assumir uma dívida própria, uma vez que adquirindo o prédio, esse prédio, ficaria onerado pelos ónus que sobre ele incidiam (vd. esse exemplo em Vaz Serra, obra citada, pag. 218 e pag. 196);

15.<sup>a</sup> — E nesse caso, as normas a aplicar, a respeito das excepções, são aquelas que regulam a novação de dívidas, (Vaz Serra, obra citada, pag. 193 e seguintes), em que, como é evidente, apenas o novo devedor, respondendo por obrigação nova e própria, poderá exigir repetição do indevido;

16.<sup>a</sup> — Com efeito, “Tratando-se de uma assunção liberatória de dívida, e caso não exista a dívida assumida, parece que o novo devedor que cumpriu a obrigação deverá exigir directamente do pretense credor a repetição do indevido” (Menezes Leitão, Obra citada, pag. 593);

17.<sup>a</sup> — Sendo até irrelevante, para efeitos de legitimidade, que a assunção tivesse sido, ou não, cumulativa, porquanto aquilo que se pretendia apurar era se adquirente havia cumprido uma obri-

gação própria (vd. nesse sentido (Menezes Leitão, obra citada, pags. 594 e sgts.);

18.<sup>a</sup> — A mesma conclusão será sempre de obter, caso se considere que, não existiu assunção de dívidas, mas apenas que o pagamento das obrigações exequendas tenha sido um pagamento de terceiro, nos termos e para os efeitos do art. 767.º do CC, estando tal situação demonstrada nos autos, mesmo considerando apenas a matéria que foi dada como provada, resultando dos artigos 7.º, 11.º e 12.º da base instrutória;

19.<sup>a</sup> — O interesse da empresa “V.....” nesse pagamento era evidente, como decorre da escritura pública que é junta com a petição inicial como Documento n.º 2, porquanto só através dele essa empresa poderia desonerar o imóvel que adquiriu dos ónus e encargos que sobre ele incidiam;

20.<sup>a</sup> — Mais: adquirindo o imóvel e visando continuar nele as obras destinadas à construção da urbanização prevista e que haviam motivado o seu loteamento, para que depois pudesse proceder à venda dos lotes, a “V.....” tinha interesse próprio no pagamento que realizou que era susceptível de impedir a sua venda judicial e de permitir a desoneração daqueles lotes;

21.<sup>a</sup> — Apenas a empresa referida, a “V.....” ao efectuar o pagamento, teria legitimidade para accionar os mecanismos do enriquecimento sem causa e nunca a Recorrente, pois, apenas esta, atento o pagamento que efectuou, poderia ser considerada empobrecida por o acto ter sido seu e não já, a A., porquanto, “o empobrecimento tem que ser um acto voluntário do empobrecido” (Moitinho de Almeida, “Enriquecimento Sem Causa”, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2000, pag. 63);

22.<sup>a</sup> — Com efeito, o cumprimento de uma dívida por terceiro interessado na prestação, determina a sub-rogação deste nos direitos que antes eram do credor e a transmissão é um mero efeito lateral desse cumprimento, pelo que, “justamente por isso o sub-rogado não possui qualquer garantia quanto à existência do crédito” e “se o crédito não existir o sub-rogado apenas pode repetir o indevido” (Menezes Leitão, obra citada, pag. 797);

23.<sup>a</sup> — É assim evidente que, essa repetição apenas pelo sub-rogado pode ser exigida, uma vez que foi ele quem efectuou o pagamento, e tendo ficado sub-rogado nos direitos do credor, ou exige o crédito pago ao devedor original, ou, não existindo esse crédito, exigirá a repetição ao credor;

24.<sup>a</sup> — Aliás, tanto assim era que na cláusula 4.4. do documento complementar do Documento n.º 2 junto com a petição inicial, ficou estabelecido que “uma vez que a compradora (a “V.....”) tenha o imóvel livre de quaisquer ónus ou encargos bem como havendo sido extintas todas as acções judiciais há mais de 60 dias, poderá a compradora, a solicitação da vendedora (a Recorrida) conceder poderes a esta para que junto do BB SA (o Recorrente) discuta o montante da dívida por este reclamada... “;

25.<sup>a</sup> — A assunção de dívidas pode ser efectuada, quer através de acordo entre o novo devedor e o credor (alínea b) do n.º 1 do art. 595.º do CC), quer por acordo celebrado entre o antigo e o novo devedor, desde que esse acordo seja, posteriormente, ratificado pelo credor (alínea a) do n.º 1 do art. 595.º do CC);

26.<sup>a</sup> — E a cláusula antes transcrita da escritura celebrada entre a adquirente do imóvel e a Recorrida demonstra que foi entre ambas efectuado um acordo nesse sentido, pois, a não ser assim, não faria sentido que apenas aquela adquirente pudesse, após o pagamento ao Recorrente contestar a dívida;

27.<sup>a</sup> — A ratificação do credor, que pressupõe o prévio consentimento, “pode ser expressa ou tácita nos termos gerais” e “haverá ratificação tácita sempre que o credor interpele o novo devedor para o cumprimento, lhe conceda uma moratória no prazo ou aceite dele qualquer pagamento” (Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. II, 4.<sup>a</sup> edição, 2006, pag. 54 e nota 95);

28.<sup>a</sup> — Encontra-se, efectivamente, demonstrado nos autos que o Recorrente recebeu o pagamento da dívida da adquirente, pois, “a V..... pagou as dívidas vencidas da A. através do cheque 0000000000000000 no valor de € 42.255.096,00, com data de emissão de 9.03.2005” — ponto 40. do relatório de facto constante do duto Acórdão Recorrido;

29.<sup>a</sup> — Resulta, pois, inequívoco que o Recorrente aceitou e ratificou a assunção da dívida acordada entre a adquirente e a Recorrida e que, como tal, apenas aquela, por ter cumprido obrigação própria, teria legitimidade para os termos desta acção, por só ela poder considerar-se empobrecida;

30.<sup>a</sup> — Nunca foi, de resto, junto qualquer documento que conferisse essa legitimidade à Recorrida, como se previa na cláusula em causa, pelo que, a ilegitimidade desta não foi suprida;

31.<sup>a</sup> — Qualquer que seja a vertente pela qual se analise o pagamento efectuado, sempre terá que concluir-se que existe ilegitimidade substantiva, porquanto, a posição da Recorrida face ao resultado da presente acção, irá nitidamente afectar a posição da adquirente;

32.<sup>a</sup> — Com efeito, o sujeito da relação jurídica que efectuou o pagamento, qualquer que seja a razão que o levou a efectuar esse pagamento, sempre teria que ter sido chamado para a discussão acerca dessa pagamento e, não o tendo sido, falece obviamente à Recorrida, isoladamente, legitimidade para discutir uma relação em que o acto de pagamento não lhe pertence;

33.<sup>a</sup> — Mesmo que se entendesse, que apenas houve um mandato para cumprimento, e que a sociedade que adquiriu o imóvel actuou sob mandato da Recorrida, executando apenas o acto correspondente ao pagamento do preço, onde, ao mesmo tempo cumpriu a obrigação de pagamento do preço de aquisição e cumpriu a obrigação de pagamento da dívida ao Recorrente, nem por isso, a presente acção poderia proceder;

34.<sup>a</sup> — Com efeito, o cumprimento é um acto jurídico que se dirige à extinção da obrigação, razão pela qual, se manterá válido e não poderá ser posto em causa, quando não seja declarada a sua nulidade ou produzida a sua anulação, a qual terá que ter por base qualquer dos fundamentos que permitem a invalidade dos negócios jurídicos;

35.<sup>a</sup> — Essa necessidade decorre com segurança do art. 766.º do Código Civil, de onde resulta que, para que possa ser restituído o valor entregue para cumprimento de uma obrigação, se torna necessário, antes de mais que o acto de cumprimento seja anulado;



36.<sup>a</sup> — Ora, a Recorrida não alegou, nem demonstrou, qualquer matéria de facto, que, por isso, não resulta dos autos, que permitisse a declaração de nulidade ou anulação do acto de cumprimento;

37.<sup>a</sup> — Pelo que, por essa razão, tal acto mantém-se plenamente válido e eficaz, não podendo ser posto em causa, e, mantendo-se tal acto válido, nenhuma restituição poderá ser exigida;

38.<sup>a</sup> — De acordo com o art. 482.º do CC o “direito à restituição por enriquecimento prescreve no prazo de três anos a contar da data em que credor teve conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável”;

39.<sup>a</sup> — Face à matéria constante dos pontos 24., 25. e 26. do relatório de facto constante do douto Acórdão recorrido, a excepção deveria ter sido julgada procedente, atenta até a natureza da citação que “é o acto pelo qual se dá conhecimento ao réu de que contra ele foi proposta determinada acção” (Antunes Varela, Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, “Manual de Processo Civil”, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1985, pag. 266) tendo “esse acto fundamental de comunicação entre o tribunal e o réu (...) tripla função de transmissão de conhecimento, de convite para a defesa e de constituição do réu como parte...” (Lebre de Freitas, “A Acção Declarativa Comum”, Coimbra, 2000, pag. 53);

40.<sup>a</sup> — Como muito bem se entendeu no douto Acórdão, o destinatário da citação adquire o conhecimento de que contra ele é movida uma acção ou execução e dos exactos termos em que esta é movida, ficando, desde então, esse conhecimento demonstrado de forma inequívoca e insusceptível de ser contestado, razão pela qual, julgou não provado o quesito 1.º no qual se perguntava se só “através dos documentos referidos supra sob 32 e 33 é que a Autora passou a saber que o Réu lhe havia cobrado e exigido os valores de € 3.448.035,81 e € 155.738,14 a título de sanção pecuniária compulsória”, mantendo a resposta dada ao quesito segundo;

41.<sup>a</sup> — Concluiu-se e muito bem no douto Acórdão que a Recorrida “sabia ou tinha o dever de saber que fora requerido pelo Banco Réu uma quantia a título de sanção pecuniária compulsória — quantia liquidável mediante simples cálculo aritmético — em

Outubro de 2002, não podendo igualmente desconhecer que tal quantia era parte integrante do montante global reclamado nessa acção executiva”;

42.<sup>a</sup> — É, pois, evidente que a Recorrida através do acto de citação que se referiu passou a ter conhecimento dos exactos termos da execução que lhe foi movida e dos pedidos nela formulados, nomeadamente, daquele que foi feito a título de sanção pecuniária compulsória e das suas características, nos exactos moldes antes descritos que resultavam do requerimento inicial;

43.<sup>a</sup> — Não poderia ignorar, a partir pelo menos da data referida, de quais os direitos que lhe competiam, designadamente, aquele eventual direito que agora invoca a não liquidar o valor referido;

44.<sup>a</sup> — Assim, os elementos constitutivos do direito, para os quais se revela irrelevante que fosse por ela conhecido o exacto valor cobrado eram já conhecidos desde aquela citação, bastando, para efeito de prescrição em sede de enriquecimento sem causa, o conhecimento dos elementos de facto que constituem o direito à restituição e a pessoa do responsável, não sendo exigido, que se conheça o exacto valor que poderá ser exigido, e que, de resto, na situação em causa nos autos dependia de simples cálculo aritmético;

45.<sup>a</sup> — E a expressão “conhecimento do direito que lhe compete” constante do art. 482.º do CC reporta-se ao “conhecimento dos elementos constitutivos do seu direito” não ao “conhecimento de ter direito à restituição” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Março de 1995, *in* BMJ, 445, pag. 511);

46.<sup>a</sup> — Assim, a Recorrida tomou conhecimento dos elementos constitutivos do direito que visa exercer, pelo menos, em 21 de Outubro de 2002, tendo o Recorrente sido citado para a presente acção em 24 de Janeiro de 2007, em data, em que, ainda que existisse aquele direito que é invocado se encontra já prescrito, prescrição que se invocou em sede de contestação;

47.<sup>a</sup> — E não impede essa conclusão o facto de o pagamento do valor ter sido feito em data posterior, porquanto, aquilo que releva para efeitos de prescrição do direito ao enriquecimento sem causa, é o conhecimento;

48.<sup>a</sup> — Aliás, os dois pressupostos inerentes do instituto do enriquecimento, de locupletamento e de empobrecimento, devem, para efeito de prescrição, entender-se como retroagindo à data daquele conhecimento, data em que se constituiu e foi exigido aquele valor à Recorrida pelo Recorrente através da interpelação judicial para cumprimento;

49.<sup>a</sup> — No douto Acórdão recorrido entendeu-se que o direito à restituição só pode ser exercido depois da ocorrência do acto que determina o invocado enriquecimento” e que “antes disso nada há que restituir”;

50.<sup>a</sup> — Mas, o “enriquecimento” para efeitos de aplicação do instituto em causa, deve ser “entendido no sentido de vantagem de carácter patrimonial, excluindo-se as vantagens obtidas à custa de outrem, que não sejam susceptíveis de avaliação” e deve ser concedido “de acordo com a concepção patrimonial, sendo definido pela valorização ou não desvalorização que o património apresenta e o que apresentaria se não tivesse ocorrido determinado facto” (Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. I, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2006, pag. 442 e seguintes);

51.<sup>a</sup> — Nesse conceito se inclui naturalmente a aquisição de direitos subjectivos que possam ser avaliados patrimonialmente (Menezes Leitão, obra citada, pag. 444), como ocorreu logo que a execução foi instaurada;

52.<sup>a</sup> — Com efeito, ainda que o direito a exigir a sanção pecuniária compulsória não existisse, sempre, ao ser exigido nessa execução, passou a integrar o crédito do Banco Recorrente, e, estando a execução pendente, passou correlativamente, a onerar o património da Recorrida, que, contabilisticamente era obrigada a incluir esse valor nas dívidas que lhe eram exigidas, como passivo;

53.<sup>a</sup> — Não pode olvidar-se que estão em causa sociedades comerciais e que, nestas, os direitos de carácter patrimonial afezem-se em termos de activo e passivo, de acordo com o balanço dessas sociedades;

54.<sup>a</sup> — E o empobrecimento ocorre logo que, independentemente de uma dívida ser ou não paga, esta onere a sociedade integrando o seu passivo, o mesmo se verificando com o enriqueci-

mento, que existe, desde que, um determinado crédito seja integrado no activo;

55.<sup>a</sup> — O pagamento representa apenas a deslocação de meios monetários que, se é feito para cumprimento de uma determinada obrigação, se limita a satisfazer uma vantagem patrimonial — ou um enriquecimento — que já existia, sendo pois inequívoco que, no âmbito tocante ao crédito vincendo do Banco Recorrente, a substituição das garantias bancárias, sem que qualquer pagamento tenha ocorrido, representou um enriquecimento da Recorrida, que deixou de estar onerada com esses valores no seu passivo, pelo que, no tocante aos créditos vencidos não pode entender-se de outro modo;

56.<sup>a</sup> — Assim, o enriquecimento e o correlativo empobrecimento ocorreram logo que foi instaurada a execução, por força do crédito exigido, uma vez que, o património da Recorrida ficou, desde então, onerado com tal dívida, que constituía um passivo;

57.<sup>a</sup> — No momento em que surge o crédito indevido, dotado de título executivo, dá-se o enriquecimento e o correlativo empobrecimento, não sendo necessário aguardar pela cobrança desse crédito, pois, a deslocação patrimonial já se verificou;

58.<sup>a</sup> — E logo que ocorreu a citação, para esse processo, a Recorrida ficou ciente de tal enriquecimento, devendo desde, aí, ter reagido contra ele, uma vez que se encontrava já empobrecida;

59.<sup>a</sup> — Nas conclusões do recurso e apelação que interpôs, o Banco Recorrente incluiu, separadamente a questão da falta de subsidiariedade da pretensão da Recorrida, que tinha e teve outros meios para reagir contra a sanção pecuniária compulsória que lhe era exigida — conclusões 52.<sup>a</sup> a 60.<sup>a</sup> das alegações;

60.<sup>a</sup> — No douto Acórdão que é objecto de recurso, pese embora, a sua elevada qualidade técnica, essa questão não é tratada de modo expresso, referindo-se apenas a respeito da questão de “abuso colocada” que esta acção “... Tem natureza subsidiária”;

61.<sup>a</sup> — Assim, e tratando-se efectivamente de uma questão a decidir e não apenas de um mero argumento do Recorrente, ao não ser decidida tal questão incorreu o douto Acórdão em omissão de

pronúncia, nos termos da alínea *d*) do n.º 1 do art. 668.º do CPC., o que configura nulidade a qual, desde já, se argui, nos termos do n.º 3 da mesma disposição;

62.<sup>a</sup> — E caso não seja suprida tal nulidade, deve este Venerando Tribunal “ad quem” julgar efectivamente a questão suscitada, nos termos que, de seguida se apontam.

63.<sup>a</sup> — O enriquecimento sem causa, qualquer que seja a natureza ou a modalidade de que se revista, está sujeito ao art.º 474.º do CC que lhe confere natureza subsidiária, podendo apenas ser utilizado, quando não exista ou não existisse outro meio adequado à salvaguarda do direito que se pretende, através dele, exercer, pois, se “a situação de facto preenche os pressupostos do enriquecimento sem causa e de mais outro instituto (...) a referida passagem do art. 474.º impede, nestes casos, o recurso às normas do enriquecimento sem causa” (Leite de Campos, “A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento”, Almedina, 2003, pag. 326);

64.<sup>a</sup> — A exclusão da acção fundada no enriquecimento sem causa, basta-se com a possibilidade abstracta de que o direito invocado pudesse ser, ou ter sido, exercido, por outra via, não se exigindo que essa possibilidade se verifique em concreto, pois, só esse entendimento pode resultar da disposição transcrita, do art. 474.º do CC “uma vez que se refere à hipótese de a lei facultar esse outro meio e não à sua possibilidade concreta de exercício, que muitas vezes é prejudicada pela inércia do titular do direito” (Menezes Leitão, “O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil”, Almedina, 2005, pag. 917);

65.<sup>a</sup> — E tal doutrina não pode ser posta em causa pelo disposto no n.º 4 do art. 498.º do CC, que admite a acção de enriquecimento depois de prescrita a acção de responsabilidade civil, pois, “trata-se de uma regra excepcional motivada por razões de tutela ao lesado. Não pode assim aceitar-se que genericamente seja de admitir uma acção de enriquecimento em todos os casos em que uma outra acção principal se tivesse extinto...” (Menezes Leitão, obra citada, pag. 917);

66.<sup>a</sup> — Atenta a matéria de facto que se encontra provada, constante dos pontos 22. a 26. dos factos assentes e os efeitos da citação que se referiram, é inquestionável que a Recorrida tinha conhecimento de que lhe eram exigidos valores a título de sanção pecuniária compulsória no âmbito da execução em causa e que, para a possibilidade de exercício do direito que vem agora invocar, de defesa nessa acção, estando definidos os contornos da obrigação exigida dos quais teve conhecimento, é irrelevante a matéria constante do ponto 34. do relatório de facto da sentença, pois, ainda que pudesse não saber qual o exacto valor que foi pago e que só com as cartas referidas nos pontos 32. e 33. dos factos assentes dele tenha ficado ciente, nem por isso deixava de, já antes, conhecer, mesmo que sem essa determinação exacta do valor, que a sanção lhe era exigida;

67.<sup>a</sup> — Mais uma vez se salienta que, como se concluiu — e muito bem — no douto Acórdão recorrido, a Recorrida “sabia ou tinha o dever de saber que fora requerido pelo Banco Réu uma quantia a título de sanção pecuniária compulsória — quantia líquidável mediante simples cálculo aritmético — em Outubro de 2002, não podendo igualmente desconhecer que tal quantia era parte integrante do montante global reclamado nessa acção executiva”;

68.<sup>a</sup> — A Recorrida conhecia a obrigação que lhe era exigida e os seus contornos, como conhecia a obrigação de juros que lhe era exigida, apenas, de acordo com a matéria de facto, desconhecendo o seu exacto valor, ou seja, a sua liquidação e sempre teve o meio adequado, no âmbito da execução em causa, para fazer valer o direito que agora alega, opondo-se a tal obrigação e invocando a sua inexigibilidade, o que não fez;

69.<sup>a</sup> — Defender o contrário, seria o mesmo que permitir que, a respeito, da obrigação de juros, em tudo análoga, se permitisse àquele que não a contestasse no momento oportuno para deduzir a sua defesa, por esta não se encontrar, como é comum, inteiramente liquidada, que viesse após a extinção da execução ou acção, depois de a pagar e quando tomasse conhecimento do seu valor, exigir a restituição, invocando fundamentos que no seu entender a tornassem inexigível;

70.<sup>a</sup> — Não pode, evidentemente, ser assim, porquanto basta o conhecimento dos contornos exactos do pedido e causa de pedir obtido através da citação, para que se considere existir possibilidade de contestar esse pedido, não sendo necessário, para tal, que se conheça o exacto valor liquidado;

71.<sup>a</sup> — A menos que o pedido fosse ininteligível, o que sempre tornaria inepto o requerimento inicial, vício que não foi alegado pela Recorrida em sede executiva, exactamente por o pedido em causa ser perfeitamente compreensível, como pode ver-se pelo 25. do relatório de facto constante da douta decisão;

72.<sup>a</sup> — Assim, seria, ao contrário daquilo que se entendeu na douta sentença de 1.<sup>a</sup> instância, nessa execução, ou noutra acção, na qual se discutisse o incumprimento dos contratos dados à execução e os valores devidos por força do incumprimentos desses contratos, a sede própria para o exercício do direito em causa;

73.<sup>a</sup> — A questão sempre deveria ter sido resolvido no âmbito da responsabilidade contratual decorrente dos contratos de mútuo considerados, e dos efeitos ou indemnizações decorrentes dessa responsabilidade, sendo essa, a sede própria, que permitiria à Recorrida defender a não exigibilidade do valor cobrado a título de sanção pecuniária compulsória;

74.<sup>a</sup> — Aliás, sempre a Recorrida poderia ter pedido a anulação do cumprimento por erro, requerido com base nesse erro a anulação da compra e venda ou solicitado a rectificação do preço do imóvel;

75.<sup>a</sup> — E, uma vez que existe em abstracto outro meio susceptível de permitir o exercício do direito que é invocado pela Recorrida, e existiu em concreto esse meio, nunca face à natureza subsidiária da acção de enriquecimento, pode esta dela fazer-se valer, devendo, por isso, a presente acção ser julgada improcedente;

76.<sup>a</sup> — A Recorrida, de resto, teve em concreto, a possibilidade de fazer valer a posição que agora vem defender, pelo que, não o tendo feito, em devido tempo, não pode ser beneficiada pela sua negligência, tanto mais, a acção de enriquecimento sem causa se destina apenas a disponibilizar meios que permitam ultrapassar as lacunas existentes na lei civil, e não já, proteger a anterior inér-

cia das partes em fazerem valer os seus direitos (vd. a esse respeito, Leite de Campos, obra citada, pag. 332);

77.<sup>a</sup> — Em situação semelhante à dos presentes autos já foi, de resto, decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que “O instituto do enriquecimento sem causa tem natureza subsidiária. Assim, tendo transitado em julgado a sentença homologatória da partilha sem que, oportunamente, se tenha obtido a sua correcção ou emenda, de harmonia com os arts 1386.º e 1387.º do CPC, não é possível, posteriormente, obter o mesmo resultado através de acção de enriquecimento sem causa, porque a isso se opõe a doutrina do art. 474.º do CC (BMJ, 346, pag. 245);

78.<sup>a</sup> — Na execução que contra ela foi movida e dentro do prazo que lhe foi dado, após a citação, para opposição, a Recorrida apresentou embargos, nos quais, na parte que agora releva, contestou apenas a exigibilidade do crédito do Recorrente, com fundamento em abuso de direito, pelo que, não contestou o fundamento, a certeza ou liquidez das obrigações que lhe eram exigidas mas apenas, como se disse, o direito do Recorrente em exigi-las, pois essa alegação de abuso de direito comporta em si mesma, quando não seja efectuada a título subsidiário e para o caso de improcederem outros fundamentos, a admissão do direito nos termos em que este é exercido, pois, para que exista abuso é necessário, face ao art. 334.º do CC, que esse direito exista, mas que o seu titular, ao qual tal direito é reconhecido, o exerça em contradição com os valores imanescentes à ordem jurídica ou à finalidade para a qual foi conferido;

79.<sup>a</sup> — Deste modo, a dedução de embargos nos termos em que ocorreu no âmbito da execução, determinou a confissão, nesse processo, por parte da Recorrida das obrigações que lhe eram exigidas;

80.<sup>a</sup> — Essa admissão resulta ainda da expressa aceitação que efectuou no art. 70 da petição de embargos que apresentou, na qual reconheceu, no exacto montante peticionado, o valor que lhe era exigido, salientando-se, que não foram aceites os artigos onde era especificamente tratados a sanção pecuniária compulsória, bem assim como os juros e o imposto de selo, por não terem estes carác-



ter factual, tendo tal aceitação, de acordo com todo o contexto da petição de embargos e com o seu teor, envolve assunção e concordância da Recorrida com o fundamento do direito que foi exercido pelo Recorrente de que apenas o exercício se defendia estar viciado;

81.<sup>a</sup> — Aliás, os embargos têm uma estrutura processual semelhante ao de uma acção declarativa na qual apesar de o articulado inicial ser a petição de embargos apresentada pelo executado, não deixa de ser relevante e admitido também como um articulado, o requerimento inicial do exequente;

82.<sup>a</sup> — Os factos alegados no requerimento inicial da execução podem e devem integrar a selecção da matéria de facto a ser elaborada no despacho saneador efectuado no âmbito do apenso de embargos e a contestação do embargado está sujeita ao ónus de impugnação especificada, mas com excepção dos factos alegados pelo embargante que estejam em oposição com o requerimento inicial (art. 817.º, n.º 3.º, do CPC, na versão anterior à reforma de 2003);

83.<sup>a</sup> — É também essa estrutura que leva a que, em sede de embargos — e agora em sede de oposição à execução — não sejam admitidos outros articulados, para além da petição e contestação, como decorre do n.º 2.º do art. 817.º do CPC na versão anterior à reforma da acção executiva;

84.<sup>a</sup> — Pese embora a iniciativa na dedução de embargos seja do executado, é o exequente que, face à feição que assumem, acaba por ter posição equivalente àquela que detém o autor numa acção declarativa e a não impugnação de algum facto do requerimento inicial de execução em sede de petição de embargos equivale à sua admissão;

85.<sup>a</sup> — A confissão que foi invocada pelo Recorrente não teve, pois, apenas por base, como parece entender-se no douto Acórdão que é objecto de recurso, a declaração aposta pela Recorrida no documento de extinção da execução;

86.<sup>a</sup> — Por fim, a confissão da Recorrida dos montantes que lhe eram exigidos resulta, ainda e de forma inelutável, do requerimento destinado a pôr fim à execução e que subscreveu em con-

junto com o Apelado, no qual se diz, a respeito desta, e dos restantes Executados, “tendo reconhecido o valor que lhe é devido e que deu origem à execução e à reclamação de créditos antes apresentadas, acaba de receber deles, desse valor, aquele que se encontra vencido” tendo esse requerimento sido assinado pelo seu representante, que declarou “por ser verdade o que antecede” (ponto 30. do relatório de facto constante da douta decisão);

87.<sup>a</sup> — A Recorrida, nesses autos confessou os valores que lhe eram exigidos, confessando as dívidas nos exactos montantes petitionados, nos quais se inclui, a sanção pecuniária compulsória que vem agora pôr em causa e essa declaração confessória é inequívoca não deixando quaisquer dúvidas, na medida em que nela se diz “tendo os Executados reconhecido o valor que lhe é devido e deu origem à execução e à reclamação de crédito” e posteriormente, com assinatura da Recorrida, por ser verdade o que antecede” (ponto 30. do relatório de facto constante do douto Acórdão recorrido);

88.<sup>a</sup> — Através dessa declaração a Recorrida confessou dever ao Recorrente os exactos valores que por este haviam sido exigidos na execução e que foram liquidados no requerimento inicial dessa execução, uma vez que essa declaração, tem que ser conjugada com os factos provados nos pontos 22. a 26. do relatório de facto constante do douto Acórdão, os quais, permitiram que nesse Acórdão se tirasse a conclusão que já se transcreveu de que Recorrida “sabia ou tinha o dever de saber que fora requerido pelo Banco Réu uma quantia a título de sanção pecuniária compulsória — quantia líquidável mediante simples cálculo aritmético em Outubro de 2002, não podendo igualmente desconhecer que tal quantia era parte integrante do montante global reclamado nessa acção executiva”;

89.<sup>a</sup> — A reserva levantada no douto Acórdão acerca da não fixação na declaração em causa do montante exacto confessado não pode aceitar-se, porquanto, a ser assim nunca poderiam ser exigidos juros com base num documento de reconhecimento de dívida, nem seria título executivo, em relação a valores dependentes de simples cálculo aritmético, nenhum documento de confissão ou reconhecimento de dívida como o determina a alínea c) do art. 46.º do CPC;

90.<sup>a</sup> — É evidente que a confissão ou reconhecimento de dívida que abranja o capital e os valores que decorram desse capital por simples cálculo aritmético é inequívoca, pese embora, dela não conste expressamente o valor total que venha mais tarde a ser pago ou exigido e entender o contrário seria tornar inútil a confissão de valores devidos por aplicação de taxas de juro compensatórias ou moratórias em quaisquer contratos de empréstimo bancário, por neles, não poder ser fixado de antemão o exacto valor desses juros;

91.<sup>a</sup> — E admitindo serem devidos os valores que deram origem à execução, e remetendo, por essa expressão, para o requerimento executivo, onde a exigência de sanção pecuniária se faz com indicação da sua forma da cálculo — cálculo tão simples como a aplicação de 5% sobre o capital — como decorre do ponto 25. do relatório de facto constante do douto Acórdão, a Recorrida confessou dever tais valores ao Recorrente, sendo irrelevante que como consta do ponto 34. do relatório de facto constante da douta decisão, o exacto valor dessa dívida apenas tenha sido, como se entende nessa decisão, conhecido posteriormente;

92.<sup>a</sup> — O mesmo se dirá da reserva acerca da discriminação das obrigações que integram o requerimento executivo, pois, ao fazer-se referência a “valor devido”, tendo conhecimento, como se apontou e decorre dos pontos 22. a 26. do relatório de facto constante do douto Acórdão, dessas obrigações nos exactos termos em que eram exigidas, não poderia deixar de estar a fazer-se referência a elas, as quais, de resto e como se viu, foram também aceites pela Recorrida em sede de embargos;

93.<sup>a</sup> — Ao declarar ser verdade o excerto da declaração de que “tendo reconhecido o valor que lhe é devido e que deu origem à execução e à reclamação de créditos antes apresentadas” e sabendo a Recorrida que obrigações concretas integravam tal valor devido, confessou de modo inequívoco essas obrigações das quais tinha conhecimento, e onde se incluíam capital, juros, imposto de selo e sanção pecuniária compulsória;

94.<sup>a</sup> — Ora, “ao estatuir que a confissão feita num processo só vale como judicial nesse processo (CC art. 355.º, n.º 3) a lei não

pretende excluir a eficácia extraprocessual da confissão judicial, mas sim afirmar que só como confissão extrajudicial ela pode ser invocada fora do processo em que é produzida, isto é, em obediência aos requisitos e com a produção dos efeitos da confissão extrajudicial” (Lebre de Freitas, “A Confissão no Direito Probatório, Coimbra, 1991, pag. 322);

95.<sup>a</sup> — Por constar de documentos escritos, a confissão de dívida efectuada pela A., tem plena eficácia extrajudicial, à luz do n.º 1 do art. 358.º do CC, constituindo, por isso, à luz de tal preceito legal, prova plena dos montantes devidos, nos exactos montantes em que foram exigidos e é, de acordo com o art.º 657.º do CPC, irretractável, havendo “inadmissibilidade duma nova declaração de ciência sobre o mesmo facto que possa pôr em causa os efeitos legais resultantes ou susceptíveis de resultar da anterior” (Lebre de Freitas, obra citada, pag. 344), em regime aplicável também à confissão extrajudicial, como pode depreender-se, designadamente, do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 1999 (*in* BMJ 488, pag. 313);

96.<sup>a</sup> — Assim, tendo as obrigações exequendas, sido confessada nos seus exactos termos e montantes, no âmbito do processo que se identificou, e sendo tal confissão irretractável e perfeitamente válida, nenhuns valores pode exigir a Recorrida, devendo a presente acção ser julgada improcedente;

97.<sup>a</sup> — A mesma conclusão resulta caso se considere que à declaração prestada pela Recorrida no requerimento que apresentou consubstanciando reconhecimento de um direito de crédito, não tem eficácia de confissão em sentido probatório, por abranger mais do que os simples factos invocados;

98.<sup>a</sup> — Com efeito, a entender-se dessa forma, a declaração “sub iudice” estará sujeita às regras próprias dos negócios jurídicos, e, por não configurar mera declaração unilateral da Recorrida antes tendo resultado do encontro de vontades entre ela e o Recorrente, como decorre do seu texto, tem verdadeira eficácia contratual enquanto fonte de obrigações;

99.<sup>a</sup> — Aliás, o reconhecimento de dívida que nela é feito remete para a causa das obrigações exequendas que são admitidas

nos termos exigidos no âmbito do processo executivo, assumindo ambas as partes obrigações recíprocas, pois, a Recorrida reconhece essas dívidas vencidas, nos exactos termos e montantes exigidos que paga, aceitando o Apelado esse pagamento, e assumindo ainda obrigação, de considerar “liquidadas as obrigações cuja cobrança coerciva efectuou” (ponto 30. do relatório de facto do douto Acórdão);

100.<sup>a</sup> — E essa obrigação não se circunscreve apenas aos créditos que exigiu e que se encontravam vencidos, pois, o Recorrente aceita a transmissão das obrigações vincendas decorrentes das garantias bancárias prestadas e reclamadas no apenso B dos autos de execução, para um terceiro, como decorre da declaração em que se afirma que “quanto às responsabilidades vincendas reclamadas no apenso próprio foram cedidas a terceiro que se comprometeu a garanti-las” exprimindo o seu assentimento na medida em que é declarado que tal transmissão mereceu a sua “aceitação” (Documento n.º 8 junto com a contestação e constante do processo executivo apenso a estes autos);

101.<sup>a</sup> — Atento o carácter bilateral e recíproco das declarações constantes do documento que se vem analisando, esse documento assume relevância e eficácia de um contrato, “só podendo modificar-se por mútuo consentimento dos contraentes”, de acordo com art. 406.º do CC, não podendo essas declarações negociais, devidamente expressadas e aceites, ser objecto de revogação, o que impede que a Recorrida possa exigir quaisquer valores ao Recorrente, devendo, por isso, a presente acção ser julgada improcedente;

102.<sup>a</sup> — De qualquer forma, quer seja por via da confissão efectuada, quer seja como consequência do negócio celebrado, existirá causa para o recebimento por parte do Recorrida de todo o valor que lhe foi entregue, falecendo, desde logo, fundamento para esta acção de enriquecimento sem causa;

103.<sup>a</sup> — Com efeito, ainda que fosse duvidosa a possibilidade de exigir uma sanção pecuniária compulsória em sede de execução, o reconhecimento de que tal valor seria devido pela Recorrente e que antes se referiu daria sempre causa ao pagamento que foi efectuado, pois nada impede as partes de, ao abrigo da autono-

mia privada, estabelecerem o conteúdo que considerem mais adequado para as obrigações que assumam, quer através de negócio unilateral, quer através de contrato;

104.<sup>a</sup> — Não estão, por isso, impedidas de fixarem indemnizações devidas por mora ou até, ao abrigo do art. 810.º do CC, estabelecerem prévia ou posteriormente à constituição da obrigação, montantes que sejam devidos pelo incumprimento, nada impedindo também que esses montantes sejam fixados de acordo com uma fórmula de cálculo e não através de um valor exacto;

105.<sup>a</sup> — Assim, nada impedia a Recorrida, como veio a ocorrer, de assumir a obrigação de pagar os valores que lhe eram exigidos em sede de execução nos exactos termos que nesta constavam e de os reconhecer como em dívida, podendo apenas questionar-se se, face a tal acto de reconhecimento, o valor em causa deverá ser qualificado como uma sanção pecuniária compulsória negociada ou uma cláusula penal;

106.<sup>a</sup> — De qualquer forma, sempre atento o seu reconhecimento, o valor em questão, ainda que até então não fosse devido, passou a sê-lo por força da declaração confessória da Recorrida, existindo, por isso, causa para o enriquecimento do Recorrente;

107.<sup>a</sup> — Para que a acção movida pela Recorrida pudesse proceder necessário seria que não existisse causa para pagamento que foi efectuado a título de sanção pecuniária compulsória, que esta não tivesse fundamento legal, sendo esse o pressuposto que melhor caracteriza o instituto de enriquecimento sem causa que por via da presente acção é accionado, o que não sucede;

108.<sup>a</sup> — O n.º 4.º do art. 829.º-A do CC, determina, pois, que “quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano.”;

109.<sup>a</sup> — É irrelevante para a sua exigibilidade que a quantia seja devida por determinação judicial ou por estipulação negocial, podendo, em ambos os casos, a sanção ser exigida pelo credor, pois, o seu âmbito de aplicação é constituído “por todas as obrigações pecuniárias de soma ou quantidade, contratuais o extracontra-

tuais” (Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Coimbra, 1997 pago 456);

110.<sup>a</sup> — Ao contrário daquilo que se entendeu no douto Acórdão e salvo o devido respeito, quando se aponta na lei para as duas situações que podem originar a sanção pecuniária compulsória e que se referiram, não se está a reportar ao modo como é fixado o montante do pagamento, pois, a ser assim, sempre deveria ter sido dito apenas: “quando for judicialmente determinado qualquer pagamento qualquer que seja o título de onde decorra”;

111.<sup>a</sup> — Mas, a lei distingue claramente duas fontes que poderão fazer nascer a sanção pecuniária compulsória: a sentença judicial e a estipulação judicial, não se exigindo, nesta segunda situação, que exista sentença judicial que declare devida a quantia estipulada;

112.<sup>a</sup> — É certo que a disposição que consagra a sanção pecuniária compulsória referente às obrigações pecuniárias, o n.º 4.º do art. 829.º-A do CC, determina que essa sanção deverá ser contada “desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado” mas esse excerto da disposição refere-se unicamente ao vencimento da obrigação, que é independente da sua constituição, pois, essa obrigação constitui-se, de acordo com a lei em duas situações distintas e colocadas em alternativa — a estipulação de pagamento de uma quantia pecuniária ou a determinação judicial de pagamento de uma quantia pecuniária;

113.<sup>a</sup> — A obrigação constitui-se, de forma perfeita, em qualquer uma dessas situações, havendo apenas que determinar, depois, o seu vencimento, que é já um outro elemento diverso na estrutura obrigacional e que é definido como sendo “no momento em que a sentença transitar em julgado”, o que evidentemente parece apenas abranger a segunda das situações antes referidas;

114.<sup>a</sup> — Mas, a disposição em causa, do art. 829.º-A do CC, foi introduzida em 1983, antes das reformas de processo civil de 1985 e de 1995, na quais foi alargado, em muito, o elenco dos títulos executivos e, nessa data, em regra que muito poucas exceções tinha, para a cobrança de uma dívida o credor, mesmo, que essa dívida tivesse origem em estipulação contratual titulada por

documento subscrito pelo devedor da qual resultasse inequivocamente, teria, por o art. 46.º do CPC não o permitir ainda, que ser cobrada através de acção declarativa;

115.<sup>a</sup> — Essa realidade não existe já, pelo que, o excerto da norma que determina o vencimento deverá ser adaptado à realidade processual civil actual e aplicado analogicamente, entendendo-se que, quando seja exigida uma quantia pecuniária estipulada em sede executiva, a sanção pecuniária compulsória se vence com a citação;

116.<sup>a</sup> — Poderá também entender-se que face à lacuna que existe na lei, a obrigação assim constituída é uma obrigação pura, pelo que, se vencerá, nos termos do art. 805.º do CC, com a interpeção judicial ou extrajudicial para cumprir, o que equivale também a dizer que se vencerá logo que ocorra a citação (vd. a esse respeito, entre outros, (Antunes Varela, Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, “Manual de Processo Civil”, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1985, pag. 277));

117.<sup>a</sup> — Em qualquer caso, o seu campo de aplicação não pode ser restringido apenas aos pagamentos que sejam determinados por decisão judicial, sendo apenas discutível o momento em que se vence tal obrigação que, ainda assim, em sede de execução será sempre o da citação;

118.<sup>a</sup> — Assim, a determinação do momento desde o qual deverá ser contada que corresponde ao do vencimento, que também é efectuada na disposição em apreço, não é suficiente para restringir aquele campo de aplicação, pretendendo, apenas, fixar o momento em que, na generalidade das situações, essa contagem deverá ser efectuada e em que a obrigação, que já validamente se constituiu, se vence;

119.<sup>a</sup> — Não sendo necessária, por força das disposições processuais civis, a instauração de acção declarativa quando se verifique a suficiência executiva do título onde tenha sido estipulada a obrigação incumprida, nada impede que, se possa, exigir também a sanção pecuniária nos termos previstos, sendo, então a sua contagem efectuada desde a data de vencimento da obrigação;

120.<sup>a</sup> — Aliás, o excerto da disposição citada que estabelece que a contagem deve ser efectuada desde o trânsito da sentença,



nem sequer no âmbito das obrigações exigidas em sede declarativa poderá ser interpretado literalmente, bastando para tal verificar que situações existem em que a condenação é feita “in futurum”, só podendo, nesse caso, a sanção ser exigida desde a data do vencimento da obrigação que tenha sido determinada e que, será subsequente ao trânsito da decisão que a determinou (vd. a esse respeito Galvão Telles, “Direito das Obrigações, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1997, pag. 449, nota 1);

121.<sup>a</sup> — Mais: o art. 933.º do Código de Processo Civil introduzido pela reforma de 2003, veio admitir expressamente, nas sanções pecuniárias compulsórias atinentes a prestação de facto, a possibilidade de serem exigidas apenas em sede executiva;

122.<sup>a</sup> — Tal norma que vem apenas consagrar aquilo que era já admitido, tem carácter interpretativo e como tal nos termos do art. 13.º do Código Civil tem eficácia retroactiva, aplicando-se também, por evidente analogia, às sanções automaticamente decorrentes do n.º 4 do art. 829.º-A do mesmo diploma;

123.<sup>a</sup> — E nessa medida, a parte final desta última disposição, que se refere ao vencimento da obrigação, reportando à data da sentença, foi revogada ou terá, pelo menos, que ser objecto de interpretação actualizada;

124.<sup>a</sup> — De qualquer forma, a situação de um credor que esteja munido de título executivo em nada difere da situação que tem um credor que necessite de obter título executivo, desde que ambos tenham tido que recorrer a Juízo para obter a cobrança dos seus créditos e as razões de coerção que justificam a exigibilidade da sanção pecuniária compulsória, determinada automaticamente pela lei, são também idênticas em ambos as situações, não se vendo fundamento para que a disposição seja interpretada restritivamente;

125.<sup>a</sup> — Nem sequer, poderia defender-se que o credor que disponha de título executivo, para que possa cobrar o valor devido a título de sanção pecuniária, tenha, em violação do interesse em agir, que instaurar acção declarativa, suportando as custas judiciais dessa acção;

126.<sup>a</sup> — O princípio da igualdade de tratamento exige, pois, que ambas as situações sejam tratadas de forma igual, pois, têm

natureza idêntica, sob pena, de interpretando-se em sentido contrário a disposição citada, tal interpretação violar o princípio da igualdade previsto pelo art. 13.º da C.R.P., e ser, portanto, a norma assim interpretada, inconstitucional;

127.<sup>a</sup> — Aliás, tem vindo a entender-se, em relação às sanções pecuniárias compulsórias previstas pelos n.ºs 1.º e 2.º do art. 829.º-A do CC, e referentes às obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, que, estas podem ser fixadas na própria acção executiva, pois, como se diz no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 2001, “a sanção pecuniária compulsória pode ser requerida na fase executiva da execução para a prestação de facto infungível acordada na transacção homologada na sentença” (Rev. Leg. e Jur., 134, pag. 45);

128.<sup>a</sup> — Por essa razão, afirma Calvão da Silva, em comentário a esse aresto que “não faria sentido que o Juiz em processo declaratório pudesse fazer seguir a sentença de condenação de sanção pecuniária compulsória e já não pudesse decretar esta em processo executivo (...) Não faria sentido que o credor tivesse de propor acção declaratória visto estar munido de título com manifesta força executiva sob pena de poder ser responsabilizado pelas custas desse processo...” (Rev. cit, pags. 51 e 52), concluindo, depois que “qualquer título executivo, pressuposto necessário da acção executiva, que ofereça a demonstração legalmente bastante da existência de obrigação infungível, pode ser seguido de sanção pecuniária compulsória aplicada pelo Juiz a requerimento de exequente por forma a compelir o devedor executado à realização da prestação devida e evitar ao máximo a convolção em execução por semelhante” (Rev. cit, pags. 51 e 52);

129.<sup>a</sup> — Assim, o que releva é, no entender do Autor citado, o momento em que “esteja definitivamente assente, definitivamente certa a existência do direito do credor’ de forma a que “a não realização da prestação devida pelo devedor constitui desrespeito à Justiça, à injunção judicial” (Rev. cit. pag. 63);

130.<sup>a</sup> — E não se vê, mesmo que se considerasse que a literal interpretação do n.º 4 do art. 829.º-A do CC não permitisse a exigibilidade de sanção pecuniária compulsória quando não exista deci-

são que condene o devedor a pagar, que não devesse interpretar-se essa disposição extensivamente, da mesma forma pela qual foi interpretada a disposição que permite, mesmo não tendo sido pedida em sede declarativa, que na acção executiva uma sanção com essa natureza seja fixada para as obrigações de prestação de facto infungível;

131.<sup>a</sup> — Nem da posição adoptada por Calvão da Silva na obra que é transcrita na douta decisão recorrida pode resultar uma tal interpretação da figura da sanção pecuniária compulsória, que é extensiva quando se refere a obrigações de facto infungível e restritiva quando se trate de obrigações pecuniárias, sem que, para tanto exista qualquer fundamento histórico sistemático ou teleológico (vd. a esse respeito o douto parecer junto pelo Recorrente com as alegações de direito);

132.<sup>a</sup> — A cláusula penal, para além de uma função compulsória, tem uma função indemnizatória, uma vez que corresponde à quantificação prévia dos danos provocados pelo incumprimento e, apenas naquilo que exceda o exacto valor desses danos, destinar-se a compelir o devedor a cumprir, distingue-se da sanção pecuniária compulsória por força dos momentos diversos em que ambas se constituem: a cláusula penal é fixada previamente ao incumprimento da obrigação cujo cumprimento assegura e a sanção pecuniária compulsória apenas existe por força do incumprimento dessa obrigação;

133.<sup>a</sup> — Por outro lado, a cláusula penal só pode ter fonte convencional e sanção pecuniária compulsória tem unicamente fonte legal, não podendo, por conseguinte, concordar-se com o douto Acórdão quando neste se diz que o credor tem outros meios de se defender das consequências do incumprimento, pois, no momento em que exigiu judicialmente o cumprimento da dívida, já não poderia recorrer a qualquer cláusula penal, cuja fixação dependeria do acordo do devedor;

134.<sup>a</sup> — Por outro lado, pese embora e como se disse, a função da sanção pecuniária compulsória seja a de compelir o devedor a cumprir, naquela que está em causa nestes autos e que é prevista pelo n.º 4 do art. 829.º-A do CC, a sua finalidade é, também, a de

“combater os efeitos nefastos — para o credor, para o comércio jurídico e para a administração da justiça — da desvalorização da moeda em épocas inflacionistas” (Pinto Monteiro, Cláusula Penal e Indemnização”, Almedina, 1999, pag. 128) e, por isso, é muito similar “à presunção adoptada pelo legislador em matéria de juros, inclusive moratórios, das obrigações pecuniárias” (Pinto Monteiro, obra citada, pag. 133);

135.<sup>a</sup> — Ora, no tocante aos juros de mora, aplicáveis às obrigações pecuniárias em situações de mora, é inequívoco que poderão ser exigidos, quer em sede declarativa, quer em sede executiva;

136.<sup>a</sup> — A exigência de sanção pecuniária compulsória em processo de execução de título extrajudicial, permite também assegurar a necessidade de respeito pela administração da justiça, uma vez, que é, através do tribunal, que se exige ao devedor que pague a quantia devida acrescida de tal sanção, que se avolumará à medida que os desrespeitos pela ordem de pagamento dada em sede de execução por tal órgão de soberania se protelem no tempo;

137.<sup>a</sup> — Com efeito, na execução o devedor é citado, como o foi a Recorrida, para pagar ou nomear bens penhora suficientes para garantir esse pagamento, sendo essa ordem dada, através da citação, pelo tribunal;

138.<sup>a</sup> — A exigência de sanção pecuniária compulsória em processo de execução fundada em título extrajudicial, respeita o âmbito e as finalidades de tal figura.

139.<sup>a</sup> — Por outro lado, tratando-se de um título extrajudicial, não pode também defender-se que as garantias de defesa do executado fiquem prejudicadas com a exigência da sanção pecuniária compulsória em sede executiva, uma vez, que este pode opor-se à execução com base em quaisquer fundamentos que lhe fosse legítimo invocar em sede declarativa;

140.<sup>a</sup> — O executado a quem seja exigida uma sanção desta natureza em sede de execução pode, pois, contestar a sua exigibilidade, nos mesmos termos em que o poderia fazer em sede declarativa ou alegar fundamentos que eximissem desse pagamento, como seja, a demonstração de uma situação particular de impossibilidade que o tivesse impedido de cumprir;

141.<sup>a</sup> — Os valores cobrados a título de sanção pecuniária compulsória eram, pois, devidos pela Recorrente, não tendo, por isso, o enriquecimento do Recorrente sido injustificado;

142.<sup>a</sup> — Acresce que, não tendo sido a Recorrida a efectuar o pagamento, não poderá ela exigir a repetição do indevido, podendo, quanto muito ter existido enriquecimento por intervenção;

143.<sup>a</sup> — Mas, tendo a sanção pecuniária compulsória sido integrada num valor pago a título de preço, teria que saber-se, se não existindo essa sanção, o preço teria sido mais baixo e se a diferença teria revertido para a Recorrida, o que não está alegado nem demonstrado;

144.<sup>a</sup> — Por outro lado, teria a Recorrida também para obter a medida da obrigação de restituição, que ter demonstrado, nos termos do art. 479.º do Código de Processo Civil, duas realidades em confronto, o valor do empobrecimento (que como já viu não fez) e a medida do enriquecimento do Recorrente, que teria obviamente que considerar o valor recebido, mas deduzidos das despesas com a cobrança do crédito, o que, igualmente, não fez;

145.<sup>a</sup> — Cabendo à Recorrida demonstrar tais realidades, a ausência de prova a esse respeito, impede que a acção possa proceder;

146.<sup>a</sup> — Nem a Recorrida, nem a empresa que liquidou os créditos do Recorrente, tentaram, antes desse pagamento ser efectuado discutir os valores que eram exigidos ou negociar os montantes que lhes foram apresentados, tendo estes factos sido devidamente alegados, nomeadamente, no artigo 145.º da contestação, pelo Recorrente e não mereceram, em sede de réplica, impugnação por parte da Recorrida, limitando-se esta a invocar, no artigo 168.º desse articulado negociações anteriores à instauração da execução, pelo que, sempre deveriam ter sido dados como assentes;

147.<sup>a</sup> — A Recorrida estava perfeitamente ciente, logo após a citação, que lhe eram exigidos valores a título de sanção pecuniária compulsória, como decorre dos pontos 24. a 26. do relatório de facto constante do duto Acórdão, estava assistida por Ilustre Mandatário, como decorrem, atento o valor da causa, dos embargos deduzidos e do processo executivo apenso a estes autos;

148.<sup>a</sup> — Para obter o exacto valor cobrado a título de sanção pecuniária compulsória que foi fixado aquando do pagamento efectuado, bem como todos os restantes exigidos, bastava que fosse feita uma simples operação aritmética;

149.<sup>a</sup> — Na execução que contra ela foi movida e dentro do prazo que lhe foi dado, após a citação, para oposição, a Recorrida apresentou embargos, nos quais, na parte que agora releva, contestou apenas a exigibilidade do crédito do Recorrente, com fundamento em abuso de direito;

150.<sup>a</sup> — Da defesa que foi apresentada através da petição de embargos, cuja cópia se encontra junta com a contestação e faz parte do processo de execução apenso a estes autos, resulta que a Recorrida não contestou o fundamento, a certeza ou liquidez das obrigações que lhe eram exigidas mas apenas, como se disse, o direito do Recorrente em exigi-las;

151.<sup>a</sup> — A Recorrida aceitou esses valores, que lhe foram, aquando do pagamento efectuado indicados pelo Recorrente, sem que os discutisse ou os pusesse em causa, quer em termos de montante, quer em termos de exigibilidade, tendo, até, feita referência expressa a eles na escritura pública que foi junta com a petição inicial como Documento n.º 2 (cláusula 4., n.º 2, *i*);

152.<sup>a</sup> — A Recorrida subscreveu o requerimento apresentado para pôr fim à execução, através do seu legal representante e tendo a assinatura deste sido na data reconhecida, dizendo, nesse documento, “ser verdade o que antecede” (ponto 30. do relatório de facto constante do douto Acórdão), sendo que nesse documento é afirmado pelo Recorrente que o pagamento foi feito “tendo os executados reconhecido o valor que lhe é devido e que deu origem à execução e à reclamação de créditos”, incidindo também sobre essa parte a declaração de veracidade e de concordância da Recorrida;

153.<sup>a</sup> — Para que exista abuso de direito é necessário que o titular de um determinado direito o exerça em divergência com o fim económico-social ao qual esse direito de encontra funcionalizado e que justifica a sua atribuição, sendo na vertente de abuso de direito de “venire contra factum proprium”, é essencial que o titular do direito o exerça em manifesta contradição com a conduta

que antes assumira, frustrando, por essa via, a legítima e justificada confiança que a sua contra parte depositara no seu anterior comportamento;

154.<sup>a</sup> — Ora, atenta a não oposição por parte da Recorrida aos valores cobrados a título de sanção pecuniária compulsória, decorrente, desde logo do seu reconhecimento nos embargos que apresentou e consolidado por todo o comportamento que se descreveu, que a levou a, nem sequer aquando do pagamento e em mera negociação extrajudicial, discutir os seus montantes ou exigibilidade, esta actua, agora em nítida contradição com a posição que antes assumiu;

155.<sup>a</sup> — Com efeito, ao contrário daquilo que se entendeu no douto Acórdão recorrido, não é apenas a realização da prestação e a posterior repetição do indevido que consubstanciam o abuso de direito, mas, outrossim, a aceitação, em sede de embargos, na qual poderia e deveria ser discutida tal questão, das obrigações exigidas, que a Recorrida não se limita a não contestar, pois, vai, como se viu, mais longe, aceitando-as na medida em que invoca abuso de direito;

156.<sup>a</sup> — E é também a ausência de qualquer tentativa de negociação dos valores em causa e que culmina com a aceitação e confissão de que todo o valor que lhe é exigido é devido, ou seja a Recorrida pretende agora vir exercer um direito, o de discutir os valores exigidos em sede de execução, ao qual renunciou, no momento em que não apresentou a sua posição em sede de embargos, e em que até produziu a confissão aquando do pagamento que se referiu, o que constitui inequivocamente abuso de direito (vd. nesse sentido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Novembro de 1984, *in* BMJ 341, pag. 475);

157.<sup>a</sup> — A confiança depositada pelo Recorrente nesse estado de coisas e objectivamente comprovada pelo comportamento da Recorrida merece obviamente tutela jurídica, actuando, esta, em manifesto abuso de direito, ainda que pudesse — o que não admite — reconhecer-se-lhe o direito a exigir os valores em causa;

158.<sup>a</sup> — Aliás, caso para que se verificasse tal pressuposto fosse necessária uma declaração expressa com que desse a entender a aceitação de tais valores de modo mais inequívoco do que

aquele que resulta da matéria antes referida, nunca seria possível a sua aplicação;

159.<sup>a</sup> — E a posição assumida pelo Recorrente, resulta clara da matéria em causa nos autos e é constituída pela simples recepção, fazendo seu, o valor que lhe foi entregue a título de sanção pecuniária compulsória;

160.<sup>a</sup> — nenhuns factos estão demonstrados de onde possa retirar-se que o Recorrente não agiu de boa fé, sendo, aliás, evidente, face ao parecer jurídico que foi junto aos autos que o entendimento por ele seguido tem fundamento jurídico, pelo que, a sua boa fé se encontra demonstrada;

161.<sup>a</sup> — Não estabelecendo a lei qual a sanção adequada para o acto viciado por abuso de direito, haverá, que perante o caso concreto, aferir qual será essa sanção, pelo que, “uma vez haverá lugar à reparação natural, nomeadamente, através da remoção do que se fez com abuso de direito” (Fernando Cunha e Sá, “Abuso de Direito, Almedina, 1997, pag. 647) e essa reparação natural que deverá ser, face a tudo quanto se invocou, adequada a sancionar o comportamento da Recorrida, ficando esta impedida de exigir os valores peticionados na presente acção.

**Mais requerendo a subida ao Supremo Tribunal de Justiça do recurso de agravo sobre a questão do caso julgado, admitido a fls. 1756, o qual se encontra retido.**

Tendo junto um Parecer do Professor Menezes Cordeiro (fls 2470 a 2531).

**A recorrente autora**, na sua alegação, formulou, por seu turno, as seguintes **conclusões**:

1.<sup>a</sup> — No recurso *sub judice* está em discussão o momento a partir do qual devem ser calculados os juros legais devidos sobre o montante a restituir no valor de € 3.603.774,95, depois de terem resultado provados os requisitos gerais do enriquecimento sem causa (art. 473.º do CC), bem como os requisitos necessários para a repetição do indevido (arts. 473.º, n.º 2 e 476.º do CC), a que acresce a fixação da taxa legal aplicável, ou seja, se estão em causa juros legais comerciais ou civis.



2.<sup>a</sup> — A solução destas questões exige, ainda que, de forma superficial, determinar o objecto da repetição do indevido, face ao disposto no art. 479.º do CC.

3.<sup>a</sup> — O art. 479.º começou por ser interpretado, no sentido de a pretensão de enriquecimento se encontrar duplamente limitada, por um lado, pelo ganho obtido pelo enriquecido, e por outro, pela perda sofrida pelo empobrecido. Nesse sentido, Galvão Telles, Direito das Obrigações, 7.<sup>a</sup> edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1997, pag. 202, desenvolveu a denominada teoria do duplo limite tradicional, de acordo com a qual, a medida da restituição está sujeita a um duplo limite, constituído simultaneamente pelo enriquecimento e pelo empobrecimento, sendo ambos apreciados em termos patrimoniais.

4.<sup>a</sup> — Conforme ensina Pereira Coelho, O enriquecimento e o dano, Almedina, 1990, Coimbra, 1990, pag. 24 e ss, numa concepção patrimonial, o enriquecimento corresponde ao saldo ou diferença para mais no património do enriquecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir (situação hipotética). Enquanto, o empobrecimento, numa perspectiva patrimonial, corresponde à diferença para menos no património do empobrecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se o facto constitutivo da obrigação de indemnizar ou restituir não se tivesse verificado (situação hipotética).

5.<sup>a</sup> — A doutrina portuguesa, após a recepção da teoria do conteúdo da destinação *Zuweisungsgelt*, de acordo com a qual o enriquecimento obtido à custa do empobrecido seria não apenas o montante do dano em termos patrimoniais, mas o montante das utilidades reservadas ao empobrecido pelo Direito e que foram desviadas pelo locupletamento, repensou o limite do empobrecimento em termos patrimoniais, embora continuando a dar como pacífico que o enriquecimento está sujeito a uma concepção patrimonial.

6.<sup>a</sup> — A doutrina portuguesa dominante, a que adere a jurisprudência maioritária, considera que o empobrecimento abrangerá todos

os proventos conseguidos a expensas do titular da coisa, mediante o uso, fruição e consumo indevidos dela, e que poderão não coincidir com o seu valor objectivo, admitindo apenas que o enriquecido deduza ao lucro de intervenção a parte que corresponda ao emprego de factores que lhe pertençam. Nesse sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, 4.<sup>a</sup> edição Revista e actualizada, Vol I, 1987, p. 466 e ss, Leite Campos, A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento, Almedina, Coimbra, 1974, cit., pags. 488 e ss. Também, Mário Júlio Almeida Costa, Direito das Obrigações, 11.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, pag. 512, embora admitindo que o recurso ao dano real, nas situações em que ao enriquecimento de um nem sempre corresponde a diminuição do património de outro, parecendo aderir à corrente que, no caso de intromissão em bens ou direitos alheios, o faz corresponder ao valor objectivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados. Na jurisprudência, cf. os doutos acórdãos desse Venerando Tribunal de 3/3/1999, CJ STJ, 1999, 1, pag. 172 e ss, de 31/3/2004, CJ STJ 1. pags. 151 e ss, 24/6/2004, processo n.º 03B3105, 21-09-2006, processo 06B2035, ambos publicados em <www.dgsi.pt/jstj>.

7.<sup>a</sup> — Na esteira da doutrina dominante a que aderimos, o objecto da repetição do indevido a ser restituído pela Recorrida tem como limite o enriquecimento patrimonial, ou seja, aquilo com que efectivamente se acha enriquecido, entendido como “tudo quanto se tenha à custa do empobrecido”, incluindo os proventos e o produto do uso da coisa e não o valor objectivo da coisa, não podendo este ser superior ao empobrecimento da Recorrente.

8.<sup>a</sup> — A doutrina maioritária adopta uma concepção do enriquecimento em termos subjectivos, identificando o enriquecimento com a diferença entre a situação patrimonial actual do enriquecido e a sua situação patrimonial hipotética, se o enriquecimento não se tivesse verificado. Nesse sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, cit., 468, Leite Campos, A subsidiariedade, cit., pag. 450 e ss, Pereira Coelho, O enriquecimento e o dano, cit, pags. 35 e ss.

9.<sup>a</sup> — Por força do disposto no art. 479.º, n.º 2 do CC deve atender-se ao enriquecimento actual, ou seja, o objecto da obriga-

ção de restituição não pode exceder a medida do locupletamento à data em que se verifique um dos seguintes factos: a) a citação judicial do enriquecido para a restituição; b) o conhecimento, pelo enriquecido, da falta de causa do seu enriquecimento ou da falta do efeito que se pretendia conseguir com a prestação.

10.<sup>a</sup> — No caso *sub judice* é pacífico que a deslocação patrimonial verificou-se no dia 9 de Março de 2005, conforme doutamente sublinha o douto Acórdão da Relação de fls 29, na esteira dos factos provados nos arts. 28.º, 29.º e 45.º dos factos provados e que o empobrecimento da Recorrente totaliza € 3.603.774,95.

11.<sup>a</sup> — O enriquecimento actual verificou-se, nos termos do art. 480.º do CC, no dia 9 de Março de 2005, atendendo a que, nessa data, a Recorrida tinha conhecimento da falta de causa do seu enriquecimento, ou seja, que a sanção pecuniária compulsória exigida e cobrada à Recorrente consubstanciava uma obrigação inexistente, face à ausência de apoio legal no art. 829.º-A/4 do CC.

12.<sup>a</sup> — O conhecimento da falta de causa pela Recorrida deriva, em primeiro lugar, da redacção inequívoca do art. 829.º-A/4 do CC, cuja ignorância a Recorrida não pode invocar nos termos do art. 6.º do CC, segunda a qual, conforme nota o Venerando Tribunal da Relação a fls 32, “é pressuposto da sanção pecuniária compulsória que ela corresponda ao não cumprimento de obrigação decretada judicialmente, seja uma obrigação de facto infungível ou mera prestação em dinheiro corrente”; e, em segundo lugar, da assessoria jurídica de que usufruiu, como é público e notório, nos termos do art. 514.º do CPC, e que, em concreto, resultou provada, quer quando exigiu a sanção pecuniária compulsória (cfr. arts. 25.º e 30.º dos factos provados), quer durante a preparação da escritura referida no art. 28.º dos factos provados (cf. depoimento da testemunha CC transcrita nas alegações apresentadas pela Recorrida no Venerando Tribunal da Relação de Lisboa), na sequência da qual recebeu a quantia cobrada a título de sanção pecuniária compulsória, como decorre dos arts. 29.º e 45.º dos factos provados.

13.<sup>a</sup> — O enriquecimento actual, totaliza a quantia de € 3.603.774,95, nos termos do art. 480.º al. b) do CC, sendo certo

que o enriquecimento da Recorrida, verificado à data da deslocação patrimonial e à data do conhecimento da falta de causa para o enriquecimento, no dia 9 de Março de 2005, corresponde ao valor de € 3.603.774,95.

14.<sup>a</sup> — O enriquecimento patrimonial da Recorrida, enquanto “saldo ou diferença para mais no património do enriquecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir (situação hipotética), nos termos do art. 479.º do CC, totaliza a quantia de € 3.603.774,95, correspondente à quantia paga pela Recorrente, a título de sanção pecuniária compulsória, no cumprimento de uma obrigação inexistente, face à ausência de apoio legal no art. 829.º-A/4 do CC.

15.<sup>a</sup> — A verificação do conhecimento pela Recorrida da falta de causa do enriquecimento, não só determina o momento do enriquecimento actual, como o sujeita ao regime de agravamento da obrigação de restituir previsto no art. 480.º do CC.

16.<sup>a</sup> — Nesse sentido, verificado o conhecimento da falta de causa para o enriquecimento, o enriquecido “passa a responder também pelo perecimento ou deterioração culposa da coisa, pelos frutos que por sua culpa deixem de ser percebidos e pelos juros legais das quantias a que o empobrecido tiver direito”, nos termos do art. 480.º do CC, sendo certo que a aplicação de juros legais está limitada a situações como a dos autos, em que o enriquecido está obrigado a restituir quantias em dinheiro ou quando o art. 479.º, n.º 1 lhe impuser a restituição do valor em termos monetários. (cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, cit., pag. 450)

17.<sup>a</sup> — O agravamento da obrigação de restituir, imposto pelo art. 480.º do CC, marca o fim do tratamento favorável do beneficiado, patente no duplo limite definido no art. 479.º do CC, constituindo uma nota essencial do tratamento excepcional de que é merecedor o enriquecido de boa fé (cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, cit., pag. 516 e Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, cit., pag. 64).

18.<sup>a</sup> — Nesse sentido, a Recorrida tornou-se responsável pelo pagamento dos juros legais calculados sobre o enriquecimento patrimonial no valor de € 3.603.774,95, a partir da data em que a Recorrente cumpriu a obrigação inexistente e, por seu turno, a Recorrida se locupletou, conhecendo a ausência de causa justificativa, que, conforme consta dos arts. 28.º, 29.º e 45.º dos factos provados, ocorreu no dia 9 de Março de 2005, devendo, por isso, os juros ser contados a partir do dia seguinte, dia 10 de Março de 2005.

19.<sup>a</sup> — Ao contrário do sustentado no douto Acórdão de fls 34, que manda calcular os juros desde a citação judicial da recorrida, nos termos da al. a) do art. 480.º do CC, no caso *sub judice* há lugar à aplicação do disposto na b) atendendo a que a Recorrida conhecia a falta de causa para a sua pretensão, à data da deslocação patrimonial, verificada no dia 9 de Março de 2005, conforme foi sobejamente demonstrado, devendo os juros ser calculados a partir do dia 10 de Março de 2005.

20.<sup>a</sup> — Face ao disposto no art. 13.º do C. Comercial é pacífico que quer a Recorrida, quer a Recorrente, enquanto sociedades comerciais são comerciantes.

21.<sup>a</sup> — A taxa fixada nos termos dos § 3.º e 4.º do art. 102.º do C. Com. é aplicável aos juros moratórias provenientes de actos de comércio dos quais seja credor um empresário comercial — pessoa singular ou colectiva, enquanto a taxa fixada nos termos do art. 559.º do C. Civil é aplicável aos demais casos em que sejam devidos juros provenientes de actos de comércio: designadamente, juros compensatórios e juros moratórias dos quais o credor não seja um comerciante.

22.<sup>a</sup> — Os juros mencionados, no art. 480.º do CC, são, no caso *sub judice*, provenientes de actos de comércio de que é credor um comerciante, a Recorrente, estando sujeitos à taxa fixada, nos termos dos § 3.º e 4.º do art. 102.º do C. Com, para os juros moratórios comerciais. Com efeito,

23.<sup>a</sup> — Os vários empréstimos concedidos pela Recorrida à Recorrente, referidos nos arts. 4.º, 5.º, 8.º, 16.º dos factos provados, são actos comerciais objectivos e absolutos em relação à Recor-

rida, nos termos do art. 362.º do CCom., substancialmente comerciais e causais.

24.<sup>a</sup> — Relativamente à Recorrente, são actos comerciais objectivos e acessórios, nos termos do art. 394.º do CCom, na medida que os empréstimos se destinavam à sua actividade de compra e venda de imóveis e indústria da construção civil, conforme resulta dos arts. 1.º, 12.º, 16.º, 20.º, 36.º, 37.º, 38.º, 39.º dos factos provados. Estes empréstimos, são assim actos bilateralmente comerciais, porquanto têm qualidade mercantil em relação a Recorrida e Recorrente.

25.<sup>a</sup> — Também a compra e venda realizada entre a Recorrente e a V....., Planeamento Imobiliário, Lda referente a 36 lotes de terreno para construção, referida no art. 28.º dos factos provados, é um acto comercial objectivo e absoluto, nos termos do art. 463.º/4 do CCom., substancialmente comercial e bilateralmente comercial, praticado no âmbito da actividade mercantil da Recorrente de compra e venda de imóveis (cf.art. 1.º dos factos provados).

26.<sup>a</sup> — A sanção pecuniária compulsória, indevidamente cobrada pela Recorrida e paga pela Recorrente, com o produto da sua actividade comercial, configura um acto comercial acessório, porquanto se mostra em conexão com um acto de comércio objectivo e absoluto da Recorrente, nos termos do art. 362.º do C Com, e com o acto de comércio absoluto e objectivo praticado pela Recorrente a que se reporta a escritura de compra e venda referida nos art. 28.º dos factos provados, nos termos do art. 363.º do CCom, por ter sido paga à custa do produto da aludida compra e venda, como resulta do art. 32.º dos factos provados, e, ainda com a actividade comercial desta de compra e venda de imóveis e indústria da construção civil (cf.art. 10 dos factos provados), no âmbito da qual contraiu os empréstimos, referidos nos art. 4.º, 5.º, 8.º, 16.º dos factos provados, actos de comércio acessórios em relação à Recorrente, que estiveram na origem da cobrança pela Recorrente da quantia de (3. 603.774, 95, a título de sanção pecuniária compulsória.

27.<sup>a</sup> — A qualificação da sanção pecuniária compulsória como acto comercial acessório estende-se, necessariamente, à

obrigação de restituição do indevido, na sequência da estreita conexão da sanção pecuniária compulsória com actos comerciais praticados pela Recorrente e pela Recorrida no exercício das respectivas actividades comerciais

28.<sup>a</sup> — Por outro lado, a cobrança e pagamento desta sanção pecuniária compulsória configura, para Recorrente e Recorrida, um acto comercial subjectivo, nos termos do art. 2.º do C. Comercial, de acordo com o qual, como vimos, são actos de comércio subjectivos “todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar”.

29.<sup>a</sup> — Com efeito, dando por assente a qualidade de comerciantes da Recorrente e da Recorrida, a sanção pecuniária compulsória a que se reportam os actos não configura um acto de natureza exclusivamente civil, nem desta resulta a inexistência de qualquer ligação ao comércio do comerciante.

30.<sup>a</sup> — Nesse sentido, esta sanção pecuniária compulsória, apesar de infundada, é dependente e complementar à actividade comercial da Recorrida, mais concretamente, no caso sub judice à concessão de empréstimos, referidos nos art. 4.º, 5.º, 8.º, 16.º dos factos provados, que são actos de comércio objectivos e absolutos, nos termos do art. 362.º do CCom. Nesse sentido, Ferrer Correia, Lições de Direito Comercial, Vol I, 1973, pags. 106 e ss, Coutinho de Abreu, Direito Comercial, cit., pag. 73

31.<sup>a</sup> — Também, relativamente à Recorrente o pagamento indevido da sanção pecuniária compulsória apresenta conexão com os vários empréstimos, referidos nos art. 4.º, 5.º, 8.º, 16.º dos factos provados, contraídos junto da Recorrida, que, por serem obtidos, no âmbito da sua actividade mercantil, como resulta das garantias dadas nos art. 12.º, 20.º, 36.º a 38.º dos factos provados, são actos, enquanto empréstimos mercantis previstos no art. 394.º do CCom, comerciais acessórios e objectivos, sendo certo que, sem a existência destes nunca se colocaria a questão de a Recorrida cobrar uma sanção pecuniária compulsória. Por outro lado, esta sanção pecuniária compulsória tem ainda conexão com o acto comercial absoluto e objectivo praticado pela Recorrente quando vendeu os

36 lotes de terreno para construção à V....., Lda, nos termos do art. 463.º/ 4 do CCom., no âmbito da sua actividade mercantil de compra e venda de imóveis (cf.art. 1.º dos factos provados)

32.<sup>a</sup> — Por último, a sanção pecuniária compulsória indevidamente cobrada pela Recorrida e paga pela Recorrente apresenta ligação à actividade comercial de ambas, sendo, por isso um acto comercial. Para maiores desenvolvimento, Ferrer Correia, Lições de Direito Comercial, cit., pag. 111 e ss, Coutinho de Abreu, Curso de Direito

33.<sup>a</sup> — A restituição do indevido, em discussão nos autos, não pode ser desligada da sanção pecuniária compulsória, configurando, de igual modo, um acto comercial subjectivo, uma vez que, tal como foi dito, há uma estreita conexão com actos comerciais praticados pela Recorrente e pela Recorrida no exercício das respectivas actividades comerciais.

34.<sup>a</sup> — Conforme refere Pupo Correia, Direito Comercial, cit., pag. 414-415, o facto de numerosos tipos de actos estarem exclusivamente caracterizados e regulados no Código Civil, e não no Código Comercial, não significa que não possam ser havidos como actos de comércio, quanto estiverem ligados à actividade comercial de um comerciante, à sua empresa, dando como exemplo a doação e a gestão de negócios, que apesar de reguladas apenas na lei civil, são frequentemente praticadas no comércio, assim como, em geral, todos os actos e factos que originam, modificam, extinguem ou garantem obrigações, que geralmente são praticados no âmbito das actividades mercantis, sem que nada justifique que não possam ser havidos como actos de comércio, quando assim suceda.

35.<sup>a</sup> — No momento em que se verificou a deslocação patrimonial, conhecendo a Recorrida, como já foi exaustivamente demonstrado, a falta de causa para a sua pretensão, no dia 9 de Março de 2009, ficou esta obrigada, nos termos do art. 480.º, al. b) do CC, a restituir o enriquecimento patrimonial verificado, acrescido dos juros legais a que o Recorrente tem direito.

36.<sup>a</sup> — Na esteira do sustentado pelo Meritíssimo Juiz a quo, na sentença de fls., a Recorrida ao receber e não devolver de ime-



diato à A. a quantia indevidamente recebida, conhecendo a falta de causa do enriquecimento, nos termos do art. 480.º *b*), constituiu-se em mora, no dia 10 de Março de 2005, nos termos do artigo 480.º *b*) e 804.º e 805.º, n.º 2, alínea *a*) ambos do Código Civil, sendo certo que, como se trata de obrigação pecuniária, a indemnização correspondente aos juros, a contar do dia da constituição em mora (artigo 806.º, n.º 1, do mesmo Código).

37.<sup>a</sup> — Face ao exposto, estando em causa uma obrigação comercial de que é credor um comerciante, a Recorrente, relativamente a um devedor constituído em mora, os juros estão sujeitos à taxa legal prevista para os juros comerciais nos termos do § 3 e 4 do art. 102.º do CCom, conjugado com a Portaria 597/2005, de 19 de Julho.

38.<sup>a</sup> — Assim, a obrigação de restituir o indevido configura, no caso *sub judice*, quer um acto de comércio acessório, quer um acta subjectivamente comercial, de que é credor um comerciante, a Recorrente, aplicando-se aos juros legais devidos pela Recorrida, desde 10 de Março de 2005, data em que se constituiu em mora, nos termos do art. 480.º do CC, conjugado com os arts. 804.º e 805.º, n.º 2, alínea *a*), 806.º, n.º 1, todos do CC, a taxa legal prevista para os juros comerciais, nos termos do § 3 e 4 do art. 102.º do CCom., conjugado com a Portaria 597/2005, de 19 de Julho.

39.<sup>a</sup> — O douto Acórdão violou, nomeadamente, os arts. 479.º, 480.º, al. *b*), 559.º, 804.º e 805.º, n.º 2, alínea *a*), 806.º, n.º 1, do CC, arts. 20.º, 13.º, 102.º § 3 e 4, 362.º, 394.º e 463.º todos do CCom e a Portaria 597/2005, de 19 de Julho.

No agravo, contra-alegou a autora, aí agravada, concluindo pela improcedência do recurso e pela manutenção do decidido.

Nas revistas, contra-alegaram as partes, pugnando, cada uma delas, pela improcedência do recurso da outra.

Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

Vêm dados como **PROVADOS** os seguintes factos:

1. A A. tem como actividade a compra e venda de imóveis e a indústria de construção civil (facto assente 1).

2. O Réu desenvolve a actividade bancária e resultou da incorporação por fusão do Banco Crédito Predial Português, S.A, Banco Totta & Açores. S.A e Banco Santander Portugal (facto assente 2).

3. O Réu, no exercício da sua actividade bancária e ainda sob a denominação de “Crédito Predial Português”, concedeu à Autora diversos financiamentos que lhe foram solicitados (facto assente 3).

4. Através do contrato n.º 00000000000, celebrado em 29 de Dezembro de 1995, o Banco R. concedeu à A. um empréstimo no valor de 3.900.000.000\$00, tendo-lhe concedido, também, em 17 de Dezembro de 1999, um outro empréstimo, sob a forma de “Abertura de Crédito em Conta Corrente”, e com o n.º 000000000000, no montante de 250.000.000\$00 (facto assente 4).

5. As quantias mutuadas foram, efectivamente, entregues à R., através do crédito do seu valor, na conta de depósito à ordem de que esta era titular, domiciliada no Banco R. e com o n.º 000000000000 (facto assente 5).

6. A A. não cumpriu as obrigações decorrentes dos créditos referidos, de reembolso do capital e de pagamento dos juros convencioneados, apesar de ter sido devida e repetidamente instada para o fazer pelo Banco R. (facto assente 6).

7. Em 29 de Março de 2001, estavam, por liquidar 3.900.000.000\$00, de capital, e 413.517.000\$00 de juros vencidos, face ao primeiro dos créditos referidos (n.º 00000000000), e 250.000.000\$00, de capital, face ao segundo dos empréstimos referidos (000000000000) (facto assente 7).

8. Na sequência das sucessivas interpelações do Banco R para haver o seu crédito, sem que tivesse tido qualquer sucesso, este acabou por aceitar que a dívida fosse refinanciada, através de um contrato de “Reestruturação de Créditos”, celebrado em 22 de Março de 2001, nos termos do qual a A. declarou ser devedora da quantia de 4.563.517.000\$00, resultante dos empréstimos antes referidos (facto assente 8).

9. A dívida deveria ser liquidada num prazo de dois anos, contados desde a data de referência citada — 2001.03.29 — e em sete prestações trimestrais, iguais e sucessivas, vencendo-se, a primeira, em 2001. 09 .29 (facto assente 9).

10. O financiamento acordado, venceria juros remuneratórios à taxa indexada “Prime Rate” do Banco R., representando 76,595% dessa taxa, arredondada para o múltiplo 118 do ponto percentual imediatamente superior”, e nos demais termos acordados no contrato de “Reestruturação de Créditos” (facto assente 10).

11. Os juros deveriam, igualmente, ser pagos em sete prestações, trimestrais e postecipadas, vencendo-se, a primeira, também, no dia 2001.09.29 e seriam acrescidos da sobretaxa de 4%, em caso de mora (facto assente 11).

12. As obrigações descritas no contrato de “Reestruturação de Créditos” a que se vem fazendo referência, ficaram garantidas pelas hipotecas antes constituídas pela A. em favor do Banco R., sobre o prédio rústico denominado “AA — S...”, situado em Loures, descrito na 1.<sup>a</sup> Conservatória do Registo Predial de Loures sob a ficha 0000000000 e inscrito na matriz predial respectiva sob o artigo 1.<sup>a</sup> Secção HH, da freguesia de Loures (facto assente 12).

13. A. A. não liquidou nenhuma das prestações previstas no contrato de “Reestruturação de Créditos”, quer as relativas ao capital, quer as respeitantes aos juros remuneratórios (facto assente 13).

14. E, apesar do Banco R. ter, de forma sucessiva, prorrogado o vencimento das prestações de capital, com a condição de que fossem pagas as prestações de juros, a A., não fez, até à derradeira data de vencimento do crédito que lhes foi concedido — 2002.06.30 — qualquer pagamento (facto assente 14).

15. Embora reiterada e sucessivamente instada pelo Banco R., a A continuou, sem proceder a esse pagamento, apesar de estarem vencidas todas as responsabilidades que havia assumido (facto assente 15).

16. O Réu, ainda no exercício da sua actividade bancária e sob a anterior denominação de “Crédito Predial Português”, celebrou com a Autora, em 13 de Abril de 2001, um outro contrato de

financiamento, desta feita de “Abertura de crédito com hipoteca e fiança”, com o n.º 000000 através do qual lhes concedeu um outro empréstimo no valor de 430.000.000\$00 (facto assente 16).

17. O capital mutuado, após a sua utilização, venceria juros, nos termos e condições nele estabelecidas, sendo a taxa de juro acrescida, em caso de mora, da sobretaxa máxima legal de 4% (facto assente 17).

18. O empréstimo foi concedido pelo prazo de dois anos a contar desde 29 de Março de 2001, devendo ser liquidado, o capital, em sete prestações “trimestrais, iguais e sucessivas”, vencendo-se a primeira em 29 de Setembro de 2001 e os juros, também, em sete prestações “trimestrais e postecipadas”, vencendo-se, igualmente, a primeira na data atrás referida (facto assente 18).

19. O capital foi, como estava acordado, efectivamente entregue à A., através da creditação do seu valor na conta que esta dispunha domiciliada no Banco R. (facto assente 19).

20. Para garantia, não só de todas as obrigações decorrentes do empréstimo mencionado, mas de quaisquer outras que tivessem assumido ou viessem a assumir perante o Réu, constituiu a Autora, a favor daquele, uma quarta hipoteca sobre o prédio rústico antes descrito (facto assente 20).

21. A Autora não pagou as prestações, de capital e juros, a que se havia obrigado, levando a que o Banco Réu, para tentar extra judicialmente haver o seu crédito, tenha aceite prorrogar o prazo de vencimento da dívida até 30 de Junho de 2002 (facto assente 21).

---

(1) Era esta, na 1.ª instância, a resposta dada ao quesito 1.º: “Só através dos documentos referidos supra sob 32 e 33 é que a Autora passou a saber que o Réu lhe havia cobrado e recebido os valores de € 3.448.036,81 e € 155.738,14, a título de “sanção pecuniária compulsória”. Na Relação foi o mesmo quesito dado como não provado (fls. 2293).

(2) Era esta a redacção dada pela 1.ª instância ao facto assente 34: “Uma sociedade interessada, em data próxima à escritura referida em 28, desenvolveu contactos junto do Banco Réu em ordem a saber qual a situação da acção executiva, qual o valor por este exigido e qual o estado do imóvel em causa.”

(3) Na redacção que lhe foi dada pelo acórdão da Relação ora recorrido.

22. Não obstante, na data antes referida e que ficou fixada como sendo a do vencimento do débito, a Autora não o liquidou (facto assente 22).

23. Por essa razão, o Banco R instaurou, em 16 de Julho de 2002, contra a A. e aqueles que haviam, através de fiança, garantido a dívida desta, acção executiva que correu termos pela 1.<sup>a</sup> Vara do Tribunal da Comarca de Loures, com o número 0000000 (facto assente 23).

24. Na execução referida em 23, o Banco R. peticionou o pagamento da quantia de “ € 26.688.075,46, acrescida do valor de € 210.846,57, relativo a juros de mora, imposto de selo e sanção pecuniária compulsória, vencidos, e ainda dos outros valores que, a este título, se vencerem, até integral pagamento” (facto assente 24).

25. No requerimento inicial da execução referida em 23, alegou o exequente que:

- c) “Os executados são, também, responsáveis pelo pagamento da sanção pecuniária compulsória, legalmente fixada no n.º 4 do art. 829.º-A do Código Civil, que correspondem à aplicação da taxa anual de 5% sobre o capital”;
- d) “Os juros já vencidos nesta data, 2002.07.16, ascendem a € 145.508,11, perfazendo a sanção pecuniária compulsória de € 55.964,66 (...)” (artigo 21.º);
- e) “Os executados devem, também, os valores da sanção pecuniária compulsória antes referida e, sobre os juros, o montante do imposto de selo” (artigo 34.º);
- f) “Os juros vencidos, nesta data, perfazem € 6.577.37, ascendendo o imposto de selo a € 11,53 e a sanção pecuniária compulsória de € 2.529,76” (artigo 35.º);
- g) “Encontra-se, por isso, em dívida a quantia global de € 26.688.075,46, de capital, e de € 210.846,57, de juros, imposto de selo e sanção pecuniária compulsória” (art. 36.º) — (facto assente 25).

---

(4) A numeração, a partir de agora, é nossa.

(5) Resposta alterada pela Relação (fls. 2288).

(6) Resposta alterada pela Relação (fls. 2288).

26. Nessa execução a A. foi citada para pagar, nomear bens à penhora ou deduzir oposição, tendo, dentro desse prazo que lhe era concedido, deduzido embargos em 21 de Outubro de 2002, nos quais invocou a incompetência territorial do Tribunal e contestou a exigibilidade do crédito do Banco R, alegando que este actuara, ao mover a execução, em abuso de direito (facto assente 26).

27. Tendo o Banco R. contestado os embargos deduzidos, estes vieram a ser julgados improcedentes por sentença proferida em 15 de Julho de 2004 no apenso A do processo de execução antes identificado, sentença essa, que transitou em julgado após deserção do recurso interposto pela Embargante (fls. 95) — (facto assente 27).

28. Por contrato de compra e venda celebrado no dia 9 de Março de dois mil e cinco, no décimo nono Cartório Notarial de Lisboa, a A. vendeu à sociedade “V..... — Planeamento Imobiliário, L.<sup>da</sup>, que por sua vez comprou, 36 Lotes de terreno para construção desanexados do prédio referido em 12, pelo preço de cinquenta e dois milhões de euros (documento de fls. 22 a 33) — (facto assente 28).

29. No ponto 4.2 (i) do documento complementar da escritura referida em 28, estipularam as partes que “na presente data a Compradora pagou à Vendedora, mediante a entrega de documento de distrate de todas as hipotecas que incidem sobre o imóvel e de pedido de desistência da acção, o montante de € 42.255.096 (...) através de cheque bancário/visado. Por acordo das partes este montante foi directamente entregue pela compradora ao BB, SA, em liquidação integral da dívida da Vendedora face a tal Banco” (facto assente 29).

30. Em 10 de Março de 2005, o Banco R apresentou nos autos de execução um requerimento no qual afirma que “tendo os Executados reconhecido o valor que lhe é devido e que deu origem à execução e à reclamação de créditos antes apresentadas, acaba de

---

(7) Resposta alterada pela Relação (fls. 2288).

(8) Sendo deste diploma legal todas as disposições a seguir citadas sem referência expressa.

(9) Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, pag. 581.

receber deles, desse valor, aquele que se encontra vencido (...) o Exequente considera liquidadas as obrigações cuja cobrança coerciva efectivou por este processo, devendo a presente execução ser sustada e o processo remetido à conta, com custas a cargo dos executados”, sendo a assinatura do executado aposta nesse requerimento precedida da menção “Por ser verdade o que antecede o Executado” (facto assente 30).

31. Na sequência de tal requerimento e depois de serem liquidadas as custas devidas a Juízo, a execução foi julgada extinta por sentença, proferida em 2 de Junho de 2005, na qual se diz que “mostram-se satisfeitas a obrigação exequenda (fls. 275 e 276) e as custas do processo (fls. 384). / Assim, de harmonia com o disposto no Artigo 919.º, nº 1 do Código de Processo Civil, julgo extinta a execução e, conseqüentemente, determino o arquivamento dos autos e ordeno o levantamento da penhora” (fls. 385 da execução) — (facto assente 31).

32. A solicitação da A, o Banco ora R. procedeu em carta datada de 26 de Janeiro de 2006 à discriminação das verbas e valores integrantes da quantia de € 42.255.096,00 paga, nela indicando que foram considerados “Juros, sanção pecuniária compulsória e imposto de selo — € 13.380.646,39” quanto ao contrato de reestruturação de créditos, tendo ainda sido considerados “Juros, sanção pecuniária compulsória e imposto de selo — € 604.366,39” quanto ao contrato de abertura de crédito (facto assente 32).

33. De forma mais detalhada e por carta datada de 28 de Julho de 2006, o Réu informou a Autora que a verba de € 42.255.096 conteve “sanção pecuniária compulsória — € 3.448.036,81” no que respeita ao contrato de reestruturação de créditos bem como “sanção pecuniária compulsória — € 155.738,14” quanto ao contrato de abertura de crédito (documento de fis. 38/39) — o assente 33).

34<sup>(1)</sup>. Era aqui mencionada a resposta dada ao quesito 1.º, que a Relação deu como não provado.

---

<sup>(10)</sup> AMÂNCIO FERREIRA, Manual dos Recursos em Processo Civil, pag. 116.

35<sup>(2)</sup>. A H....., empresa que posteriormente viria a adquirir a V....., em data próxima à escritura, desenvolveu contactos junto do Banco réu em ordem a saber qual a situação da acção executiva, qual o valor por este exigido e qual o estado do imóvel em causa (facto assente 34<sup>(3)</sup>).

36. O Banco Réu havia prestado, em 30.3.1990, a favor da Câmara Municipal de Loures, e em nome e a pedido da Autora, uma garantia bancária com o n.º 000000000000, que se destinava a caucionar a execução das obras de infra-estruturas da Urbanização do ..... e que tinha o montante de € 8.104.979,16 (facto assente 35).

37. Em 16.4.2002, a Câmara Municipal de Loures deliberou reduzir a garantia em causa para € 5.888.875,63, tendo através da comunicação enviada em 23.4.2003, e que foi corrigida em 14.5.2002, informado o Banco réu dessa situação (facto assente 36).

38. O Banco Réu prestou ainda em 22.3.2001, a favor da Câmara Municipal de Loures e em nome e a pedido da Autora, uma outra garantia bancária com o n.º 0000000000, destinada a caucionar a “comparticipação financeira de 172.200.000\$00 e o pagamento de 251.132.960\$00, das taxas correspondentes à emissão do alvará de loteamento”, no âmbito do processo de urbanização n.º 0000000 da Câmara Municipal de Loures e com o montante de 430.000.000\$00 o € 2.144.830,96 (facto assente 37).

39. Após diversas reduções solicitadas pela Câmara Municipal de Loures, a garantia passou a ter o montante de € 1.167.752,56 (facto assente 38).

40<sup>(4)</sup>. O Banco Réu reclamou as quantias referidas em 35 a 38, tendo sido proferida sentença em 14.2.2005 cujo dispositivo é o seguinte:” declaro reconhecidos os créditos reclamados, nos montantes de € 305.702,20 e € 7.056.628, 19, acrescidas de juros

---

<sup>(11)</sup> Sempre sendo dever de justiça afirmar-se que, não obstante esta falta e a não aceitação de muitas das asserções nelas vertidas, o carácter bem meritório, quer das alegações dos recorrentes, quer das contra-alegações, da recorrida, reveladoras de aprofundado estudo das matérias nelas versadas.



de mora vencidos e dos vincendos desde a data da apresentação da reclamação, e respectivo imposto de selo, créditos estes que são, simplesmente, aditados ao crédito inicial para o efeito de serem pagos pelo produto da venda do imóvel penhorado” (Reclamação de Créditos n.º 00000000, da 1.ª Vara de Competência Mista de Loures; documento de fls. 316 a 322) — (facto assente 39).

41. A empresa referida no facto assente 34 (facto 35 ora elencado) afirmou que seria ela, caso adquirisse o imóvel, quem assumiria a dívida da autora junto do Banco réu e que a liquidaria logo que procedesse a essa aquisição no âmbito do acordo que iria efectuar (resposta aos quesitos 3.º e 4.º)<sup>(5)</sup>.

42. O Banco réu aceitou tal proposta — resposta ao quesito 5.º<sup>(6)</sup>.

43. Desde que os valores das obrigações já exigidas no processo de execução e que estivesse vencidas fossem, desde logo, liquidadas aquando da aquisição do imóvel e que a empresa referida no facto assente 34 (facto elencado sob o n.º 35) se compromettesse também a liquidar as quantias referidas nos factos assentes 35 a 38 — factos ora elencados sob os n.ºs 36 a 39)<sup>(7)</sup>. 44. A V..... pagou as dívidas vencidas da A. através do cheque n.º 000000000 no valor de € 42.255.096,00, com data de emissão de 9/03/2005 (resposta ao quesito 7.º).

45. A pessoa colectiva n.º 000000000, que teve como firma “V..... Planeamento Imobiliário”, Lda., e que actualmente tem a firma “H..... Lda., substituiu, perante o R., as garantias bancárias referidas em 35 a 38, por outras de valor idêntico (resposta ao quesito 9.º).

46. A V....., Lda., entregou directamente o referido cheque ao Banco R para pagamento da dívida que a Autora tinha perante o Banco Réu (respostas aos quesitos 11.º e 12.º).

---

<sup>(12)</sup> A. REIS, CPC Anotado, vol. III, pag. 93.

<sup>(13)</sup> M. ANDRADE, Noções Elementares de Processo Civil, pag. 303 e ss.

<sup>(14)</sup> LEBRE DE FREITAS e outros, CPC Anotado, vol. 2.º, pag. 678.

São, como é bem sabido, as conclusões da alegação do recorrente que delimitam o objecto do recurso — arts. 684.º, n.º 3 e 690.º, n.º 1 e 4 do CPC<sup>(8)</sup>, bem como jurisprudência firme deste Supremo Tribunal.

Sendo, pois, as **questões** atrás enunciadas e que pelos recorrentes nos são colocadas que cumpre apreciar e decidir.

Sempre se dizendo, à laia de questão prévia ao conhecimento dos recursos, que todos os recorrentes, com maior relevo em relação ao réu, quer no agravo, quer na revista, infringiram o preceituado no art. 690.º, que manda, na apresentação da alegação, concluir, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos porque se pede a alteração da decisão.

Tal determinação, feita na lei de forma bem explícita, sempre decorre já da própria “natureza das coisas”, como explica o Cons. Lopes do Rego<sup>(9)</sup>.

Com efeito, expostas pelo recorrente, no corpo da sua alegação, as razões de facto e de direito da sua discordância com a decisão impugnada, deve o mesmo, face à sua vinculação ao ónus de formular conclusões, terminar a sua minuta pela indicação resumida, através de proposições sintéticas, dos fundamentos de facto e/ou de direito, porque pede a alteração ou a anulação da decisão.

Sendo certo que, no recurso para o Supremo, quer seja de revista, quer de agravo, as conclusões incidirão, em princípio, exclusivamente sobre matéria de direito, por os fundamentos de tal

---

<sup>(15)</sup> Aplicando-se-lhe, aos autos de execução, o CPC anterior à reforma de 2003 (art. 21.º, n.º 1 do DL 38/2003, de 8 de Março).

<sup>(16)</sup> Dizendo-se na sentença em causa, mostrarem-se satisfeitas a obrigação executiva e as custas.

<sup>(17)</sup> O caso julgado material pressupõe o formal (art. 671.º, n.º 1, proémio).

<sup>(18)</sup> Na referida execução peticionou a ora agravante o pagamento da quantia de € 26 688 075,46, acrescida de juros de mora, imposto de selo e sanção pecuniária compulsória, vencidos, e ainda de outros valores que, a este título, se vencerem, até integral pagamento (facto 24.).

<sup>(19)</sup> Antes da referida reforma da acção executiva, a extinção da execução, salvo o caso da deserção da instância (art. 291.º do CPC), tinha lugar através de uma sentença do Juiz, que lhe punha termo (art. 919.º do mesmo diploma legal). Actualmente, a verificação de tal extinção já não compete ao Juiz (cf. art. 919.º, na sua nova versão) — RUI PINTO, *A Acção Executiva depois da Reforma*, pag. 216.

recurso serem, respectivamente, nos termos dos arts 721.º, n.º 2 e 755.º, n.º 1, a violação da lei substantiva e da lei do processo, salvo o caso excepcional previsto no n.º 2 do art. 722.º<sup>(10)</sup>.

E, assim, estando as partes recorrentes legalmente vinculadas ao ónus de conclusão, destinando-se o mesmo a resumir para o tribunal *ad quem* o âmbito do recurso e seus fundamentos, pela tal elaboração de um quadro sintético das questões a decidir e das razões porque devem ser decididas num ou noutra sentido, sendo certo que o que fique para aquém ou para além deste objectivo é deficiente ou impertinente, é por demais óbvio que as partes, sobretudo o réu, até com eventuais prejuízos que daí lhes possam advir — pela não compreensão total do objecto do recurso por banda do Tribunal, face à amálgama de factos/razões que lhe são apresentados — não deram cumprimento à determinação legal a que estão subordinadas.

Tendo, por via disso este Tribunal, usando de benevolência talvez indevida, que procurar sanear o emaranhado de razões apresentadas, evidenciando, ele próprio, as questões trazidas à sua decisão.

Devendo, ainda, as partes, naturalmente que através dos seus mandatários judiciais, sujeitas que estão ao dever de cooperação (art. 266.º) concorrer para se obter com, brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

Ora, não é através da descrita conduta, que os autos com toda a clareza revelam, que este importante dever se mostra também satisfeito.

Mas, adiante, já que aqui se aceitou — como, aliás, já havia ocorrido na Relação em semelhante situação, quanto ao réu — tal incorrecta conduta das partes<sup>(11)</sup>.

## **I — AGRAVO do réu:**

A questão colocada neste recurso pelo réu prende-se com a da procedência da por ele arguida excepção de caso julgado (que, a

---

(20) LEBRE DE FREITAS, Acção Executiva, pag. 12 e ss.

seu ver, impedirá a autora de, com base no enriquecimento à custa alheia, pedir a restituição do que entende ter sido pago a mais no processo executivo), a qual assenta em três vertentes: (i) o caso julgado da sentença de extinção de instância, no dito processo executivo, face aos seus efeitos substanciais; (ii) o caso julgado material produzido na sentença de improcedência dos embargos deduzidos à execução intentada pelo ora réu/agravante; e (iii) o caso julgado na sentença proferida no apenso de reclamação de créditos.

---

(21) E daí se retiraria a inadmissibilidade de nova execução com o mesmo objecto ou de uma acção de repetição do indevido — CASTRO MENDES, *Acção Executiva*, pag. 203. Este autor e consagrado processualista, na monografia que dedica aos limites objectivos do caso julgado (Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil), embora restringindo a mesma ao estudo da acção declarativa, sustenta que o processo executivo *qua tale* deixa uma zona de indiscutibilidade respeitante à pretensão material do exequente, semelhante à que deixa o processo de declaração. E, assim, a sentença a que se refere o art. 912.º, n.º 2, baseando-se a execução em título negocial ou administrativo, obstava a que o executado movesse posteriormente uma acção de repetição do indevido contra o exequente. Devendo ter-se por *res judicata* tal sentença, que julgue extinta a execução por extinção da obrigação subjacente. Embora não deixe de duvidar e de hesitar quanto ao acerto da tese que propugna, mesmo no caso da sentença se fundar na extinção da obrigação exequenda, quando confrontado com o facto de caber recurso de agravo (art. 922.º *a contrario*), a tal sentença, e não de apelação (Direito Processual Civil, III vol., pags. 490 e 491). Pessoa Jorge sufraga também a tese de que a acção executiva implica a formação de caso julgado, dizendo: “a sentença que declara extinta a execução beneficia da autoridade de caso julgado, ficando a atestar a correcta satisfação da obrigação exequenda” — Pessoa Jorge *apud* José Maria Gonçalves Sampaio, *A Acção Executiva e a Problemática das Acções Injustas*, pag. 337. José Maria Gonçalves Sampaio, *in ob. cit.*, pag. 342 e 343, também admite a formação de caso julgado, bem podendo o executado ter posto em causa o crédito exequendo, assim exercendo o seu contraditório, através de algum dos meios de oposição especificados na lei. E, assim, quer o executado não os use, quer os use e eles sejam julgados improcedentes, a acção executiva forma caso julgado material. Teixeira de Sousa, *in Acção Executiva Singular*, pag. 415, colhendo os argumentos de Castro Mendes e procurando sanar a sua dúvida, sustenta que a o contudo de tal sentença é material, assim se produzindo caso julgado material, se a extinção decorre da extinção da obrigação exequenda, sendo processual, produzindo caso julgado formal, quando a extinção ocorre por outra causa. Apontando como causas de extinção da obrigação exequenda, entre outras, a remição da execução (pagamento voluntário feito no processo executivo pelo executado ou por terceiro — LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, pag. 674 e ss). Podendo-se ver exemplos de “outras causas extintivas da execução” em AMÂNCIO FERREIRA, *Curso do Processo de Execução*, pag. 305 e em LEBRE DE FEITAS, *ob. cit.*, pags. 290 e 291, que, nos anos recentes, tem vindo a publicar um amplo conjunto de reflexões, quer sobre o caso julgado na execução propriamente dita, quer nos procedimentos de natureza declarativa a ela associados.

Vejamos:

A excepção de caso julgado, excepção dilatória no regime vigente (art. 494.º, al. *i*), tendo como pressuposto a repetição de uma causa decidida por sentença que já não admite recurso ordinário — e repetindo-se a mesma quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir (arts. 497.º, n.º 1, e 498.º, n.º 1) — exerce duas funções: *a*) uma função positiva; e *b*) uma função negativa. Exerce a primeira quando faz valer a sua força e autoridade, e exerce a segunda quando impede que a mesma causa seja novamente apreciada pelo tribunal.

Visando tal excepção, assim, evitar que o tribunal contrarie na decisão posterior o que decidiu na primeira ou a repita; a autoridade do caso julgado é o comando da acção ou proibição de repetição.

Sendo certo que a autoridade de caso julgado e a excepção de caso julgado não são duas figuras distintas, mas antes duas faces da mesma figura — consistindo o facto jurídico “caso julgado” em

---

(22) O agravante afirma, quanto a nós sem êxito, que mesmo que se entenda que a sentença que determinou a extinção da execução tem apenas efeitos processuais, sendo, assim, apenas susceptível de formar caso julgado formal, *in casu*, sempre a imutabilidade decorrente de tal caso julgado formal se alargaria para fora do processo. Mas não é assim, como melhor veremos, pois a dita sentença de extinção da execução pelo pagamento voluntário da quantia exequenda, apenas forma caso julgado formal (dentro do processo), não obstante impedir que a dívida exequenda, já paga, venha basear nova execução.

(23) LEBRE DE FREITAS, ob. cit., pags. 291 e 292 e Acção Executiva e Caso Julgado, ROA Ano 53, Abril/Junho, 1993, pag. 247.

(24) Com a reforma da acção executiva, como já aflorado, deixou de haver lugar a esta sentença, produzindo-se automaticamente o efeito extintivo da instância (art. 919.º, n.º 1). Tendo sido suprimida deste preceito toda e qualquer referência à existência de um acto jurisdicional que julgue extinta a execução. Podendo o legislador, com tal silêncio, ter querido tomar posição perante a controvérsia a respeito verificada antes da dita reforma processual — PAULA COSTA E SILVA, A Reforma da Acção Executiva, pag. 129.

(25) Rel. CONS. SALVADOR DA COSTA (P.º 05B1812), *in* <www.dgsi.pt>.

(26) Tal pagamento voluntário pode ser feito pelo próprio executado ou por terceiro, nos termos previstos no art. 916.º, n.º 1, podendo também ocorrer pelo pagamento realizado fora do processo executivo. É igual.

(27) Não obstante a causa de pedir nas acções executivas se consubstanciar na obrigação exequenda que consta do documento que se traduz no título executivo (art. 45.º, n.º 1).

existir uma sentença (um despacho) com trânsito sobre determinada matéria<sup>(12)</sup>.

E, caso se encontrem preenchidos os pressupostos do caso julgado, pode distinguir-se entre o caso julgado formal, externo ou de simples preclusão e o caso julgado material ou interno.

Consistindo o primeiro (art. 672.º) em estar excluída a possibilidade de recurso ordinário, nada obstando, porém, em que a matéria da decisão seja diversamente apreciada noutra processo, pelo mesmo ou por outro Tribunal. Correspondendo o mesmo às decisões que versam apenas sobre a relação processual, não provendo sobre os bens litigados.

Consistindo o segundo (art. 671.º), geralmente designado como caso julgado *res judicata*, em a definição dada à relação controvertida se impor a todos os Tribunais (e até a quaisquer outras autoridades), quando lhes seja submetida a mesma relação. Todos têm de a acatar, de modo absoluto, julgando em conformidade, sem nova discussão. Competindo o mesmo às decisões que versam sobre o fundo da causa, sobre os bens discutidos no processo, definindo a relação ou situação jurídica deduzida e discutida em Juízo<sup>(13)</sup>.

Quando constitui uma decisão de mérito (decisão sobre a relação material controvertida) a sentença produz, também fora do processo, efeito de caso julgado material: a conformação das situações jurídicas substantivas por ela reconhecidas como constituídas impõe-se nos planos substantivo e processual, distinguindo-se, neste, como atrás afluído, o efeito negativo da inadmissibilidade de uma segunda ação (proibição de repetição: exceção de caso julgado) e o efeito positivo da constituição da decisão proferida em pressuposto indiscutível de outras decisões de mérito (proibição de contradição: autoridade de caso julgado)<sup>(14)</sup>.

Ora, sustenta o agravante que a sentença de extinção da execução movida também contra a ora agravada em 16/6/2002<sup>(15/16)</sup>, por via do caso julgado material que formou, impede que as obrigações exequendas possam voltar a ser discutidas, tendo ficado precludido o direito da agravada as contestar.

Tendo-se formado caso julgado, não só formal, mas material<sup>(17)</sup>, abrangendo nos seus efeitos os limites definidos pela obrigação exequenda<sup>(18)</sup>.

Mais dizendo que, mesmo que se considere que a sentença de extinção de execução tem efeitos meramente processuais, formando apenas caso julgado formal, esse caso julgado impediria que pudesse voltar a ser judicialmente discutida a questão.

Tendo a sentença de extinção da acção executiva abrangido no seu âmbito a obrigação exequenda nos termos e com os limites com que ela havia sido definida.

Ora, estamos perante uma sentença de extinção de execução movida pelo ora réu Banco também contra a ora autora sociedade, em 16 de Junho de 2002 (portanto antes da reforma da acção executiva de 2003<sup>(19)</sup>), na qual, como já dito, se alegava, no requerimento inicial, além do mais, encontrar-se em dívida a quantia global de € 26 688 075,46, de capital e de € 210 846,57 de juros, imposto de selo e sanção pecuniária compulsória (factos 23 a 25).

Em 10/3/2005 o Banco exequente, informando que os executados haviam reconhecido o valor que lhes era devido, que deu origem à execução e à reclamação de créditos, tendo pago o mesmo, requereu a sustação da execução, com remessa do processo à conta, com custas a cargo dos executados (facto 30).

Na sequência de tal requerimento, liquidadas as custas devidas, foi a execução julgada extinta por sentença de 2/6/2005, na

---

<sup>(28)</sup> Neste mesmo sentido, CARLOS OLIVEIRA SOARES, O Caso Julgado na Acção Executiva, Revista THEMIS, IV.7 (2003), pags. 243 e ss. Para este autor a sentença que declara extinta a execução tem sempre um conteúdo processual, independentemente da causa determinante dessa extinção. Sofrendo a declaração da instância executiva de insusceptibilidade de formar caso julgado material.

<sup>(29)</sup> ANSELMO DE CASTRO, A Acção Executiva Singular, Comum e Especial, pags. 296 e ss, entende também que a sentença que declara extinta a execução não pode lograr a formação de caso julgado material, tendo sempre um conteúdo processual, independentemente da causa determinante da extinção. Indo este Professor de Coimbra mais longe que Lebre de Freitas, sustentando a não formação do caso julgado mesmo no caso de oposição à execução. Pois, diz ainda, a acção executiva existe para realizar o direito, com tanto se bastando, e não para o declarar. Devendo ter-se como admissível, por em nada contrariar a execução e os seus fins, após a extinção da mesma, pelo pagamento voluntário, a restituição do indevido.

<sup>(30)</sup> Ob. cit., pags. 159-163.

qual, além do mais, se diz mostrarem-se satisfeitas a obrigação exequenda e as custas (facto 31).

É, face ao caso julgado formado por esta sentença, que o ora réu sustenta não poder ser mais discutida a passada dívida da ora autora (quanto à ora impugnada sanção pecuniária compulsória), produzindo aquele efeito preclusivo em relação às obrigações que em tempos foram coercivamente exigidas. Não podendo mais a autora discutir a questão. Não podendo, por tudo isto, operar o instituto do enriquecimento sem causa.

Vejamos, então:

É sabido que a acção executiva (e reportamo-nos, para facilidade de exposição à execução para pagamento de quantia certa), não visa, como a declarativa (e falamos apenas da acção de condenação), a declaração de um direito, pré-existente ou a constituir, mas antes providenciar pela reparação material e coactiva do direito do exequente. Visando este, através da acção executiva, a reparação de um direito violado (art. 4.º, n.º 3).

Não tendo os princípios da igualdade de armas e do contraditório, ambos manifestação do princípio mais geral da equidade e da igualdade das partes, o mesmo alcance no processo declarativo e no processo executivo (propriamente dito). O que leva a que, sempre que na pendência do processo executivo, deva ter lugar uma actividade de tipo cognitivo, tal aconteça em acção declarativa que

---

(31) ANSELMO DE CASTRO, v.g., sustenta que a não formação de caso julgado na acção executiva emerge directamente da não formação de caso julgado pela oposição à execução. Como o executado não pode lograr a formação de caso julgado, porque o enquadramento restritivo da finalidade da oposição à execução de visar a extinção da execução lhe impede, a sentença que declara extinta a execução não pode conseguir igual resultado. Não se destinando a oposição, quando o executado a queira deduzir para que seja tornado ou fique certo o direito do credor. Não havendo qualquer cominação imposta ao executado que não deduza oposição, ao contrário do que sucede na acção declarativa do direito, nenhum pedido de declaração do direito, ao invés do que nesta sucede, comportando o pedido de execução — ob. cit., pag. 298 e ss.

(32) Sendo os embargos o meio idóneo de alegação de factos que em processo declarativo constituam matéria de excepção (além de servirem de impugnação) — LOPES CARDOSO, ob. cit., pag. 275.

(33) Acção Executiva à Luz do Código Revisto, pag. 162 e ss.

(34) Neste mesmo sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., pag. 191 e CARLOS OLIVEIRA SOARES, ob. cit., pag. 258.



corre por apenso ou em incidente declarativo enxertado na tramitação do processo executivo, uma e outro estruturalmente autónomos, embora funcionalmente subordinados ao processo executivo<sup>(20)</sup>.

Sendo controversa, face às diferenças estruturais e funcionais das referidas duas acções (declarativa e executiva), a natureza da sentença que põe termo à execução.

Segundo uns<sup>(21)</sup>, tal sentença dá lugar à formação de caso julgado material no processo executivo.

Segundo outros, atentas as peculiares estrutura e função da acção executiva, estando, ainda, o caso julgado material circunscrito às decisões sobre a relação material controvertida (art. 671.º, n.º 1), as quais pressupõem uma actividade processual desenvolvida em contraditoriedade, tal sentença extintiva não é dotada de eficácia de caso julgado material, mas apenas de caso julgado formal.

Não surtindo, assim, e contrariamente ao sustentado pelo agravante<sup>(22)</sup>, a sentença de extinção eficaz fora do processo executivo. Se bem que o efeito extintivo (pagamento ou outro) obste ao êxito de uma nova acção executiva com base no mesmo facto, embora não impeça a propositura pelo executado de uma acção de restituição do indevido<sup>(23/24)</sup>.

Propendemos, com respeito pelas posições contrárias a que atrás fizemos breve referência, para perfilhar esta última tese.

Fazendo nossas, desde logo e tal como já sucedeu na 1.ª instância, as palavras que se podem ler no ac. deste STJ de 31/5/2005<sup>(25)</sup>,

---

<sup>(35)</sup> No esquema da lei processual civil só são convocados os credores que gozem de garantia real sobre o bem penhorado (art. 865.º, n.º 1), pelo que os credores vêm ao processo, não tanto para fazerem valer os seus direitos de crédito e obterem o pagamento, como para fazerem valer os seus direitos de garantia sobre os bens penhorados — LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva*, pag. 250.

<sup>(36)</sup> O juízo prévio de apreciação mais não é de que um pressuposto lógico do juízo condenatório pretendido. Não estando, assim, abrangido pelo caso julgado (arts. 498.º, n.º 3 e 671.º), a não ser na estrita medida em que necessariamente funda o juízo de condenação, isto é como caso julgado relativo, nunca como caso julgado absoluto. Circunscrevendo-se a sua eficácia no âmbito do processo em que é proferido, não podendo, enquanto abrangido pelo caso julgado, fundar outras pretensões — LEBRE DE FREITAS, *ibidem*, pag. 8, nota (3).

cujo respectivo excerto, com a devida vénia, aqui também se reproduz:

“Na sentença declarativa de extinção da instância executiva com base no pagamento voluntário da quantia exequenda<sup>(26)</sup> e das custas não é formulado qualquer juízo sobre os factos relativos à obrigação<sup>(27)</sup> nem ao direito aplicável.

Nela, limitava-se o Juiz a verificar a ocorrência de uma causa extintiva da acção executiva, à margem de qualquer juízo de mérito, ou seja, sem a declaração da existência ou da inexistência do direito de crédito do exequente que justificou a instauração da execução.

Os pressupostos da extinção da acção executiva por via da mencionada sentença não se referem à própria obrigação exequenda, mas ao mero acto processual de pagamento, voluntário ou coercivo, da quantia exequenda ou das custas concernentes.

Com efeito, a dinâmica das acções executivas propriamente ditas desenvolve-se essencialmente por via de actos processuais, à margem do contraditório que é próprio das acções declarativas.

A sentença que declara extinta a execução tem sempre um conteúdo processual independentemente da causa determinante da extinção, certo que o fim do processo executivo não é decidir uma causa, mas dar satisfação efectiva a um direito já declarado por sentença ou que conste de título com força executiva.

Nesse quadro, a própria extinção executiva por sentença não obstava à sua renovação e o recurso respectivo assumia a espécie de agravo (artigos 691.º, 733.º e 920.º, n.º 1, do Código do Processo Civil).

Tendo em conta a estrutura da mencionada sentença, a conclusão é no sentido de que o seu conteúdo é de natureza processual, ou seja, não envolve decisão sobre alguma relação material controvertida.

---

<sup>(37)</sup> LEBRE DE FREITAS, *ibidem*, pags. 264 e 265 e ROA (estudo citado), Ano 53, pag. 242.

<sup>(38)</sup> Ac. do STJ de 17/1/80 (ALVES PINTO), Bol. 293, pag. 235.

Decorrentemente, como as referidas sentenças apenas incidem sobre a relação processual, o caso julgado delas decorrente é formal e, em consequência, a sua eficácia não extravasa dos próprios processos de execução em que foram proferidas.”

Com efeito, dúvidas parece não restarem que a eficácia de caso julgado material é apenas atribuída às decisões sobre a relação material controvertida (art. 671.º, n.º 1), limitando-se a sentença que julga extinta a execução, pelo pagamento voluntário da quantia exequenda (que é o nosso caso), a declarar o termo da acção. Sem mais. Não proferindo qualquer pronúncia sobre a relação material controvertida. Não contendo o julgamento sobre qualquer relação jurídica material, não incluindo ou pressupondo um juízo sobre a realidade dos factos constitutivos do direito cuja execução fundava a pretensão executiva, nem sobre os factos impeditivos, modificativos ou extintivos que eventualmente tivessem sido opostos<sup>(28/29)</sup>.

Acrescendo que, ainda como ensina Lebre de Freitas<sup>(30)</sup>, atendendo à inexistência, na acção executiva, de uma actividade processual desenvolvida em contraditoriedade, a decisão que extingue a execução, mesmo quando se funde na extinção da obrigação exequenda, esgota-se no plano da relação processual, não podendo ser dotada da eficácia de caso julgado material.

Vejam, agora, o que dizer quanto o caso julgado material pretensamente produzido na improcedência dos embargos deduzidos à execução intentada pelo ora réu/agravante:

Provado ficou, a respeito, que a A., ora recorrida, em 21 de Outubro de 2002, após ter sido citada para pagar, nomear bens à penhora ou deduzir oposição, nos atrás aludidos autos de execução, veio deduzir embargos, nos quais invocou a incompetência territorial do Tribunal e contestou a exigibilidade do crédito do Banco então exequente, alegando que este, ao mover a execução, actuou com abuso de direito.

Tais embargos vieram a ser julgados improcedentes por sentença transitada em julgado (pontos 26 e 27).

---

<sup>(39)</sup> CASTRO MENDES, Direito Processual Civil, 2.º vol., pag. 771 e ss.

É sobre esta sentença que o recorrente entende ter operado a excepção do caso julgado, obstando ao prosseguimento desta acção.

Mas também não é assim, como já bem decidiram as instâncias.

Pois, não obstante a questão não seja incontroversa<sup>(31)</sup>, constituindo os embargos, do ponto de vista estrutural, algo de extrínseco à acção executiva, tomando o carácter de uma contra-acção, tendente a obstar à produção dos efeitos do título executivo e/ou da acção que nele se baseia, sendo, assim, tal meio de defesa do executado uma, embora específica, acção declarativa<sup>(32)</sup>, entende-se também aqui, na esteira dos ensinamentos de Lebre de Freitas<sup>(33)</sup> que a sentença proferida sobre uma opposição de mérito, nos embargos de executado, é dotada de força geral de caso julgado, sem prejuízo de, quando for de improcedência, os seus efeitos se circunscreverem, nos termos gerais, pela causa de pedir invocada (negação de um fundamento da pretensão executiva ou uma excepção peremptória conta ela), não impedindo nova acção de apreciação baseada em outra causa de pedir.

A sentença proferida nos embargos, sobre uma opposição de mérito é, pois, dotada de força de caso julgado material.

Aquí, tendo os embargos uma forma quase tão solene como o processo declaratório, neles se assegurando plenamente o exercício do contraditório, não se justificaria, mais tarde, na improcedência de tal meio de defesa, a propositura de uma outra acção com a mesma causa de pedir em que se pudesse pôr de novo em causa a existência da obrigação exequenda<sup>(34)</sup>.

Sucedê, porem, que, *in casu*, e como se aflora no acórdão recorrido, a sanção pecuniária compulsória não integrou a causa de pedir dos embargos, tendo ficado de fora do caso julgado formado pela respectiva sentença de improcedência.

Pois a causa de pedir então invocada foi, além do mais que ora não importa, o abuso de direito.

---

<sup>(40)</sup> São doravante deste diploma legal as disposições a seguir mencionadas sem outra referência.

Nada impedindo a propositura de nova acção, com o fito na restituição do indevido, baseada noutra causa de pedir, como ora acontece.

O mesmo sucedendo quanto à sentença de verificação e de graduação de créditos, já que, no respectivo apenso, tal como referem as instâncias, a então exequente e ora ré/agravante, não se arrogou qualquer específico crédito decorrente da sanção pecuniária compulsória.

Sustentando o agravante que a sentença que foi proferida no apenso da convocação dos credores e da verificação dos créditos (art. 864.º e ss) terá força e autoridade de caso julgado material, assim ficando, também por isso, precludida a acção da ora autora fundada no enriquecimento sem causa do réu.

Sendo certo que o objecto da acção da verificação e graduação não é tanto a pretensão de reconhecimento de um direito de crédito como o de reconhecimento de um direito real que o garante<sup>(35)</sup>, sendo o reconhecimento do crédito relegado para os pressupostos da decisão, não abrangidos pelo caso julgado<sup>(36)</sup>.

O caso julgado produzir-se-á, pois, apenas quanto ao reconhecimento do direito real de garantia, ficando por ele reconhecido o crédito reclamado só na estrita medida em que funda a existência actual desse direito real.

Produzindo-se o caso julgado, verificado o pressuposto da intervenção do executado na acção, quanto à graduação, mas não quanto à verificação dos créditos<sup>(37)</sup>.

Com efeito, o caso julgado forma-se, em princípio, sobre a decisão e não sobre os seus fundamentos, só subsistindo nos precisos termos em que foi constituído.

Daí que a sentença que graduou os créditos como preferenciais, em atenção à garantia real de que gozavam, apenas constitua caso julgado enquanto pressupõe a eficácia dessa garantia<sup>(38)</sup>.

---

(41) E o acórdão mais não é do que a decisão do tribunal colegial — art. 156.º, n.º 3 do CPC.

(42) CPC Anotado, vol. V, pag. 54.

(43) Ac. do STJ de 4/3/04 (SALVADOR DA COSTA), Proc. 04B522), <www.dgsi.pt>.

Sendo, dir-se-á, ainda, a causa de pedir invocada na graduação — as hipotecas sobre o imóvel — diferente da invocada na acção em apreço.

Não se fazendo no requerimento para a graduação qualquer alusão à sanção pecuniária compulsória.

Tendo o senhor Juiz de 1.<sup>a</sup> instância, a propósito, referido que “lida a petição inicial da mesma (da reclamação apresentada) verifica-se que a aí reclamante não se arrogou titular do direito sobre a executada decorrente da sanção pecuniária compulsória. Na petição inicial não é feita qualquer referência à sanção pecuniária compulsória”.

E, assim, não se verificando identidade de causa de pedir nas duas acções, não se verifica a ora tratada excepção de caso julgado, não tendo a sentença de graduação de créditos, quer força, quer autoridade de caso julgado nesta acção.

Não se estendendo os efeitos do caso julgado, como já dito, para além dos factos constitutivos invocados no ora apreciado apenso.

Sendo certo que o caso julgado só é susceptível de actuar quando está em causa, entre os mesmos sujeitos, o mesmo objecto do processo, delimitado pelo pedido e pela causa de pedir (art. 498.º, n.º 1).

Pelo que, e desde logo, a discussão de um objecto diferente — quer quanto ao pedido ou à causa de pedir, ou a ambos — está fora dos limites do caso julgado, não sendo vedada pela indiscutibilidade àquele inerente.

Reportando-se os limites resultantes da causa de pedir (e dos sujeitos) — que são limites extrínsecos — ao mesmo conteúdo, limitando apenas os termos da sua indiscutibilidade<sup>(39)</sup>.

---

(44) Sempre se dizendo, quanto à decisão da impugnação da matéria de facto feita pelo recorrente, com a qual este concorda, que o mesmo não trilhou o caminho mais regular — o mesmo sucedendo, aliás, com a própria impugnação, respigando-se um facto tido por mal julgado aqui, outro acolá, sem qualquer sequência lógica — não tendo havido sequer o cuidado de repor a matéria de facto dada como provada na 1.<sup>a</sup> instância de acordo com as alterações que tiveram lugar na Relação. A matéria de facto elencada em tal Tribunal é, afinal, a mesma que vem julgada da 1.<sup>a</sup> instância, sem se ter operado, no local devido, as pertinentes alterações.

Termos em que, improcedendo a alegada excepção, em todas as suas aludidas vertentes, tem o agravo de não ser provido.

## II — REVISTA do réu:

Assim se podendo resumir as questões por ele suscitadas:

1.<sup>a</sup> — A da ilegitimidade substantiva da recorrida para discutir a relação jurídica donde emerge a dívida;

2.<sup>a</sup> — A da não invalidação do acto de cumprimento;

3.<sup>a</sup> — A da prescrição do direito à restituição por enriquecimento;

4.<sup>a</sup> — A da falta de subsidiariedade da pretensão da recorrida (que tinha outros meios para reagir contra a sanção pecuniária compulsória que lhe era exigida);

5.<sup>a</sup> — A da confissão da dívida por parte da recorrida nos autos de execução;

6.<sup>a</sup> — A da existência de causa para o pagamento exigido a título de sanção pecuniária compulsória;

7.<sup>a</sup> — A da improcedência da acção, também por falta de outros requisitos para a verificação do enriquecimento sem causa;

8.<sup>a</sup> — A do abuso de direito;

9.<sup>a</sup> — A da nulidade do acórdão recorrido (art. 668.º, n.º 1, al. d)) pelo não conhecimento da questão da falta de subsidiariedade do meio empregue pela recorrida.

Começamos, por imperativo de ordem lógica, pelo conhecimento desta **última questão: a da nulidade do acórdão recorrido.**

Entende o ora recorrente que, tendo colocado na apelação a questão da falta de subsidiariedade da pretensão da recorrida, que tinha outros meios para reagir contra a sanção pecuniária compulsória que lhe era exigida, a Relação não decidiu a mesma, referindo apenas a natureza subsidiária da acção de enriquecimento sem causa.

Incorreu, assim, o Tribunal, a seu ver, em omissão de pronúncia, geradora de nulidade, nos termos do art. 668.º, n.º 1, al. *d*).

E, na realidade, nas conclusões da sua alegação, no recurso de apelação antes interposto (LXII a LXX), o ora recorrente suscita a questão da natureza subsidiária do enriquecimento sem causa, não podendo tal meio ser utilizado, se houver possibilidade, mesmo abstracta, do invocado direito ser exercido por outra via.

Assim, tendo a recorrida tido oportunidade de impugnar o pagamento exigido a título de sanção pecuniária compulsória, em sede de embargos, era aí que deveria ter exercido o seu arrogado direito, invocando a inexigibilidade da respectiva obrigação.

Mas, não o fez.

Não sendo possível, posteriormente, obter o resultado pretendido — devolução da quantia paga a título de sanção pecuniária compulsória — através da acção de enriquecimento sem causa.

A Relação, tratando de inúmeras questões pela então apelante suscitadas, entendeu que a autora, ora recorrida, pode deduzir contra o credor qualquer excepção modificativa, impeditiva ou até extintiva da obrigação, já que o primitivo devedor continua a ser parte na relação obrigacional de onde emerge a dívida assumida, não tendo perdido direito a eventual repetição do indevido, nos termos do art. 476.º, n.º 1 do CC<sup>(40)</sup>.

Sendo a acção proposta pela ora recorrida, aquela onde nos encontramos — tendo a mesma natureza subsidiária — o único meio de que a autora dispõe para obter a restituição daquilo que, segundo alega, indevidamente pagou.

---

(45) Outras expressões têm sido utilizadas para referenciar esta figura jurídica, tais como, a “cessão de dívida”, a “sucessão singular da dívida”, o “transporte de dívida”, crendo-se, no entanto, que o vocábulo “assunção”, derivado da terminologia germânica, além de ter consagração legal, reúne um certo consenso perante a doutrina actual — MENEZES CORDEIRO, parecer junto aos autos.

(46) Ou seja, de declaração feita por palavras ou por outro meio directo de expressão da vontade (art. 217.º).



Ora, o art. 668.º, n.º 1, al. *d*) do CPC diz-nos que a sentença<sup>(41)</sup> é nula, além do mais, quando o Juiz deixe de se pronunciar sobre questão que devesse apreciar.

Estando tal nulidade directamente relacionada com o comando do n.º 2 do art. 660.º do mesmo Código, segundo o qual o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela decisão dada a outras.

Estando o significado e alcance do termo “questões” comumente resolvido através dos ensinamentos de A. Reis<sup>(42)</sup>, ao escrever: “... assim como a acção se identifica pelos seus elementos essenciais (sujeito, pedido e causa de pedir) ... também as questões suscitadas pelas partes só podem ser devidamente individualizadas quando se souber não só quem põe a questão (sujeitos), qual o objecto dela (pedido), mas também qual o fundamento ou razão do pedido apresentado.”

Devendo distinguir-se entre questões, isto é, assuntos juridicamente relevantes, pontos essenciais de facto ou de direito em que as partes fundamentam as suas pretensões e razões ou argumentos usados para concluir sobre questões<sup>(43)</sup>, sendo certo que só a falta de apreciação das primeiras implica a nulidade ora arguida.

Ora, dúvidas parece não restarem tratar-se *in casu* de uma verdadeira questão que o recorrente suscitou — bem ou mal, não interessa agora averiguar — e que a Relação devia conhecer.

E que, embora com a discordância da recorrente, conheceu, dizendo, eventualmente de forma implícita, que o meio empregue pela ora recorrida, autora na acção em apreço, se bem que com

---

(47) MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, vol. II, pag. 49 e ss, que temos vindo a seguir de perto.

(48) A. VARELA, Das Obrigações em Geral, vol. II, pag. 333.

(49) VAZ SERRA, RLJ Ano 100.º, pag. 306.

(50) A. COSTA, Direito das Obrigações, pag. 569.

(51) MENEZES CORDEIRO, Obrigações, 2.º, pag. 113.

(52) P. LIMA e A. VARELA, CCAnotado, vol. I, pag. 612.

(53) MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pag. 115.

(54) A 1.ª instância, embora sem qualificar a conduta das partes, também não acolheu a tese da assunção de dívida por banda da V.....

natureza subsidiária, é o único que a mesma tem ao dispor para obter a restituição daquilo que, a seu ver, pagou a mais.

A questão colocada foi, assim, neste sentido resolvida.

E, se foi bem ou mal fundamentada — ou até se com ela se verificou erro de julgamento — é outra questão.

Que neste âmbito, que agora assumimos, não importa.

Prossigamos, pois, com a análise e decisão da **primeira questão** atrás elencada: **a da ilegitimidade substantiva da recorrida para discutir a relação jurídica donde emerge a dívida.**

Considera o acórdão recorrido ser indiscutível, face à matéria de facto provada<sup>(44)</sup>, ter ocorrido uma assunção de dívida entre o Banco réu e a H...../V....., com negociações efectuadas por aquela e pagamento feito por esta (entretanto adquirida pela mesma H.....).

Estando-se perante uma assunção de dívida cumulativa, não liberatória, já que provado não ficou que o Banco tivesse exonerado a primitiva devedora do pagamento, não impedindo a condição imposta (a da assunção de dívida só ter lugar se a H...../V..... adquirisse o imóvel em causa) a validade da assunção, nem desvirtuando a natureza desta.

Reportando-se a condição imposta à própria efectivação do negócio e não ao seu conteúdo.

E, continuando a primitiva devedora, ora autora/recorrida, obrigada perante o credor, ora Banco/réu/recorrente, pode deduzir contra este qualquer excepção modificativa, impeditiva ou até extintiva da obrigação, continuando aquela a ser parte na obrigação de onde emerge a dívida assumida (respeitando, *in casu*, à sanção pecuniária compulsória).

Tendo pago ou transmitido a dívida perante o Banco, nem por isso a autora perde o direito a eventual repetição do indevido (art. 476.º, n.º 1).

Assim mantendo legitimidade substantiva para discutir a relação jurídica donde emerge a dívida.

Sustenta o recorrente, não discordando da adopção da figura da assunção da dívida, mesmo condicional (nada impedindo o

---

(55) No citado parecer (pag. 25).

novo devedor de apenas assumir a dívida dentro de algumas condições que estabeleça, *in casu*, a da aquisição do imóvel), que aceitou, desde que “aos valores das obrigações já exigidas no processo executivo e que estivessem vencidas, fossem, desde logo, liquidadas aquando da aquisição do imóvel e que a H..... (que mais tarde adquiriu a V.....) se compromettesse também a pagar as quantias respeitantes às garantias bancárias prestadas a favor da CM de Loures, decorrer da matéria de facto que a dita empresa que adquiriu o imóvel liberou a recorrida (facto 40), que ficou exonerada, quer no tocante aos créditos vencidos, com o pagamento, quer no tocante aos créditos vincendos, com a substituição das garantias bancárias.

Carecendo, por isso, o primitivo devedor de legitimidade para discutir a relação de onde emerge a dívida.

Só cabendo tal legitimidade, para discutir a eventual existência, validade ou exigibilidade destas obrigações, ou impugnar o pagamento através do instituto do enriquecimento sem causa, à V..... (na sequência do acordo atrás aludido).

Podendo apenas o novo devedor, que quis assumir uma dívida própria, respondendo por obrigação nova e própria, exigir a repetição do indevido.

O mesmo se passando, caso se considere que não existiu assunção de dívida, mas apenas o pagamento de prestações exequendas por terceiro, com evidente interesse no cumprimento (art. 767.º), pois só através deste a empresa poderia desonerar o imóvel dos ónus e encargos que sobre ele incidiam.

Pelo que também por esta via, só a V....., ao efectuar o pagamento, teria legitimidade para accionar os mecanismos do enriquecimento sem causa.

Sendo certo que a respectiva repetição apenas pelo subrogado pode ser exigida, já que foi ele que efectuou o pagamento.

Resultando, de qualquer modo, diz ainda, inequívoco, que o recorrente aceitou e ratificou a assunção da dívida acordada entre

---

<sup>(56)</sup> Ob. cit., pag. 323.

<sup>(57)</sup> A. COSTA, ob. cit., pag. 567, nota (1).

adquirente e recorrida, pelo que só aquela, por ter cumprido obrigação própria, se pode considerar empobrecida.

Ora, o nosso Código Civil prevê nos arts 595.º e ss a transmissão a título singular de dívidas, através da denominada figura de “assunção de dívida<sup>(45)</sup>”, que consiste na transmissão singular de uma dívida através de negócio jurídico celebrado com terceiro.

Podendo o mesmo, nos termos do citado art. 595.º, verificar-se (*i*) por contrato entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor (assunção interna), ou (*ii*) por contrato entre o novo devedor e o credor, com ou sem o consentimento do antigo devedor (assunção externa).

Tendo de haver sempre um contrato de assunção, pelo qual uma pessoa (o assuntor) se passa a considerar devedora de outra, por adopção de uma dívida pré-existente.

Sendo certo que, em qualquer dos casos, a transmissão da dívida só exonera o antigo devedor, havendo declaração expressa do credor e que, de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado (citado art. 595.º, n.º 2).

Assim se distinguindo, consoante o antigo devedor seja ou não exonerado pelo credor, entre (*i*) assunção cumulativa da dívida (o antigo devedor não é liberado da sua obrigação, mantendo-se solidariamente obrigado perante o credor) e (*ii*) assunção liberatória da dívida (em que se verifica a extinção da obrigação do antigo devedor, ficando exclusivamente obrigado o novo devedor).

Dependendo apenas a diferença entre estas duas situações da declaração de exoneração do primitivo obrigado, que compete, através de declaração expressa<sup>(46)</sup>, ao credor.

Surgindo como um dos requisitos essenciais para a assunção de dívida, a existência e validade do contrato de transmissão, exigindo a lei que esta decorra de um contrato transmissivo da obrigação que exista (e que o mesmo não seja nulo nem anulado).

Sendo certo que, tanto na assunção interna como na externa, há uma proposta ao credor que, na primeira ocorre por parte do antigo e do novo devedor em conjunto, e na segunda, apenas por parte do novo devedor<sup>(47)</sup>. Sendo requisito específico da validade da assunção o consentimento do credor<sup>(48)</sup>

Podendo dizer-se que na co-assunção de dívida — adesão à dívida ou assunção cumulativa — não há transmissão da dívida, apenas se juntando um novo devedor ao antigo<sup>(49)</sup>.

Podendo o credor exigir o inteiro cumprimento da obrigação, quer do primitivo, quer do novo devedor<sup>(50)</sup>.

Tendo que existir uma declaração expressa por parte do credor para que o antigo devedor se libere do seu débito<sup>(51)</sup>.

Tendo de haver, de qualquer modo, a anuência do credor, na assunção cumulativa de dívida, embora esta, em princípio, constitua para ele um benefício. Assim o impõe o chamado princípio do contrato, pois a ninguém pode ser imposto um benefício contra a sua vontade<sup>(52)</sup>.

Sendo a assunção de dívida um acto abstracto, uma vez que subsiste independentemente da existência ou validade da sua fonte “causa”<sup>(53)</sup>.

Expostos estes breves princípios sobre a assunção de dívidas, não temos como indiscutível, ao invés do que entendeu a Relação/recorrida, que se esteja perante uma assunção de dívida por banda da H...../V....., já que esta, tal como também sustenta o Prof. Menezes Cordeiro, no seu parecer<sup>(54)</sup> — o qual, nessa parte, se acolhe, por ele se concordar -nenhum contrato deste tipo terá celebrado, sucedendo apenas que, tendo comprado os

---

(58) O correspondente valor em dinheiro, devido pela venda que efectuou, como já dito, ao invés de entrar na sua esfera patrimonial, como era seu direito, entrou na do credor. Ficando, assim, liberta da dívida (exequenda). A V....., ao invés de pagar essa parte do preço à autora/vendedora, pela compra que a ela efectuou, por acordo entre todos, entregou-a ao credor (assim obtendo, de forma segura, a libertação dos ónus que sobre o prédio adquirido pendiam). Aqui residindo, naturalmente, o seu interesse na operação acordada, já que nada devia ao Banco. Não se vendo, salvo o devido respeito por opinião contrária, como é que um eventual ganho de causa nesta demanda, por banda da autora pode traduzir um dano para a V...../H..... Esta terá pago o que se comprometeu a pagar, fazendo a quantia entregue ao banco parte do preço ajustado para a compra e venda. Para ela, seria indiferente entregar tal quantia à vendedora ou ao credor desta. Tudo levando a crer que só o efectuou a este, por acordo entre todos, para se certificar que os ónus eram libertados.

(59) O PROF. MENEZES CORDEIRO, no seu parecer, também entende que quem cumpriu foi a devedora, ora autora.

(60) Tal como o Prof. MENEZES CORDEIRO, no seu parecer.

(61) Mas será que se deverá sustentar que o mandatário agiu em nome próprio, embora por conta do mandante? Ou será que recebeu deste poderes para agir em nome do mesmo?

lotes à A./recorrida, por € 52 000 000,00, foi por ambas estipulado (pois a compradora queria os ditos lotes desonerados das hipotecas que sobre o prédio pendiam) que o montante de € 42 255 096,00 seria pago à vendedora através de cheque bancário visado, mediante entrega de documento de distrate de todas a referidas hipotecas, sendo esta mesma quantia, por acordo das partes, e através do aludido cheque, directamente entregue pela compradora ao Banco, ora recorrente, em liquidação integral da dívida da vendedora.

Tudo isto não obstante a H....., que viria a adquirir a V....., ter dito que, caso adquirisse o imóvel, no âmbito de acordo que iria efectuar, liquidaria a dívida da autora junto do Banco logo que procedesse à aquisição.

Ou mais concretamente, como vimos antes, entregando o cheque no aludido montante de € 42 255 096,00, por acordo com a vendedora, directamente ao Banco, em liquidação integral da dívida da autora ao mesmo.

Não querendo assumir nenhuma dívida da autora, mas apenas pagar a mesma, em vez desta — a quem, não o esqueçamos, tal verba pertencia por efeito da venda efectuada. Fazendo, naturalmente, parte do preço devido.

Tendo tido o propósito, bem compreensível, de se extinguir a dívida e com tal facto, os ónus que impendiam sobre o prédio que se pretendia vender e comprar.

Ficando assim a compradora segura, com a entrega directa do cheque ao Banco, a quem nada devia, comportando valor que à vendedora pertencia, por fazer parte do preço combinado, que os distrates dos ónus eram efectuados.

Sendo isto que resulta da compreensão da matéria de facto a respeito apurada, que este Supremo Tribunal de Justiça, como tribunal de revista tem, fora excepções que aqui não importam, de aceitar (art. 729.º, n.ºs 1 e 2 do CPC).

Sendo certo que, parafraseando o Prof. Menezes Cordeiro<sup>(55)</sup>, em nenhum momento a compradora aceitou dever

---

<sup>(62)</sup> Neste mesmo sentido, ac. do STJ de 27/5/80 (OLIVEIRA CARVALHO), Bol. 297, pag. 326.

dinheiro ao Banco, como também, em nenhum momento, a vendedora, antes do pagamento efectuado, deixou de dever dinheiro ao Banco.

O que aquela fez foi, na sequência do acordado, pagar ao Banco a quantia que sabiam ser devida, em vez de, como seria normal — não fora a hipótese dos autos — a entregar directamente à vendedora, dona do prédio que foi por esta vendido e por aquela comprado.

De nada importando a H..... ter afirmado (a quem?) que seria ela quem assumiria a dívida junto do Banco caso adquirisse o imóvel, liquidando-a logo que adquirisse o prédio.

Não resultando, assim, dos autos qualquer contrato de assunção, pelo qual uma pessoa (o assuntor, seja a compradora dos lotes) se passou a considerar devedora do Banco, por adopção de uma dívida pré-existente, seja a dívida da autora/vendedora para com este.

Quem cumpriu, afinal — ficando despojada dessa correspondente parte do preço devido pela compra e venda — foi a autora, ora recorrida, tendo a V...../H..... se limitado a entregar o cheque ao Banco réu/recorrente da quantia que por aquela lhe era devida.

Conduta esta que o banco aceitou.

Assim, o que parece ter havido foi uma assunção de cumprimento, ou promessa de liberação, por banda da dita H...../V.....

Estando-se perante tal figura sempre que uma pessoa (promitente) se obriga perante o devedor a desonerá-lo da obrigação, cumprindo em lugar dele, efectuando, em vez dele, a prestação ao credor (cf.art. 444.º, n.º 3).

Tal como no exemplo dado por A. Varela<sup>(56)</sup>: “(...) uma sociedade portuguesa (A) que compra certa mercadoria a uma firma estrangeira (B) e lhe promete, por conta do preço, pagar o frete que esta última deve à sociedade transportadora da mercadoria”.

Produzindo, em princípio, tal acordo apenas efeitos entre o devedor e o terceiro (seja, entre a autora e a H...../V.....), não ficando este devedor do credor, mas tão-só obrigado para com o devedor a pagar a dívida deste<sup>(57)</sup>.

Mas, repete-se, o valor correspondente à parte do preço que foi entregue ao Banco credor, pertencendo à vendedora, ora autora/ recorrida (arts 874.º e 879.º, al. c)), que do mesmo, como contrapartida (também) da venda realizada, era legítima titular.

E, assim, nada a impede, se os respectivos pressupostos estiverem preenchidos, já que a única prejudicada terá sido com o pagamento de dívida que alega não existir, de pedir a repetição do indevido.

Sendo apenas ela, que não a compradora H...../V....., quem tem interesse em tal repetição, já que a esta terá sido indiferente pagar o preço ajustado à vendedora ou ao credor.

Fazendo-o a mesma por acordo entre ambas — compradora e vendedora — pelo que, em princípio, nenhuma responsabilidade lhe poderá ser pela autora assacada no alegado pagamento indevido.

Sendo esta autora quem terá ficado desfalcada da parte do preço afectado ao alegadamente indevido pagamento da questionada parte da dívida (respeitante à alegadamente inexistente sanção pecuniária compulsória).

E, assim, a única dos intervenientes no negócio, que, a ser exacta a não dívida do pela autora cobrada a título daquela sanção, a ter ficado, com o mencionado acordo tripartido, prejudicada.

Tendo, em consequência, legitimidade substantiva para os termos da acção.

Assim sucedendo, mesmo que se entenda, tal como sucede no acórdão recorrido, estarmos perante uma assunção cumulativa de dívida entre o Banco e a H...../V....., não tendo aquele exonerado a primitiva devedora, ora autora/recorrida.

---

(63) MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, T. III, pag. 193.

(64) E não falamos, por ora não importar, no prazo de prescrição ordinária de 20 anos, a contar do enriquecimento (parte final do citado art. 482.º).

(65) MENEZES LEITÃO, ob. cit., vol. I, pag. 454.

(66) Ac. do STJ de 28/3/95 (FARIA DE SOUSA), Bol. 445., pag. 514.

(67) GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, pag. 207.

(68) MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, 2.º vol., pag. 65.



Sendo certo, como trás a florado, que, só nos casos em que o credor exonerar o devedor primitivo, ou seja, nos casos de uma assunção liberatória da dívida, é que se produz uma autêntica transmissão do débito.

E que, operando-se uma simples adesão ou adjunção à dívida, o terceiro limita-se a assumir a obrigação do devedor, ao lado deste, como própria.

Podendo o credor, então, exigir, indiferentemente, o cumprimento da obrigação ao primitivo devedor ou ao novo devedor.

Podendo aquele que de facto pagou — e *in casu* foi a ora autora que afinal efectuou o pagamento<sup>(58/59)</sup> embora por intermédio da H...../V..... — se for caso disso pedir a repetição do indevido.

O mesmo acontecendo se se entender<sup>(60)</sup>, sem ser necessário entrar nesta problemática, que se está perante um caso de mandato sem representação (arts 1180.º e ss): o mandatário (V...../H.....) executou um acto jurídico (a entrega do cheque com o pagamento) por conta da devedora/vendedora<sup>(61)</sup>.

Tendo tal mandatária, em relação ao mandante, cumprido o acordo que com o mesmo efectuou.

E, se pagou a mais, pagando ao credor o que deveria antes ter entregue à devedora/vendedora, tal terá resultado do próprio acordo celebrado.

Nem tendo, ela própria, qualquer interesse em pedir a repetição do indevido.

Cabendo tal direito, se caso disso for, à ora autora.

### **Passemos à segunda questão: a da não invalidação do acto de cumprimento.**

Sustenta a recorrente que mesmo que se entenda que apenas houve um mandato para cumprimento, tendo a vendedora/autora actuado sob mandato da compradora/recorrida, cumpriu a obrigação do pagamento do preço da aquisição e cumpriu a obrigação do pagamento da dívida ao recorrente.

Sendo válido o acto jurídico do cumprimento, dirigido à extinção da obrigação, a verdade é que, diz ainda, a recorrida não

alegou nem provou factos que permitissem a declaração de nulidade ou de anulação do mesmo.

E, assim, mantendo-se a sua validade, não pode ser posto em causa, nenhuma restituição podendo, pois, ser exigida.

Ora, dúvidas não restam que a conduta das partes visou, além do mais, no que ora importa, a realização da prestação a que a autora estava vinculada para com o Banco/credor. Assim, cumprindo o devedor a respectiva obrigação (art. 762.º, n.º 1).

Não tendo sido requerida pela autora nem a nulidade, nem a anulação do acto de cumprimento.

Mas apenas a restituição à mesma, por banda do réu, da quantia paga a mais, pela razão da dívida cobrada, a título de sanção pecuniária compulsória que não seria alegadamente devida.

O que, no entender da autora, e no respeitante ao respectivo montante, terá gerado uma situação de enriquecimento sem causa, por banda do credor.

E tal pedido está conforme à lei, já que o enriquecimento sem causa, como forma de evitar o empobrecimento de uma pessoa em função do enriquecimento do património da outra, não é susceptível de produzir a nulidade (nem a anulação) de qualquer negócio jurídico.

Não sendo lícito, com base no enriquecimento indevido, decretar-se a nulidade do negócio válido.

Não tendo, assim, mesmo no caso da procedência da acção, que ser invalidado o acto de cumprimento<sup>(62)</sup>.

### **A terceira questão: a da prescrição do direito à restituição por enriquecimento.**

Diz o recorrente que o alegado direito à restituição prescreveu, tendo a recorrida/autora tido conhecimento, em 21/10/2002, através da citação para a execução, que embargou, que lhe era pedida a quantia correspondente à sanção pecuniária compulsória.

Conhecendo desde então os elementos constitutivos do seu direito (art. 482.º).

---

(69) GALVÃO TELLES, ob. cit., pag. 203 e ac. do STJ de 4/10/2007 (SANTOS BERNARDINO), P.º 07B2721, in <www.dgsi.pt>, onde se encontrarão os demais citados sem outra menção.

Não relevando o facto de o pagamento do valor ter sido feito em data posterior.

Tendo o enriquecimento e o correlativo empobrecimento ocorrido logo que foi instaurada a execução, por força do crédito exigido, uma vez que o património da recorrida, sociedade comercial, ficou desde logo onerada com tal dívida, que constituía um passivo.

Tendo-se então — desde a aludida citação — verificado a eventual deslocação patrimonial, tendo a recorrida ficado ciente de tal enriquecimento.

Assim, tendo o recorrente sido citado para esta acção em 24/1/2007, prescreveu o arrogado direito da autora.

Entendeu a Relação, não obstante dar como assente que a autora tinha a obrigação de saber que havia sido requerido pelo Banco uma quantia a título de sanção pecuniária compulsória, na data da aludida citação para a execução, que tal não significa que o prazo de prescrição se conte desde a data em que teve esse conhecimento.

Tendo o acto que desencadeou o alegado enriquecimento (ou o correspondente empobrecimento da autora) se dado com a venda do imóvel e com a entrega feita pela V..... do preço acordado ao Banco réu, em 9/3/2005, para pagamento da totalidade da dívida.

Sendo certo, dizem ainda os senhores Desembargadores, que a acção de restituição só pode ter lugar, como forma residual de

---

(70) Em Portugal, sob a influência da doutrina e da jurisprudência francesa também se chama assim à acção de locupletamento — MOITINHO DE ALMEIDA, Enriquecimento Sem Causa, pag. 41.

(71) PEREIRA COELHO, RDES, XVII, n.ºs 2, 3 e 4, pag. 354.

(72) LEITE DE CAMPOS, A Subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento, pags. 326 e 327.

(73) Não sendo aqui caso de se aceitar ou não aceitar, entendendo-se a referida subsidiariedade em termos hábeis, no confronto do citado art. 474.º com o art. 498.º, n.º 4, a utilização da acção de enriquecimento sem causa mesmo no caso de não se ter usado, na altura própria, por negligência ou outro motivo, a possível acção de anulação do acto. Estando, agora, o empobrecido impedido de o fazer — cf., a respeito, Ac. do STJ de 13/1/77 (COSTA SOARES), Bol. 263, pags. 240 e 241, com menção de doutrina nacional a propósito.

defesa do direito, após ocorrer a transferência patrimonial que determina o enriquecimento e o empobrecimento

Tendo a acção dado entrada em Juízo em 16/1/2007, com citação do réu em 25/1/2007, ainda não prescreveu o arrogado direito da autora.

Ora bem:

Diz-se que há prescrição — remontando este instituto ao Direito romano — quando alguém se pode opor ao exercício de um direito pelo simples facto deste não ter sido exercido durante determinado prazo fixado na lei<sup>(63)</sup>.

Consistindo, assim, a prescrição do direito ora em análise, especificamente prevista na lei, na extinção do mesmo pelo seu não exercício durante determinado lapso de tempo.

Ora o direito à restituição por enriquecimento prescreve, no que ora pode importar, no prazo de três anos a contar da data em que o credor teve conhecimento do direito que lhe compete — art. 482.º.

Estando, pois, a obrigação de restituição em causa, tal como sucede na obrigação de indemnização na responsabilidade civil delitual, sujeita a um prazo curto de prescrição<sup>(64)</sup>.

Competindo a quem invoca a ora questionada excepção provar o decurso do respectivo prazo (art. 342.º, n.º 2).

Exigindo-se, na restituição por enriquecimento sem causa, quanto à eficácia da prescrição, o decurso do prazo de três anos a contar do momento em que o empobrecido tem conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável, ou seja, sabe que ocorreu um enriquecimento à sua custa e quem se encontra enriquecido<sup>(65)</sup>.

Começando, quanto ao direito em análise, o prazo de prescrição a correr logo que se verifiquem, cumulativamente os seguintes requisitos: (i) ter o credor (empobrecido) conhecimento do seu direito, objectivamente considerado, isto é, conhecimento dos res-

---

(74) O cumprimento está sujeito, em princípio, às causas de nulidade e de anulabilidade próprias dos negócios jurídicos — A. VARELA, *Direito das Obrigações*, vol. II, pag. 23.

(75) MENEZES CORDEIRO, *Obrigações*, 2.º vol. P. 67.

pectivos factos constitutivos<sup>(66)</sup> e, (ii) ter conhecimento da pessoa do responsável, do obrigado (do enriquecido)<sup>(67)</sup>.

Reportando-se o legislador, no citado art. 482.º, quando fala em “conhecimento do direito” ao conhecimento dos seus elementos constitutivos; conhecimento fáctico e não conhecimento jurídico<sup>(68)</sup>.

Sendo elementos constitutivos do enriquecimento sem causa, o enriquecimento, o empobrecimento, o nexos causal entre um e outro e a falta de causa justificativa da deslocação patrimonial verificada.

Ora, tem de se concluir, tal como fez a Relação, que a autora teve conhecimento destes elementos, que, a verificarem-se podem sustentar a restituição pretendida, em 9 de Março de 2005, quando, tendo-se operado a compra e venda entre ela e a V....., esta entregou ao réu Banco/credor, directamente, o cheque, no montante de € 42 255 096,00, para pagamento integral da dívida exequenda, a qual, na realidade, compreendia também os valores da sanção pecuniária compulsória.

Só então se tendo podido verificar o empobrecimento da autora, o enriquecimento da ré em igual montante, o nexos causal entre um e outro e a falta de causa para a deslocação patrimonial que só nesse momento se operou.

Tendo, assim, e então, nessa referida data a autora conhecimento dos fundamentos para exercer o seu direito.

Não obstante saber que a autora lhe exigia tal montante ao propor a execução, também para pagamento coercitivo do montante respeitante à sanção pecuniária compulsória.

Não se verificando, contudo, à data da execução, nem o enriquecimento do réu/credor, nem o empobrecimento da autora/devedora, nem os restantes elementos constitutivos do ora arrogado direito desta.

Tendo em conta, desde logo, a data da citação do réu, em 25/1/2007, fácil é ver que a prescrição se não verificou (art. 323.º, n.º 1).

---

<sup>(76)</sup> A. VARELA, Direito das Obrigações, vol. I, pag. 496.

<sup>(77)</sup> Idem, vol. II, pag. 25.

Tendo, assim, a autora a faculdade de interpor a acção aqui em curso e de nela demandar o réu para exercitar o seu arrogado direito.

**A quarta questão: a da falta de subsidiariedade da pretensão da recorrida (que tinha outros meios para reagir contra a sanção pecuniária compulsória que lhe era exigida).**

Invoca, agora, o recorrente, de forma expressa, que não haverá lugar à pretendida restituição por enriquecimento, pelo facto de a arrogada empobrecida ter tido a faculdade de ter usado outro meio para satisfação do seu direito.

Bastando-se a exclusão da acção por enriquecimento com a possibilidade abstracta do direito invocado poder ter sido exercido por outra via.

Podendo o instituto em causa, face à natureza subsidiária da obrigação (art. 474.º), ser apenas utilizado quando não exista ou não existisse outro meio adequado à salvaguarda do direito que, através dele, se pretende exercer.

Sendo certo que a autora, já no âmbito da falada execução, teve conhecimento de que lhe eram exigidos valores a título de sanção pecuniária compulsória.

Conhecendo, assim, a obrigação que lhe era exigida.

Devendo, na dita execução, ter-se oposto à obrigação que lhe era exigida, por via da inexigibilidade da mesma. O que não fez.

Devendo a questão ter ficado resolvida no âmbito da responsabilidade civil contratual decorrente dos contratos de mútuo e dos efeitos ou indemnizações decorrentes dessa responsabilidade. Sendo aí, nessa sede, que seria permitido à recorrida defender a inexigibilidade do valor cobrado a título de sanção pecuniária compulsória.

Bem podendo também a recorrida, se caso disso fosse, ter pedido a anulação do cumprimento por erro ou ter pedido a rectificação do preço do imóvel.

Estamos, agora, perante a questão da natureza subsidiária da obrigação de restituir o enriquecimento.

Preceitua, a propósito, o art. 474.º:

“Não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou resti-

tuído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento”.

O que quer dizer que, se alguém obtém um enriquecimento à custa de outrem, sem causa, mas a lei faculta ao empobrecido um meio específico de desfazer a deslocação patrimonial, será esse o meio a que ele deverá recorrer, não se aplicando as normas dos arts. 473.º e ss<sup>(69)</sup>.

A acção de *in rem verso*<sup>(70)</sup>, cuja causa de pedir é o locupletamento do réu à custa da autora, baseada nas regras do enriquecimento sem causa, tem, pois, nos termos do citado art. 474.º, natureza subsidiária, ou seja, só é admitida quando a lei não faculte ao empobrecido outro meio de reagir contra o enriquecimento para desfazer a deslocação patrimonial, e isto não só quando a via do direito comum se lhe fechou por via de um obstáculo legal, mas também quando a acção de direito comum é inoperante em virtude de um obstáculo de facto<sup>(71)</sup>.

Assim, quando a situação de facto preenche os pressupostos do enriquecimento sem causa e de outro instituto, havendo um concurso de normas, a subsidiariedade prevenida no citado art. 474.º, impede o empobrecido de escolher uma delas, ficando excluído o recurso ao enriquecimento sem causa.

Sendo este, ao invés, livremente exercitável, quando se verifique uma situação de facto não regulada por qualquer norma específica e que integre os pressupostos do enriquecimento sem causa<sup>(72)</sup>.

Mas, será que a ora autora não teve (ou não tem) qualquer outro meio para, a ser caso disso, satisfazer a sua pretensão de restituição do indevido, que não seja o uso da acção em apreço<sup>(73)</sup>.

Ora, a autora teve conhecimento do pedido respeitante à sanção pecuniária compulsória, integrando a quantia exequenda, ao ser citada para a execução, podendo, assim, por embargos de executado, requerer a inexigibilidade de tal pedido.

Mas, por razões que se ignoram, não o fez.

Tendo deduzido embargos onde apenas, além do mais que ora não interessa, alegou o abuso de direito do embargado/exequente na instauração da execução. Sem ter arvorado a sanção pecuniária compulsória e os efeitos dela advenientes também como causa de

pedir da dita oposição. Tendo tais embargos, por sentença transitada em julgado, sido julgados improcedentes.

E, se é verdade, como atrás dissemos, na decisão do recurso de agravo sobre a exceção do caso julgado, que tal sentença proferida sobre uma decisão de mérito, forma caso julgado material, sem prejuízo de, quando a mesma for de improcedência, os seus efeitos se circunscreverem, nos termos gerais, pela causa de pedir invocada (negação de um fundamento da pretensão executiva ou uma exceção peremptória conta ela), o certo é que, caso o pedido da questionada sanção pecuniária compulsória seja também admissível, de *per si*, na acção executiva — o que mais adiante iremos ver — tinha então a ora autora um meio ao seu alcance — a dedução dos ditos embargos de executado — para sustentar e pedir a inexigibilidade do correspondente pagamento coercivo.

Não o tendo feito, e se a sanção pecuniária puder ser reclamada na acção executiva, atendo o carácter subsidiário da acção em causa, já não mais o poderá fazer.

Não havendo, em princípio, ofensa da natureza subsidiária da acção por enriquecimento, caso devesse (e pudesse) ter, na altura devida (art. 287.º, n.º 1), pedido a anulação do cumprimento indevido por erro<sup>(74)</sup>.

Pois que, e desde logo, o direito a tal acção já há muito caducou.

Sendo certo que o cumprimento de uma obrigação inexistente pode conferir ao seu autor o direito à repetição (de reaver aquilo que indevidamente prestou), bastando que não haja obrigação natural no momento da prestação. Exigindo-se a intenção de cumprir a obrigação inexistente, não se requerendo a ignorância da inexistência de tal obrigação (art. 476.º, n.º 1)<sup>(75)</sup>.

Não se exigindo, para a repetição do indevido prevenida no ora citado preceito legal, o erro do *solvens* no acto do cumprimento como determinante do pagamento. Desde que a prestação tenha

---

(78) LEBRE DE FREITAS, A Confissão no Direito Probatório, pags. 160 e 187) e Ac. de 7/1/2010 (Custódio Montes), P.º 5298/06. 1TVPR:PI.S1.

(79) Ac. do STJ de 23/2/10 (ALVES VELHO), P. 566/06.1TVPR:PI.S1.

(80) A confissão e admissão de factos por acordo são dois meios distintos de prova.



sido efectuada com intenção de cumprir (o que não existe) e não com o intuito de fazer uma liberalidade ao *accipiens*(<sup>76</sup>).

Se o cumprimento tiver sido efectuado para solver uma dívida que se apura não existir, o *solvens* terá, pois, direito à repetição do indevido, nos termos do citado art. 476.º, n.º 1, independentemente da existência de qualquer erro de quem pagou ou de dolo de quem recebeu a prestação(<sup>77</sup>).

Nenhuma razão havendo, não se vislumbrando nisso qualquer interesse da autora, para pedir a anulação da compra e venda por erro, negócio esse firmado entre ela e a V..... Não sendo sequer o Banco/réu parte nessa transacção.

Com efeito, anulada tal compra e venda, deveria, em princípio, ser restituído tudo aquilo que houvesse sido prestado (art. 289.º, n.º 1).

Regressando os lotes de terreno à titularidade da autora, devolvendo esta o preço recebido, incluída a parte do mesmo que, para liquidação da quantia exequenda, foi, na ocasião directamente entregue ao Banco.

Não fazendo, pois, sentido tal anulação.

E, dir-se-á, ainda, como obrigar o Banco, que não foi parte no negócio eventualmente anulado, a repor o dinheiro recebido, caso o mesmo se destinasse, mesmo que parcialmente, à liquidação de uma dívida já vencida?

E, muito menos, sentido faz solicitar a rectificação do preço, que entre compradora e vendedor terá sido natural e por certo livremente ajustado, com certeza correspondente ao valor dos lotes livres de ónus e encargos. Já que a única *nuance* que envolveu o negócio, foi que a parte do preço correspondente à dívida exequenda (incluindo a parte respeitante à sanção pecuniária compulsória que posteriormente a autora julgou indevida), pertencente

---

(<sup>81</sup>) LEBRE DE FREITAS, A Acção Executiva, pags. 163 a 165.

(<sup>82</sup>) A exigência de inequivocidade da declaração confessória é facilmente explicável em face da força probatória de que goza a confissão (rainha das provas) e das cautelas especiais de que ela, por isso mesmo, necessita de ser rodeada — P. LIMA e A. VARELA, CC Anotado, vol. I, pag. 317.

(<sup>83</sup>) Ac. do STJ de 23/9/2004, P.º 05A511 e art. 355.º, n.º 3.

(<sup>84</sup>) CC Anotado, Vol. I, pag. 316.

também ao valor do prédio transaccionado, seria, por acordo entre todos, entregue directamente pela V..... ao Banco. De nada relevando o facto da entrega do valor correspondente à dívida ter sido feita pela compradora, ao invés de o ser pela vendedora. Pois o montante do preço do terreno, liberados que fossem os respectivos ónus, a esta, de facto, e por efeito do dito negócio, pertencia (arts. 874.º e 879.º, al. c).

Avancemos, pois, com a **quinta questão**, atinente à **confissão da dívida por parte da recorrida nos autos de execução**.

Sustenta o recorrente que ao invocar o abuso de direito nos embargos de executado contra ele movidos, confessou a autora o direito deste às obrigações que pelo mesmo lhe eram exigidas, já que, para que se verifique o dito abuso, necessário é que o direito exista (art. 334.º).

Tendo a mesma autora, no articulado da sua petição de embargos, reconhecido o exacto montante peticionado, não tendo sido aceites os artigos onde tratava da dita sanção pecuniária compulsória, juros e imposto de selo, por falta de alegação factual.

Equivalendo à admissão dos factos articulados na petição da execução a não impugnação dos mesmos na oposição deduzida.

Tendo, ainda, a autora confessado os montantes que na execução lhe eram exigidos quando o ora recorrente, no requerimento destinado a pôr fim à execução, diz “tendo reconhecido o valor que lhe é devido e que deu origem à execução e à reclamação de créditos antes apresentadas, acaba de receber deles (dos executados), desse valor, aquele que se encontra vencido, tendo tal requerimento sido pela executada sociedade (pelo seu legal representante) assinado, na sequência do escrito “por ser verdade o que antecede”.

A recorrida confessou, pois, de forma inequívoca, os valores devidos ao exequente, entre os quais se encontram os atinentes à referida sanção pecuniária compulsória.

---

(85) Ac. do STJ de 12/1/2006 (ALBERTO SOBRINHO), P.º 06B2587.

(86) GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, pags. 205/206.

Tal confissão de dívida tem plena eficácia extrajudicial (art. 358.º, n.º 1), fazendo prova plena dos montantes devidos, nos exactos montantes exigidos.

Ao mesmo resultado se chegando caso se considere que a declaração prestada pela recorrida no requerimento que apresentou, consubstanciando o reconhecimento de um direito de crédito, não tendo eficácia de confissão em sentido probatório, está sujeita às regras próprias dos negócios jurídicos, tem verdadeira eficácia contratual enquanto fonte de obrigações. Não podendo as declarações negociais (cf., ainda, doc. n.º 8 junto com a contestação), devidamente expressas e aceites, ser objecto de revogação.

Assim, seja por via da confissão, seja por consequência do negócio celebrado, existe causa para o recebimento por banda da recorrente de todo o valor que lhe foi prestado.

Vejamos, desde já se dizendo que a questão não tem aqui o pretendido relevo.

É verdade que a confissão — e estamos no domínio da confissão como meio de prova que terá tido lugar no falado processo de execução — é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária (art. 352.º); podendo ser judicial ou extrajudicial.

Sendo judicial a feita em juízo, competente ou não, mesmo quando arbitral, e ainda que o processo seja de jurisdição voluntária, e extrajudicial a feita por algum modo diferente da confissão judicial (art. 355.º).

Podendo esta ser espontânea, se feita nos articulados, segundo as prescrições da lei processual, ou em qualquer outro acto do processo, firmado pela parte pessoalmente ou por procurador especialmente autorizado, ou ser provocada, sendo então feita em depoimento de parte ou em prestações de informações ou esclarecimentos ao tribunal (art. 356.º, n.ºs 1 e 2).

Nos termos do artigo 358.º, a confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente (n.º 1), e a confissão extrajudicial, em documento autêntico ou particular, considera-se provada nos termos aplicáveis a estes documentos e, se for feita à

---

(87) Cf. requerimento executivo (cópia), junto pela autora a fls 10 e ss.

parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena (n.º 2), sendo certo que a confissão judicial que não seja escrita e a confissão extrajudicial feita a terceiro são apreciadas livremente pelo tribunal (n.º 4).

Sendo, pois, a confissão o reconhecimento da realidade de um facto, uma declaração de ciência de afirmação de uma realidade representada pelo declarante como uma declaração de verdade, assentando a força probatória plena (art. 358.º-2) na “regra da experiência segundo a qual ninguém afirma — dirigindo-se à parte contrária — um facto contrário ao seu interesse se ele não for verdadeiro” art. 352.º C. Civil)<sup>(78)</sup>

Devendo a declaração confessória ser inequívoca (art. 357.º, n.º 1).

Existindo uma diferença entre a confissão e a admissão ou mera declaração de um facto (ou situação factual); esta última queda-se no adiantamento de uma proposição ou juízo cuja veracidade se não confirma; aquela, traduz a afirmação de um facto (ou situação factual) como verdadeiro<sup>(79/80)</sup>.

Com efeito, consistindo a confissão no reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favo-

(88) Esta figura das *astreintes* surgiu, no Direito francês, por via jurisprudencial, em 1834: a pretexto de perdas e danos condenava-se o devedor numa “pena” diária ou mensal até que cumprisse a obrigação, “pena” essa que redundava num pagamento em dinheiro — MENEZES CORDEIRO, parecer junto a fls. 2510. Cf., ainda, citado Professor, *in* ROA, Ano 58, Dezembro de 1998, pag. 1225, que também nos dá conta que o sistema das *astreintes* foi, em particular, divulgado entre nós por VAZ SERRA.

(89) Sem menosprezar alguns contributos de outras ordens jurídicas — preâmbulo do DL 262/83, de 16 de Junho.

(90) Tratou-se de um diploma que visou atenuar alguns aspectos de desactualização do Código Civil, sobretudo por efeito da inflação verificada a partir da década de setenta do século passado, mormente após a Revolução de 25 de Abril de 1974. Tal desactualização levava a que, nesses anos, os devedores tivessem vantagens económicas se não cumprissem as obrigações a que estavam vinculados, atendendo à pouco elevada taxa supletiva de juros legais (5%). Sustentando já, no início dos anos 80, o PROF. RUI ALARCÃO, para além de outras modificações que se prevêm no sector das obrigações, que “entre as áreas do direito das obrigações que uma futura reforma do direito civil não poderá deixar de tocar” se encontrava a “dos meios pecuniários compulsórios indirectos ou meios de coerção (*astreintes*) em ordem a uma mais rápida e eficaz execução do direito declarado” — parecer do Dr. Armindo Ribeiro Mendes junto aos autos, de fls. 664 e ss. Tendo sido a consagração legislativa da sanção pecuniária compulsória precedida de um estudo dos PROFESSORES MOTA PINTO e CALVÃO DA SILVA.

(91) CALVÃO DA SILVA, RLJ Ano 134, pag. 49.

rece a parte contrária, coisa diferente é o que resulta do art. 490.º, n.º 1 do CPC, quanto aos factos que pura e simplesmente não forem impugnados. Considerando-se os mesmos, no processo declarativo, admitidos por acordo.

Contudo, e sendo certo que a propositura dos embargos de executado constitui uma petição de acção declarativa e não uma contestação, a mesma (a propositura) não representa a observância de qualquer dos ónus cominatórios (ónus da contestação, ónus da impugnação especificada) a cargo do réu na acção declarativa: nem a omissão de embargar produz a situação de revelia, nem a omissão de impugnação de um facto constitutivo da causa de pedir da execução produz qualquer efeito probatório, não fazendo sentido falar, a propósito, de prova de factos alegados pelo exequente ou de definição do direito decorrente do título executivo, continuando o mesmo a incorporar a obrigação exequenda, com dispensa, em princípio, de qualquer indagação prévia sobre a sua real existência.

Sendo certo que o decurso do prazo para a dedução dos embargos, faz precluir o direito de os invocar no processo executivo.

Nada impedindo a invocação de uma excepção não deduzida (que não respeite à configuração da relação processual executiva) noutra processo.

---

(92) A. VARELA, RLJ Ano 121, pag. 219, em anotação ao ac. do STJ de 5/11/83, aludindo à sanção pecuniária compulsória prevista no n.º 4.

(93) A doutrina tem classificado a medida consagrada no n.º 4 como uma sanção pecuniária legal, por ser fixada por lei e automaticamente devida, enquanto a prevista no n.º 1 (e a que também se referem os n.ºs 2 e 3 do mesmo art. 829.º-A), é considerada como uma sanção pecuniária compulsória judicial, por ser fixada na própria sentença condenatória — CALVÃO DA SILVA, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, pag. 456, CORREIA DAS NEVES, Manual dos Juros, pag. 91 e A. PINTO MONTEIRO, Cláusula Penal e Indemnização, pag. 126.

(94) A. COSTA, Direito das Obrigações, pag. 749.

(95) MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, vol. II, pag. 276.

(96) A desarmonia da sanção consagrada no n.º 4 do citado art. 829.º-A, em face dos seus restantes números, que prevêm e regulam a sanção pecuniária *tout court* é, realmente, flagrante. Tendo esta sido apenas consagrada para as obrigações de prestação de facto não fungível, atenta a inviabilidade da sua execução específica: daí a sua subsidiariedade. O mesmo não sucedendo com a sanção prevista no n.º 4, que é de aplicação geral, sempre que “for estipulado ou jurisdicionalmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente” — A. PINTO MONTEIRO, Cláusula Penal e Indemnização, pags. 126 e ss.

(97) Ac. do STJ de 23/1/2003 (ARAÚJO DE BARROS), CJ, ano XXVIII, T. I, pag. 50.

Podendo a decisão neste proferida conduzir à restituição ao executado da quantia conseguida na execução, pelo mecanismo da restituição do indevido<sup>(81)</sup>.

Assim, não será pela falta de impugnação da quantia ora em apreço (respeitante à sanção pecuniária compulsória) nos embargos que foram, deduzidos, que se deverão ter por confessados os factos a respeito incluídos na causa de pedir da execução.

Mas, será que o documento assinado pela então executada, ora autora, na execução, em que reconhece (e paga) o valor da execução que ao exequente é devido, que originou a sentença de extinção, constitui confissão da ora recorrida?

Entendemos que não, desde logo, por tal declaração não ser inequívoca, como a lei exige (art. 357.º, n.º 1)<sup>(82)</sup>.

Pois, se o fosse, não seria necessário o esclarecimento pelo banco recorrente prestado, de forma detalhada, nas cartas de 26 de Janeiro de 2006 e de 28 de Julho de 2006 (factos 32 e 33).

Mas, admitindo que constitua confissão, tratar-se-ia de uma declaração confessória feita num processo (nos ditos autos de execução), que só vale como judicial nesse processo, não podendo os seus efeitos ser exportados para esta acção<sup>(83)</sup>.

Com efeito, o reconhecimento de determinada realidade factual feita em um certo processo visa o prosseguimento dos efeitos práticos que daí advêm, mas sempre dentro do processo onde é

---

<sup>(98)</sup> Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, pags. 456/457.

<sup>(99)</sup> Devendo entender-se, porém, que os juros de 5% só se contam a partir da mora do devedor, caso ela seja posterior à sentença transitada em julgado (ver, v.g., arts. 805.º, n.º 3, primeira parte e 472.º, n.º 2) — GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, pag. 449, nota 1.

<sup>(100)</sup> Sendo intenção da lei abranger todas as obrigações pecuniárias, dizendo o legislador o que quis dizer no texto legal. Sendo sistematicamente correcta a sua inserção no preceito legal em apreço, e não no art. 806.º que fixa o montante da indemnização no caso de não cumprimento das obrigações pecuniárias, já que a sanção pecuniária compulsória reveste carácter coercitivo, autónomo e independente da indemnização, embora com esta cumulável — CALVÃO DA SILVA, Sanção Pecuniária Compulsória, Bol. 359, pag. 102.

<sup>(101)</sup> CC Anotado, vol. II, pag. 107.

<sup>(102)</sup> Embora estes autores sustentem que tal sanção adicional se aplica apenas às cláusulas penais fixadas em dinheiro e às sanções penais compulsórias decretadas pelo tribunal, nos termos prescritos no n.º 1 (ob. cit., pag. 108).

<sup>(103)</sup> CALVÃO DA SILVA, RLJ Ano 134, pag. 51 e Correia das Neves, Manual dos

proferida a confissão. Compreende-se a limitação dos efeitos da confissão judicial ao processo onde é produzida, porquanto ao reconhecer a realidade de certo facto o confitente apenas tem em vista a situação que está em discussão e que pode condicionar ou orientar o sentido desse reconhecimento.

Segundo os ensinamentos de Pires de Lima e Antunes Varela<sup>(84)</sup>, a limitação da força probatória especial de que goza a confissão judicial à instância em que foi produzida, ou seja, ao processo em que foi feita, explica-se porque a parte pode ter confessado (renunciando a discutir ou a contestar a realidade do facto), tendo apenas em vista os interesses que estão em jogo naquele processo. Mas poderia ter adoptado atitude diferente se outros valores estivessem em causa<sup>(85)</sup>.

Não se podendo sustentar que o facto de a recorrida ter, no processo de embargos de executado, arguido (de forma improce-

---

Juros, pag. 91. Bem como acs do STJ de 23/1/2003 (Araújo de Barros), CJ S. Ano XI, T. I, pag. 48, de 5/6/97 (ALMEIDA E SILVA), Bol. 468, pag. 321, de 12/4/2005 (MOREIRA ALVES), CJS. Ano XIII, T. 2, pag. 39, de 9/5/86 (MELO FRANCO), Acórdãos Doutriniais, n.º 298, pag. 1258 e de 19/4/01 (DIONÍSIO CORREIA), agravo n.º 745/01. Em sentido contrário, então com o aplauso de MENEZES CORDEIRO, ac. do STJ de 25/11/96, Acórdãos Doutriniais do STA, n.º 421, pag. 114 e ss. MENEZES CORDEIRO (Embargos de terceiro, reintegração do trabalhador e sanções pecuniárias compulsórias, anotação ao ac. do STJ de 4/11/98, *in* ROA, 1998, pag. 1230), embora a propósito das prestações de facto infungíveis, sustenta que a acção executiva, pela sua própria natureza, não permite uma discussão alargada da causa, donde possam resultar todos os vectores a que se deve atender, para a fixação das sanções compulsórias. Para além disso, continua, não se vê como executar um devedor por algo que não conste do título executivo. Parecendo, assim, pelo menos em tal estudo, não aceitar a aplicação da sanção pecuniária compulsória na acção executiva, devendo a mesma ser pedida na acção declarativa. Sustentando este autor, no seu aludido parecer (fls. 2518), em relação à prestação em causa (pagamento em dinheiro corrente), que a sanção automática dos 5% ao ano se aplica também aos devedores visados nos títulos executivos extrajudiciais, desde o momento em que na acção executiva essa condenação seja pedida. Adiantando três razões para tal entendimento: a) a não discriminação dos títulos judiciais; b) a inutilidade de executar um juízo condenatório preliminar; c) as valorações de fundo que determinaram a intervenção europeia e nacional contra as demoras no pagamento (cf. Directiva n.º 2000/35, transposta pelo DL 32/2003, de 17 de Fevereiro). Aplicando-se, assim, o art. 829.º-A, n.º 4, por interpretação extensiva (ou analógica, se necessário) aos títulos executivos extrajudiciais, desde o momento da citação para a execução. Sufragando, nesta medida, o parecer, que reputa de excelente, do DR. ARMINDO RIBEIRO MENDES já junto aos autos.

<sup>(104)</sup> RLJ ano 134, pag. 51.

dente) o abuso de direito por banda do recorrente, equivalesse, de qualquer modo, à confissão (judicial) dos factos integradores do direito deste atinente à dita sanção pecuniária compulsória.

Sempre se dizendo, para rematar, que, mesmo que se tivesse a confissão ora em apreço (a que temos vindo a tratar, nas suas hipotéticas vertentes) como eficaz, tendo a ora autora pago quantia correspondente a dívida que sustenta agora não existir, e ressalvado que está o prazo da prescrição, não lhe estaria vedado, neste processo, em princípio (se os respectivos pressupostos se encontrarem preenchidos) pedir a repetição do indevidamente prestado (art. 476.º, n.º 1).

Tratando a lei o pagamento indevido como um caso particular de enriquecimento sem causa, consiste o mesmo em se pagar o que não se deve (ou em se pagar a quem não se deve).

Na verdade, se se cumpre, uma obrigação que objectivamente não existe, a regra é ficar-se com direito a reaver o desembolsado, dentro dos limites do locupletamento obtido pelo *accipiens* à custa do *solvens*<sup>(86)</sup>.

### **Passemos à sexta questão: a da existência de causa para o pagamento exigido a título de sanção pecuniária compulsória**

Agora, sim, e no seguimento da questão da subsidiariedade/ /não subsidiariedade da pretensão da recorrida, estamos no cerne do problema: saber se o réu, então exequente, poderia ter pedido a

---

<sup>(105)</sup> O art. 933.º do CPC, na redacção proveniente da Reforma de 2003 (que aqui não se aplica, é certo) e não obstante se manter intocável a redacção do art. 829.º-A, n.º 4, prevê, embora na execução para prestação de facto, que a sanção pecuniária compulsória possa ser fixada no próprio processo executivo (sem prévia condenação em acção declaratória).

<sup>(106)</sup> A sentença condenatória (transitada em julgado) por regra não conterà a decretação da sanção pecuniária, resultado ela automaticamente da lei. Podendo a mesma, de igual modo, não resultar directamente do título executivo, o qual tem, naturalmente, que incorporar uma já vencida obrigação pecuniária em dinheiro corrente. Sem prejuízo, como já dito, de haver de ser peticionada no requerimento executivo.

<sup>(107)</sup> REMÉDIO MARQUES, Curso do Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto, pag. 21.

<sup>(108)</sup> CALVÃO DA SILVA, Cumprimento, pag. 403, A. COSTA, Direito das Obrigações, pag. 746 e A. PINTO MONTEIRO, Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, pag. 203.



satisfação do também exigido a título de sanção pecuniária compulsória, sendo certo que tal sanção não foi objecto de condenação em sentença proferida em acção declarativa.

Sendo certo que, na acção executiva, o ora réu, então exequente Crédito Predial Português, S.A., peticionou o pagamento da quantia de € 26 688 075,46, acrescida do valor de € 210 846,57, relativo a juros de mora, imposto de selo e **sanção pecuniária compulsória, vencidos e ainda dos outros valores que a este título se vencerem até integral pagamento** (o sublinhado é nosso)<sup>(87)</sup>.

Alegando, além do mais (art. 19.º do seu requerimento executivo), que os executados são também responsáveis pelo pagamento da sanção pecuniária compulsória, legalmente fixada no n.º 4 do art. 829.º-A, que corresponde à aplicação da taxa anual de 5% sobre o capital.

Tendo entendido o Tribunal recorrido que nada impede o credor de só em sede de acção executiva vir reclamar o pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, quando esteja em causa um pagamento em dinheiro corrente.

Decorrendo, no entanto, do preceituado no n.º 4 do art. 829.º-A, ser pressuposto da dita sanção que ela corresponda ao não cumprimento de obrigação decretada judicialmente, trate-se de uma obrigação de facto infungível, trate-se de uma mera prestação em dinheiro corrente.

Tendo de existir uma sentença condenando o devedor a pagar determinada quantia, seja a que resulta de um contrato, seja aquela que o Tribunal arbitrou.

Tendo, assim, sustentam os senhores Desembargadores, que existir uma condenação judicial que, no caso da acção executiva, funcionará como título executivo, podendo o credor/exequente requerer uma sanção pecuniária compulsória.

Já que é esse incumprimento (o do comando judicial) que justifica a sanção, visando esta obter coercivamente o respectivo cumprimento.

---

<sup>(109)</sup> A. CASTRO, Acção Executiva Singular Comum e Especial, pag. 21.

<sup>(110)</sup> No seu mencionado parecer, a fls. 14.

Vejam,os, então:

A sanção pecuniária compulsória, instituto desde há muito já então reclamado pela doutrina, foi introduzida pelo nosso legislador em 1983, sob inspiração do modelo francês das *astreintes*<sup>(88/89)</sup>, através do DL 263/83, de 16 de Junho<sup>(90)</sup>, aditando o art. 829.º-A ao Código Civil.

Assentando a sua origem e ponto de partida — a da verdadeira sanção pecuniária compulsória — na insuficiência e na inaptação da execução específica, execução *in natura* e sub-rogatória, para realizar efectivamente o (resultado prático) do cumprimento das obrigações infungíveis a que o credor tem direito<sup>(91)</sup>.

Visando tal sanção, tal como se diz no preâmbulo do diploma (n.º 5) que a introduziu no nosso ordenamento jurídico, “uma dupla finalidade, de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis”.

Mais se acrescentando que “quando se trate de obrigações ou de simples pagamentos a efectuar em dinheiro corrente, a sanção pecuniária compulsória — no pressuposto de que possa versar sobre quantia certa e determinada e também a partir de uma data exacta (a do trânsito em julgado) — poderá funcionar automaticamente. Adota-se, pois, um modelo diverso para esses casos, muito similar à presunção adoptada já pelo legislador em matéria de juros, inclusive moratórios, das obrigações pecuniárias, com vantagens de segurança e certeza para o comércio jurídico”.

Impondo a lei, em termos gerais, para toda e qualquer obrigação pecuniária, sem qualquer discriminação, semelhante sanção coercitiva ao devedor<sup>(92)</sup>.

Visando a sua utilização obter a realização de uma prestação, judicialmente reconhecida, a que o credor tem direito, constituindo uma forma de protecção do credor contra o devedor relapso.

O n.º 4 do citado art. 829.º-A, que é o que ora nos interessa, consagra a chamada sanção pecuniária compulsória legal, no sentido de que a mesma decorre directamente da lei<sup>(93/94)</sup>.

---

(111) Dando-se de barato que tal liquidação foi correctamente efectuada.

Sendo a mesma disciplinada directamente na lei, que fixa logo o seu montante e o momento a partir do qual é devida, sendo, assim, de funcionamento automático.

Sem necessidade de qualquer decisão judicial a estabelecê-la<sup>(95)</sup>.

Consagrando, assim, a lei, ao que parece em incoerência com a intenção e disciplina visada no n.º 1 do mesmo art. 829.º-A, uma diferente sanção pecuniária (ainda que compulsória e sem natureza indemnizatória) para forçar o devedor ao cumprimento das obrigações pecuniárias, com a criação do adicional de juros à taxa de 5% ao ano, devidos, como da lei expressamente resulta, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado<sup>(96/97)</sup>.

Aplicando-se tal sanção a todas as obrigações pecuniárias, destinando-se a compelir o devedor a cumprir sob pena de ver acrescida a quantia devida da taxa de 5% ao ano.

Como observa Calvão da Silva<sup>(98)</sup>, “No tocante ao âmbito de aplicação da sanção pecuniária legal, deve dizer-se que ela é constituída por todas as obrigações pecuniárias de soma ou quantidade, contratuais ou extracontratuais. É o que resulta do n.º 4 do art. 829.º-A, ao prescrever serem automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado<sup>(99)</sup>, quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente”<sup>(100)</sup>.

Prescrevendo-se em tal norma (no referido n.º 4), “em termos pouco felizes”, no dizer de P. Lima e A. Varela CCAnotado<sup>(101)</sup>, uma espécie de adicional a todas as sanções pecuniárias aplicadas na área da mora ou do inadimplemento da obrigação<sup>(102)</sup>.

Crendo-se, no entanto, nada impedir que a sanção pecuniária compulsória de que ora tratamos seja directamente pedida na acção executiva, não fazendo sentido que o Juiz, em processo declaratório, pudesse proferir condenação de sanção pecuniária compulsória e não pudesse decretar a mesma, não constando ela da sentença de condenação em pagamento de quantia pecuniária, em processo executivo (estando o respectivo montante, desta quantia pecuniária, contratualmente fixado)<sup>(103)</sup>

---

<sup>(112)</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, pag. 381.

<sup>(113)</sup> MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pag. 395.

Podendo ler-se na reflexão, a propósito, de Calvão da Silva, embora no respeitante às veis<sup>(104)</sup>:

“Pense-se, por exemplo, em título executivo extrajudicial, designadamente em documento exarado ou autenticado pelo notário que importe constituição ou reconhecimento de obrigação infungível e em documento particular, assinado pelo devedor, que importe constituição ou reconhecimento de obrigação de facto infungível (art. 46.º, *als b) e c)* do CPC). No caso do devedor não cumprir essa obrigação, o credor interessado pode dar à execução o título que possui, requerendo a aplicação da sanção pecuniária adequada. Não faria sentido que o credor tivesse que propor acção declaratória, visto estar munido de título com manifesta força executiva, sob pena de poder ser responsabilizado pelas custas desse processo, verificados os pressupostos referidos no art. 449.º, n.º 1 e n.º 2, al. c) do CPC. Em bom rigor, estar-se-ia mesmo perante um caso de falta de interesse em agir no processo de declaração.”<sup>(105/106)</sup>.

Tudo isto sem prejuízo de se entender que a sanção pecuniária compulsória não tem natureza executiva, pois que o tribunal não se substitui ao devedor no cumprimento<sup>(107)</sup>.

Integrando a mesma meios de coerção, não constituindo uma medida executiva ou meio de sub-rogação<sup>(108)</sup>.

Resultando a aplicabilidade da sanção pecuniária compulsória no processo executivo da função e razão de ser da mesma.

Forçando-se, através dela, o devedor a cumprir a dívida, ainda que no processo executivo (art. 416.º do CPC), levando-o a respeitar a Justiça através do cumprimento do título executivo (garantia da probabilidade séria da existência do direito do credor, que a lei acolhe) onde a obrigação exequenda fique declarada ou constituída.

Não se pretendendo, na execução onde se requer o pagamento da sanção pecuniária compulsória — tendo a mesma por base um título pelo qual se determinam o fim e os limites da acção executiva (art. 45.º do CPC) — a execução daquela sanção não contida no título executivo, tratando-se antes de pressionar o devedor a pagar a dívida e a respeitar o título.

---

<sup>(114)</sup> Citado ac. do STJ de 4/10/2007 (SANTOS BERNARDINO).

Podendo, pois, a sanção pecuniária compulsória, mesmo que só haja título executivo extrajudicial, estipulado que esteja pagamento devido em dinheiro corrente, ser peticionada no requerimento executivo.

E, sendo verdade que o processo executivo tem a configuração geral de uma acção, dependente de um pedido que assinalará os limites do poder do Juiz e o âmbito da sua actividade, estando subordinada ao princípio dispositivo (art. 3.º do CPC), compete ao Tribunal proceder às diligências adequadas à reparação do direito violado, com o conteúdo concretamente indicado pelo exequente no pedido formulado<sup>(109)</sup>.

Ora, entendendo-se, como vem sendo entendido, que a sanção pecuniária legal pode ser requerida na acção executiva, sem necessidade de precedência de acção declarativa, haverá que interpretar em termos hábeis o momento a partir do qual os juros de 5% ao ano são devidos.

Diz-nos expressamente a lei que o são a partir do trânsito em julgado da sentença de condenação.

Contudo, se o credor puder utilizar, como temos vindo a defender também, um título executivo não judicial como fundamento da respectiva execução para pagamento de quantia certa de

---

(1) Sobre a sanção pecuniária compulsória num plano geral podem ver-se, entre outros, CALVÃO DA SILVA (“Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, Coimbra, 2.ª edição, 1997), ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (“Cláusula Penal e Indemnização”, 1999, pag. 109 e seguintes), PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (“Código Civil Anotado”, Vol. II, pag. 102), GALVÃO TELLES (“Direito das Obrigações”, 7.ª edição, 1997, pag. 448 e seguintes), ALMEIDA COSTA, (“Direito das Obrigações”, 5.ª edição, 1991, pag. 904 e seguintes) e MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, Vol. II, 4.ª edição, 2006, pag 283 e seguintes).

(2) Nesse sentido, CALVÃO DA SILVA que defende que os direitos de crédito se dirigem à satisfação do interesse do credor, traduzindo-se na sua essência, a obrigação, “*num*

uma obrigação pecuniária já vencida, não vemos, de igual modo, razão para aí não poder requerer o pagamento da sanção pecuniária legalmente fixada (juros à taxa de 5% ao ano), sendo a mesma devida, não desde a data do trânsito em julgado da sentença (que não existirá), mas antes desde a data da citação. Ou, caso sejam deduzidos embargos, desde a data do trânsito em julgado da sentença que os julgou improcedentes. Ficando, a partir daí bem definido o crédito do exequente, o qual, por interpretação extensiva (ou analógica) do citado art. 829.º-A, n.º 4, pode ser acrescido, na própria acção executiva, de juros devidos à taxa de 5% ao ano.

Com efeito, como opina o Dr. Armindo Ribeiro Mendes<sup>(110)</sup>, com o nosso aplauso, a situação do exequente é idêntica, quer exista título executivo judicial transitado em julgado, quer exista um título executivo não judicial que não é objecto de oposição ou em que esta se revela insubsistente, através de decisão transitada em julgado. Não parecendo razoável a discriminação do credor exequente que disponha de sentença judicial transitada em julgado face ao credor exequente que disponha de título executivo não judicial. Tendo este, se assim não se entender, que recorrer à acção declarativa, ainda que munido de título com manifesta força executiva (art. 449.º, n.º 2 do CPC). Exigindo o princípio da igualdade que ambas as situações sejam tratadas do mesmo modo.

Ora, regressando ao nosso caso, a autora, então executada, foi citada para pagar ou nomear bens à penhora no processo de execução que o réu, então exequente, contra ela instaurou.

Constando, no requerimento executivo, o pedido de pagamento da quantia mutuada em dívida (nos contratos de “Reestruturação de Créditos” e de “Abertura de Crédito”), bem como o de juros de mora, de imposto de selo e de sanção pecuniária compulsória devidos e dos valores que, a tal título, se vencerem.

Se dúvidas não restam que a sanção pecuniária compulsória então já liquidada não seria devida, pois a parte não tinha legitimidade para o fazer, de *per si*, tendo de obter, para o efeito, sentença

---

*direito do credor à prestação e num correlativo dever de prestar a cargo do devedor*” (Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Coimbra, 2.ª edição, 1997 pag. 61).

(3) Sobre a evolução dessas medidas, desde a Lei das XII Tábuas no Direito Romano, pode ver-se o estudo de PEDRO DE ALBUQUERQUE, “O direito ao cumprimento da

condenatória transitada em julgado — para a partir daí se contarem os juros (adicionais) devidos à taxa de 5% ao ano — ou, tendo título executivo extrajudicial, haver de requerer tal sanção na própria acção executiva, com juros compulsórios apenas devidos desde a citação ou do trânsito em julgado da sentença que julgar os embargos improcedentes, a verdade é que o meio idóneo para a tal reagir eram os embargos de executado que até deduziu, embora, por razões que de todo nos escapam, sem erigir a questão — a sanção pecuniária compulsória — como sua causa de pedir

Pelo que, atento o carácter subsidiário da acção de enriquecimento sem causa, de que atrás falámos, não pode usar agora da mesma, tendo tido, no momento oportuno, outro meio legal ao seu alcance para se subtrair ao encargo do pagamento que indevidamente lhe foi exigido.

Mas, não o fez.

*Sibi imputet.*

Sendo certo que a sanção pecuniária compulsória liquidada, já no decurso da acção executiva, com aceitação da autora<sup>(11)</sup>, a partir da referida data do trânsito em julgado da sentença que julgou os embargos improcedentes, era, face aos considerandos antes expostos, devida, não podendo a recorrida que a seu tempo a pagou, vir agora reclamá-la.

Concluir, assim, se tem que, em relação a tal respectiva quantia, tinha o Banco ora recorrente direito a recebê-la, por via do preceituado no aludido art. 829.º-A, n.º 4.

E, assim, havendo causa justificativa para o enriquecimento do credor, falta, desde logo, um dos pressupostos constitutivos da cláusula geral do art. 473.º, n.º 1, não podendo, pois, a autora, com base na causa de pedir que erigiu para o êxito da sua acção, obter do réu a restituição por este enriquecimento.

---

prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução” in ROA, ano 65, Vol. II, pag. 435.

(4) Insurgindo-se contra este instituto e pugnando pelo regime original do Código Civil, podem ver-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (“Código Civil Anotado”, Vol. II, pag. 102).

Sendo os requisitos do enriquecimento sem causa, também fonte de obrigações, (i) a existência de um enriquecimento, (ii) a obtenção desse enriquecimento à custa de outrem e (iii) a ausência de causa justificativa para o enriquecimento<sup>(112)</sup>.

Não tendo ocorrido ausência de causa jurídica para a recepção da prestação realizada, não se verifica, desde logo, uma situação de enriquecimento indevido.

Sendo pressupostos da repetição do indevido, a realização de uma prestação com intenção de cumprir uma obrigação, sem que exista uma obrigação subjacente a essa prestação<sup>(113)</sup>.

O que aqui, no âmbito em que nos situamos, se não verifica.

E, em relação à quantia indevidamente cobrada, também a título da referida sanção pecuniária compulsória legal, até ao trânsito em julgado da sentença proferida nos embargos de executado, tinha a ora autora, como já vimos, ao seu dispor um meio próprio — que eram os ditos embargos de executado — para reagir contra tal exigência do credor, que não tinha, de facto, cobertura legal.

Que, para tal, não utilizou.

Pelo que só dela se pode queixar.

Assim, consagrada que está no instituto de que tratamos a sua subsidiariedade (art. 474.º), não há, neste âmbito, também aqui lugar à restituição por enriquecimento.

Com efeito, e como já dito, se alguém obtém um enriquecimento à custa de outrem, sem causa, mas a lei faculta ao empobrecido algum meio específico de desfazer a deslocação patrimonial, será esse o meio a que deve recorrer, não se aplicando, em consequência, as normas dos arts 473.º e ss<sup>(114)</sup>.

A acção pela autora intentada está, pois, votada ao insucesso.

---

(5) CALVÃO DA SILVA in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 134, pag. 49.

(6) Ao contrário daquilo que ocorre em relação às obrigações de prestação de facto infungível, em que é deixada margem, dentro de alguns critérios, para a fixação do montante da sanção pecuniária compulsória. Não se compreende qual a razão que possa ter levado a que nas obrigações de entrega de coisa não tenha também sido aberta a possibilidade de obter sanção pecuniária compulsória.

(7) A esse respeito pode ver-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO “Cláusula Penal e Indemnização”, 1999, pag. 128.



**Quanto à sexta e sétima questões: a da improcedência da acção, também por falta de outros requisitos para o enriquecimento sem causa e a do abuso de direito.**

Com a decisão atrás tomada, fica, naturalmente, prejudicado o tratamento a dar a estas questões — art. 660.º, n.º 2, primeira parte, do CPC.

### **III — Decisão:**

A procedência do recurso do réu, que necessariamente advirá do atrás exposto, igualmente prejudica o conhecimento deste recurso, que tem como pressuposto o êxito, mesmo que parcial, da acção pela autora intentada.

Que, como atrás vimos, aqui não pode ter lugar.

Face a todo o exposto, acorda-se neste Supremo Tribunal de Justiça em:

- a) se negar provimento ao recurso de agravo do réu.  
Custas pelo agravante.
- b) se conceder a revista do réu, revogando-se, em consequência o acórdão recorrido, julgando-se a acção improcedente, com a absolvição do mesmo do pedido.  
Custas pela recorrida.
- c) se negar a revista da autora.  
Custas pela recorrente.

*Lisboa, 16 de Fevereiro de 2012*

---

(8) CALVÃO DA SILVA, “Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, Coimbra, 1997, pag. 456.

## ANOTAÇÃO

*Pelo* Dr. Rui Tavares Correia

### I.

**1.1.** A questão essencial que deveria ser decidida pelo Acórdão não parecia aparentemente ser complexa e consistia em saber se é admissível exigir a sanção pecuniária compulsória prevista pelo n.º 4 do art. 829.º-A do Código Civil em acção executiva para pagamento de quantia certa fundada em título extrajudicial. A sanção pecuniária compulsória, consagrada no art. 829.º-A do Código Civil, o qual foi aditado pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, insere-se funcionalmente na denominada coerção ofensiva, constituindo um meio colocado à disposição do credor para compelir o devedor ao cumprimento<sup>(1)</sup>. As obrigações encontram-se estruturalmente dirigidas para o cumprimento, sendo essa finalidade que numa dinâmica normal as esgota e pela qual se realiza o interesse do credor<sup>(2)</sup>. Na sistemática original que presidiu ao regime instituído pelo Código Civil para as obrigações, o incumprimento teria apenas consequências indemnizatórias, não sendo previstas quaisquer outras sanções para o devedor inadimplente que não fossem o dever de indemnizar os prejuízos provocados por esse incumprimento. Essa solução legal parece adequar-se melhor às situações em que o incumprimento diz respeito a obrigações pecuniárias de pagamento, do que a outras situações em que esteja em causa o incumprimento de outras obrigações, nomeadamente, quando as obrigações não cumpridas sejam de prestação de facto positivo ou negativo. Com efeito, incumprida uma obrigação pecuniária, a qual tem por objecto um bem fungível, a sua realização coerciva ao abrigo do regime previsto pelo art. 817.º do Código Civil revela-se em abstracto mais fácil, como fácil também será a

---

(<sup>9</sup>) Isto mesmo refere GALVÃO TELLES, afirmando que “os juros de 5% só se contam a partir da mora do devedor se esta for posterior à sentença com trânsito julgado” (“Direito das Obrigações”, 7.ª edição, 1997, pag. 449, nota 1).

indenização pela privação da quantia devida e corporizada no direito de exigir juros sobre essa quantia até ao integral pagamento. Outras obrigações existem, porém, que tornam mais difícil, perante um comportamento renitente do devedor, obter para o credor, de modo coercivo, uma situação tão próxima da satisfação do seu interesse. A prestação de facto infungível, pela sua natureza intrínseca, não pode ser substituída, sendo em situação de incumprimento, necessário ressarcir o credor por um equivalente monetário que, as mais das vezes, o colocará em posição assaz diversa daquela que resultaria do cumprimento. Pesem embora as diferenças que se referiram decorrentes do objecto das obrigações, não pode deixar de salientar-se que, mesmo nas obrigações de pagamento ou nas de entrega de coisa, em que a execução se torna mais fácil e mais eficaz, as medidas coercivas que resultam do regime relativo ao incumprimento, não substituem integralmente para o credor a situação que resultaria do cumprimento voluntário e tempestivo. Ao longo dos tempos foram diversas as soluções encontradas para compelir o devedor renitente a cumprir, algumas delas através de medidas instituidoras de agressões à sua pessoa e não apenas ao seu património<sup>(3)</sup>. Gradualmente essas medidas foram sendo objecto de contestação por serem tidas como atentatórias dos direitos, liberdades e garantias do devedor, entendendo-se ainda que, o seu incumprimento de índole meramente privada ou civil, não seria suficiente para justificar aplicação de tais penas, mais adequadas, pela compressão dos direitos pessoais que envolveriam, a sancionar a violação dos valores tidos como essenciais na ordem jurídica. A consagração da sanção pecuniária compulsória, destinada a constringer o devedor a cumprir, representou um regresso a tais medidas, feito, contudo, sem beliscar os direitos referidos. E representou também a admissão de que um sistema puramente assente nas regras indemnizatórias atinentes ao incumprimento estava longe de ser perfeito e, sobretudo, de ser eficaz. O instituto introduzido estabeleceu, pois, um regime de punição pecuniária que visa pela coerção obter o cumprimento<sup>(4)</sup>.

**1.2.** A sanção pecuniária compulsória corresponde a uma penalidade que pode ser imposta ao devedor por forma a coagi-lo a

cumprir uma obrigação em mora. Através de tal instituto não visa ressarcir-se os prejuízos que o incumprimento tenha provocado ao credor, mas, outrossim obter ainda o cumprimento. A sua função não é, pois, indemnizatória, mas puramente compulsória, pese embora, sendo fixada num valor que o devedor deverá pagar ao credor enquanto se mantiver o incumprimento ou por cada infração que pratique, acabe por servir também para atenuar os danos que venham a ser sofridos através de uma indemnização por equivalente. Não obstante, na sua essência, a sanção pecuniária compulsória não tem uma finalidade indemnizatória, a qual apenas surge como consequência da sua natureza de pena pecuniária. O campo de aplicação do instituto, de acordo com a sua formulação legal, reporta-se, essencialmente, às obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo. Com efeito, o regime legal da sanção pecuniária compulsória encontra-se recortado de acordo com as obrigações que têm essa natureza e em relação às quais a figura encontra plena justificação. As obrigações “infungíveis são aquelas que não podem ser realizadas por outra pessoa para além do próprio devedor” e a “infungibilidade de prestação constitui um limite lógico, intransponível ao funcionamento da execução sub-rogatória (realização da prestação independentemente ou contra a vontade do credor)”<sup>(5)</sup>. Deste modo, a impossibilidade de obtenção de cumprimento através de meios sucedâneos e a divergência grosseira entre a indemnização devida pelo incumprimento e a realização da prestação através do seu cumprimento voluntário, justificam os meios de coerção que são postos à disposição do credor. Este fica assim dotado de um meio destinado a forçar o devedor a cumprir, a obter ainda o cumprimento voluntário e não apenas uma indemnização pecuniária que se tenta que seja equivalente a esse cumprimento. Não obstante, é admitida a aplicação de sanção pecuniária compulsória às obrigações de pagamento de quantia certa, sendo, desde logo, fixado o seu montante em 5% sobre o valor do capital, razão pela qual, em obrigações com essa

---

<sup>(10)</sup> A esse respeito, podem ver-se, entre outros, ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, (“Manual de Processo Civil”, 2.<sup>a</sup> edição, 1985, pag. 277).

<sup>(11)</sup> A revogação poderá ser apenas parcial, quando apenas parcialmente proceda a oposição.

natureza, esta decorre directamente da lei, de forma automática<sup>(6)</sup>. O n.º 4.º do art. 829.º-A do C.C., determina, pois, que “quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano.” A disposição legal referida transcende a pureza linear da sanção pecuniária compulsória, porquanto, permite ao credor o recurso à coerção ofensiva para obter o cumprimento de obrigações cuja execução específica, face ao seu objecto, é bastante simples. No entanto a sua razão de ser assenta num outro factor preponderante e que corresponde à necessidade de fazer face à desvalorização monetária<sup>(7)</sup>. Assim, quando aplicada às obrigações pecuniárias, a sanção pecuniária compulsória, mantendo ainda a sua função própria, de compelir ao cumprimento, envolve também uma função indemnizatória, visando aproximar o credor tanto quanto possível da situação que para ele resultaria do cumprimento tempestivo. Não será também estranho à sua consagração, constatar-se que é no âmbito das obrigações pecuniárias que se verifica o maior número de situações de incumprimento, e que, também, é a respeito dessas obrigações que ocorrem as mais correntes situações de desrespeito pela administração da justiça e pelos direitos dos credores.

**2.1.** De acordo com a redacção do n.º 4 do art. 629.º-A do Código Civil é irrelevante para a exigibilidade de sanção pecuniária compulsória no âmbito das obrigações pecuniárias, que a quantia seja devida por determinação judicial ou por estipulação negocial, podendo, em ambos os casos, a sanção ser exigida pelo credor, pois, o seu âmbito de aplicação é constituído “por todas as obrigações pecuniárias de soma ou quantidade, contratuais ou extracontratuais”<sup>(8)</sup>. Quando se aponta na lei para as duas situações que podem originar a sanção pecuniária compulsória e que se referi-

---

(12) A equiparação não sendo absoluta a respeito da tramitação da acção executiva, existe naquilo que consiste o elemento essencial, a distinção entre acção declarativa e acção executiva.

(13) Uma vez que será essa a consequência do recurso à acção declarativa do credor que disponha já de título executivo como decorre da alínea *d*) do n.º 2 do art. 449.º do Código de Processo Civil.

ram, não se está a reportar ao modo como é fixado o montante do pagamento, pois, a ser assim, sempre deveria ter sido dito apenas: “quando for judicialmente determinado qualquer pagamento qualquer que seja o título de onde decorra”. Mas, a lei distingue claramente duas fontes que poderão fazer nascer a sanção pecuniária compulsória: a sentença judicial e a estipulação judicial, não se exigindo, nesta segunda situação, que exista sentença judicial que declare devida a quantia estipulada. É certo que a disposição que consagra a sanção pecuniária compulsória referente às obrigações pecuniárias, o n.º 4.º do art. 829.º-A do Código Civil, determina que essa sanção deverá ser contada “desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado”. Mas tal excerto da disposição refere-se unicamente ao vencimento da obrigação, que é independente da sua constituição, pois, essa obrigação constitui-se, de acordo com a lei em duas situações distintas e colocadas em alternativa — a estipulação de pagamento de uma quantia pecuniária ou a determinação judicial de pagamento de uma quantia pecuniária. Deste modo, a obrigação constitui-se, de forma perfeita, em qualquer uma dessas situações, havendo apenas que determinar, depois, o seu vencimento, que é já um outro elemento diverso na estrutura obrigacional. E é esse vencimento que é definido como sendo “no momento em que a sentença transitar em julgado”, o que evidentemente parece apenas abranger a segunda das situações antes referidas. Mas, tal excerto da disposição legal referida não poderá ser entendido em sentido literal, pois, a ser assim, sendo judicialmente determinado o pagamento de uma quantia para momento posterior ao do trânsito em julgado da sentença que a determinou, cair-se-ia na contradição de se vencer sanção pecuniária compulsória antes de estar vencida a obrigação cujo cumprimento com essa sanção se visa compelir o devedor a cumprir<sup>(9)</sup>.

---

(14) CALVÃO DA SILVA, in *Rev. Leg. e Jurisp.*, 134, pag. 45.

(15) CALVÃO DA SILVA, in *Rev. Leg. e Jurisp.*, 134, págs. 51 e 52.

(16) CALVÃO DA SILVA, in *Rev. Leg. e Jurisp.*, 134, págs. 51 e 52.

(17) CALVÃO DA SILVA, defende a posição em causa essencialmente, com base essencialmente na natureza e finalidade da sanção pecuniária compulsória e contraria os argumentos usualmente utilizados para defender a impossibilidade de a aplicar em processo executivo (*Rev. Leg. e Jurisp.*, 134, pag. 50 e seguintes).

O devedor ficaria obrigado a pagar sanção pecuniária compulsória como forma de o compelir a cumprir uma prestação a cujo cumprimento não estava ainda obrigado. A sanção pecuniária compulsória apenas encontra razão de ser se a ela estiver subjacente uma obrigação já vencida, não podendo compelir-se alguém a cumprir uma obrigação que não é ainda exigível. Ora, as razões que levam a que tenha de adaptar-se o excerto da disposição em questão, nas situações em que a condenação seja “in futurum” são as mesmas que deverão levar à sua adaptação aos casos em que, como naquele que é tratado no Acórdão, a cobrança da dívida cujo cumprimento se pretende compelir não exige a instauração de acção declarativa. Nesses casos, a obrigação constitui-se por estipulação e não por determinação legal, mas na medida em que para tal modo de constituição não é afastada a sanção pecuniária compulsória, esta será admissível. E a sua exigibilidade respeita também os interesses subjacentes, atinentes à administração da justiça, uma vez que em processo executivo, é dada também judicialmente ao executado, em conjunto com a citação, a ordem para que pague a quantia exequenda. Para os efeitos em questão, não existem diferenças substanciais entre tal ordem e aquela que é dada através de uma sentença de condenação no pagamento de quantia certa, pois, ambas emanam de um órgão jurisdicional. Nem sequer o facto de a ordem dada em processo executivo ser susceptível de revogação por via da procedência de uma oposição, a torna diversa, pois, também uma sentença susceptível de recurso terá, face à procedência de um eventual recurso, idêntico grau de provisoriedade.

**2.2.** As razões que levam a que tenha sido legalmente fixado o vencimento da sanção pecuniária compulsória apenas com o “trânsito em julgado da sentença de condenação” são historicamente compreensíveis. A disposição em causa, do art. 829.º-A do Código Civil, foi introduzida em 1983, antes das reformas de processo civil de 1985 e de 1995, nas quais foi alargado, em muito, o elenco dos títulos executivos. Por essa razão, nessa data, em regra que muito poucas excepções tinha, para a cobrança de uma dívida, o credor, mesmo que essa dívida tivesse origem em estipulação contratual titulada por documento subscrito pelo devedor, da qual

resultasse inequivocamente, teria, por o art. 46.º do Código de Processo Civil não o permitir ainda, que a cobrar através de acção declarativa. Na maior parte das situações previstas pelo legislador, a obrigação pecuniária, ainda que corporizada em documento ao qual é hoje reconhecida a certeza suficiente para permitir desencadear uma execução, teria que ser objecto de acção declarativa de condenação. Essa realidade não existe já, sendo, por força da actual redacção dada à alínea c) do art. 46.º do Código de Processo Civil, muitas mais as situações em que pode ser instaurada execução, sem necessidade de prévia discussão judicial acerca da existência e exigibilidade da dívida em sede declarativa. O excerto da norma que determina o vencimento deverá ser adaptado à realidade processual civil actual e aplicado analogicamente, entendendo-se que, quando seja exigida uma quantia pecuniária estipulada em sede executiva, a sanção pecuniária compulsória se vence com a citação, a qual constitui o momento em que o órgão de administração da justiça ordena ao executado que cumpra a obrigação. Sendo esse também o momento a partir do qual o executado iniciará o desrespeito pela ordem que lhe é dada de cumprir voluntariamente a obrigação. Poderá também entender-se que face à lacuna que existe na lei, a obrigação assim constituída é uma obrigação pura, pelo que se vencerá, nos termos do art. 805.º do Código Civil, com a interpelação judicial ou extrajudicial para cumprir, o que equivale também a dizer que se vencerá logo que ocorra a citação<sup>(10)</sup>. Ao contrário daquilo que se entendeu no Acórdão e salvo o devido respeito, não parece que esse momento, que torna exigível a sanção pecuniária compulsória, possa ser o do trânsito em julgado da decisão que julgue a oposição. Com efeito, essa decisão apenas terá a virtualidade de revogar, caso decida pela procedência da oposição, a ordem de pagamento que tenha sido dada, tendo essa revogação efeito retroactivo<sup>(11)</sup>. Quando, pelo contrário, decida pela improcedência da oposição, a ordem dada não será renovada, mas mantida. Não haverá uma novação da obri-

---

(18) PINTO MONTEIRO, “Cláusula Penal e Indemnização”, 1999, pag. 128.

(19) PINTO MONTEIRO, obra citada, pag. 133.

(20) Nesse sentido, entre outros, CALVÃO DA SILVA, (“Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, 2.ª edição, 1997, pag. 420).



gação que já existia e que permanecerá vencida, mas apenas uma apreciação da sua exigibilidade, sem quaisquer efeitos relativos ao vencimento. Em qualquer caso, é legítimo exigir sanção pecuniária compulsória “quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em moeda corrente”, não sendo, por isso, o seu campo de aplicação restringido apenas aos pagamentos que sejam determinados por decisão judicial, sendo apenas discutível o momento em que se vence tal obrigação que, ainda assim, em sede de execução será sempre o da citação. Assim, a determinação do momento desde o qual deverá ser contada e que corresponde ao do vencimento, que também é efectuada na disposição em apreço, não é suficiente para restringir aquele campo de aplicação, pretendendo, apenas, fixar o momento em que, na generalidade das situações, essa contagem deverá ser efectuada e em que a obrigação, que já validamente se constituiu, se vence. Não sendo necessária, por força das disposições processuais civis, a instauração de acção declarativa quando se verifique a suficiência executiva do título onde tenha sido estipulada a obrigação incumprida, nada impede que se possa exigir também a sanção pecuniária nos termos previstos.

**3.1.** De qualquer forma, a situação de um credor que esteja munido de título executivo em nada difere da situação que tem um credor que necessite de obter título executivo, desde que ambos tenham tido que recorrer a juízo para obter a cobrança dos seus créditos. A razão determinante que justifica exigir a sanção pecuniária compulsória, e que consiste na coerção do devedor para obter dele o cumprimento voluntário, têm igual acuidade quando a obrigação de pagamento decorra de uma decisão judicial ou quando decorra de uma estipulação extra judicial. Essas razões de coerção que justificam a exigibilidade da sanção pecuniária compulsória, determinada automaticamente pela lei, são também idênticas em ambas as situações, não se vendo fundamento para que a disposição seja interpretada restritivamente. Mais: legalmente é dispensado ao credor, por o documento onde sustenta a obrigação revestir um suficiente grau de certeza, o recurso à acção declarativa destinada a obter a declaração jurisdicional do seu direito, bastando a apresen-

tação de tal documento para que possa obter a realização coerciva da prestação. Por essa razão, de equiparação e que faz equivaler o título executivo extrajudicial ao título executivo judicial ou para judicial<sup>(12)</sup>, nada parece permitir que haja, a respeito da possibilidade de coerção, distinção. Nem sequer, poderia defender-se que o credor que disponha de título executivo, para que possa cobrar o valor devido a título de sanção pecuniária, tenha, em violação do interesse em agir, que instaurar acção declarativa, suportando as custas judiciais dessa acção<sup>(13)</sup>. O princípio da igualdade de tratamento exige, pois, que ambas as situações sejam tratadas de forma igual, uma vez que têm natureza idêntica, sob pena, de interpretando-se em sentido contrário a disposição citada, tal interpretação violar o princípio da igualdade previsto pelo art. 13.º da Constituição da República Portuguesa, e ser, portanto, a norma assim interpretada, inconstitucional. Aliás, tem vindo a entender-se, em relação às sanções pecuniárias compulsórias previstas pelos n.os 1.º e 2.º do art. 829.º-A do Código Civil, e referentes às obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, que, estas podem ser fixadas na própria acção executiva, pois, como se diz no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 2001, “a sanção pecuniária compulsória pode ser requerida na fase executiva da execução para a prestação de facto infungível acordada na transacção homologada na sentença”<sup>(14)</sup>. Por essa razão, afirma Calvão da Silva, em comentário a esse aresto, que “não faria sentido que o Juiz em processo declaratório pudesse fazer seguir a sentença de condenação de sanção pecuniária compulsória e já não pudesse decretar esta em processo executivo (...) Não faria sentido que o credor tivesse de propor acção declaratória visto estar munido de título com manifesta força executiva sob pena de poder ser responsabilizado pelas custas desse processo...”<sup>(15)</sup> concluindo, depois que “qualquer título executivo, pressuposto necessário da acção executiva, que ofereça a demonstração legalmente bastante da existência de obrigação infungível, pode ser seguido de sanção pecuniária compulsória aplicada pelo Juiz a requerimento

---

(21) CALVÃO DA SILVA defende tal admissibilidade ao abrigo do princípio da adequação formal (Rev. Leg. e Jur., 134, pag. 56 e seguintes).

de exequente por forma a compelir o devedor executado à realização da prestação devida e evitar ao máximo a convoção em execução por semelhante”(16). Assim, o que releva é, no entender do autor citado, o momento em que “esteja definitivamente assente, definitivamente certa a existência do direito do credor” de forma a que “a não realização da prestação devida pelo devedor constitui desrespeito à Justiça, à injunção judicial”(17). E não se vê, mesmo que se considerasse que a literal interpretação do n.º 4.º do art. 829.º-A do Código Civil não permitisse a exigibilidade de sanção pecuniária compulsória quando não exista decisão que condene o devedor a pagar, que não devesse interpretar-se essa disposição extensivamente, da mesma forma pela qual foi interpretada a disposição que permite, mesmo não tendo sido pedida em sede declarativa, que na acção executiva uma sanção com essa natureza seja fixada para as obrigações de prestação de facto infungível. Tanto mais, que o art. 933.º do Código de Processo Civil introduzido pela reforma de 2003, veio admitir expressamente, nas sanções pecuniárias compulsórias atinentes a prestação de facto, a possibilidade de serem exigidas apenas em sede executiva. Assim, pese embora quando seja aplicada a prestações de facto infungível, a sanção pecuniária compulsória não seja determinada automaticamente e careça de ser fixada pelo julgador de acordo com uma ponderação feita acerca dos interesses em presença, é já pacificamente aceite que essa fixação e ponderação poderão ser feitas apenas em sede executiva, sendo, apenas a partir de então devida tal sanção. Ora, sendo a sanção pecuniária fixada taxativamente pela lei, não se compreende que razões obrigariam a que apenas pudesse apoiar-se em sentenças judiciais. Se, mesmo nas situações em que para a sua fixação se exige actividade jurisdicional, se admite que essa actividade tenha lugar em processo executivo, por maioria de razão

---

(22) Sobre o caso julgado podem ver-se, numa perspectiva geral, entre outros, ALBERTO DOS REIS, “Código de Processo Civil Anotado”, Vol. III, 4.ª edição, 1985, pag. 85 e seguintes, MANUEL DE ANDRADE, “Noções Elementares de Processo Civil”, 1993, pag. 304 e seguintes.

(23) O regime actualmente vigente a respeito dos recursos em Processo Civil, praticamente acabou com o caso julgado formal, ao tornar susceptível apenas de recurso conjunto com a decisão final de mérito, a maior parte dos despachos de natureza processual proferidos ao longo do processo.

assim poderá ser quando nenhuma actividade jurisdicional seja exigida e em que apenas se faça acompanhar uma ordem judicial para cumprimento da coerção necessária para compelir ao cumprimento dessa ordem. Aliás, a norma em causa, do art. 933.º Código de Processo Civil vem apenas consagrar aquilo que era já admitido, tem carácter interpretativo e como tal nos termos do art. 13.º do Código Civil tem eficácia retroactiva, aplicando-se também, por evidente analogia, às sanções automaticamente decorrentes do n.º 4.º do art. 829.º-A do mesmo diploma. E nessa medida, a parte final desta última disposição legal, que se refere ao vencimento da obrigação, reportando à data da sentença, foi revogada ou terá, pelo menos, que ser objecto de interpretação actualizada.

**3.2.** A cláusula penal, para além de uma função compulsória, tem uma função indemnizatória, uma vez que corresponde à quantificação prévia dos danos provocados pelo incumprimento e, apenas naquilo que exceda o exacto valor desses danos, se destina a compelir o devedor a cumprir. Distingue-se da sanção pecuniária compulsória por força dos momentos diversos em que ambas se constituem: a cláusula penal é fixada previamente ao incumprimento da obrigação cujo cumprimento assegura, e a sanção pecuniária compulsória apenas existe por força do incumprimento dessa obrigação. Por outro lado, a cláusula penal só pode ter fonte convencional e sanção pecuniária compulsória tem unicamente fonte legal. Quando exija uma sanção pecuniária compulsória, em regra, o credor não tem outros meios de se defender das consequências do incumprimento, pois, no momento em que exigiu judicialmente o cumprimento da dívida, já não poderia recorrer a qualquer cláusula penal, cuja fixação dependeria do acordo do devedor. Por outro lado, pese embora e como se disse, a função da sanção pecuniária compulsória seja a de compelir o devedor a cumprir, naquela que está em causa nestes autos e que é prevista pelo n.º 4.º do art. 829º-A do Código Civil, a sua finalidade é, também, a de “combater os efeitos nefastos — para o credor, para o comércio

---

(24) ALBERTO DOS REIS, “Código de Processo Civil Anotado, Vol. III, pag. 92).

(25) ALBERTO DOS REIS, “Código de Processo Civil Anotado, Vol. III, pag. 93).

jurídico e para a administração da justiça — da desvalorização da moeda em épocas inflacionistas”(18) e, por isso, é muito similar “à presunção adoptada pelo legislador em matéria de juros, inclusive moratórios, das obrigações pecuniárias(19). Por natureza, a sanção pecuniária compulsória, vista numa perspectiva puramente funcional, não visa reparar os prejuízos causados pelo incumprimento sem que tenha outra função que não seja a de compelir o devedor a realizar a prestação na qual se materializa esse cumprimento. Por essa razão, a sua fixação, quando estejam em causa obrigações de prestação de facto, não terá qualquer relação com os efectivos prejuízos sofridos pelo credor, devendo, outrossim, ser efectuada tendo em conta outros interesses(20). Não obstante, a sanção pecuniária compulsória referente às obrigações pecuniárias, acaba por ser um valor percentual adicional que acresce ao dos juros de mora, destinados deliberadamente a indemnizar o prejuízo do credor pela mora. Por essa razão, e ainda que sem perder a sua natureza de pena pecuniária, a sanção pecuniária compulsória, atinge nessas obrigações uma função indemnizatória, que surge como consequência necessária da forma como se encontra desenhada. Não podendo deixar de ter-se em conta, que a obrigação que garante é fungível, sendo a sua reparação em espécie equivalente ao pagamento da quantia em questão acrescida dos juros e da eventualmente necessária actualização monetária. Aliás, essa vertente, embora de modo menos evidente, é também assumida na sanção pecuniária compulsória referente a obrigações de prestação de facto, em que acaba por através dela se indemnizar, por equivalente grosseiro, o prejuízo decorrente do incumprimento. A res-

---

(26) FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, “Curso de Processo de Execução”, 2.<sup>a</sup> ed., 2000, pag. 116.

(27) “A Acção Executiva à Luz do Código Revisto”, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, pag. 162.

(28) “A Acção Executiva Singular”, 1998, pag. 190.

(29) Ainda CARLOS OLIVEIRA SOARES que afirma que tal decisão “contém efectivamente uma pronúncia do Tribunal sobre a relação material controvertida (...) esta evidência pode ser obscurecida pelo efeito intraprocessual da procedência da oposição, ou seja a extinção da acção executiva. Contudo este efeito não consome a decisão da relação material controvertida uma vez que as partes estão em situação idêntica a que estariam se o litígio constituísse o objecto de uma acção declarativa não associada a uma acção executiva. (“O Caso Julgado na Acção Executiva, In Themis, IV, 7, 2003, pag. 258).

peito das obrigações pecuniárias, a similitude com o regime dos juros de mora é por demais evidente. E no tocante aos juros de mora, aplicáveis às obrigações pecuniárias em situações de mora, é inequívoco que poderão ser exigidos, quer em sede declarativa, quer em sede executiva. A exigência de sanção pecuniária compulsória em processo de execução de título extrajudicial, permite também assegurar a necessidade de respeito pela administração da justiça, uma vez, que é, através do tribunal, que se exige ao devedor que pague a quantia devida acrescida de tal sanção, que se avolumará à medida que o desrespeito pela ordem de pagamento dada em sede de execução por tal órgão de soberania se vá protelando no tempo. Com efeito, na execução o devedor é citado para pagar ou nomear bens penhora suficientes para garantir esse pagamento, sendo essa ordem dada, através da citação, pelo tribunal. A exigência de sanção pecuniária compulsória em processo de execução fundada em título extrajudicial, respeita o âmbito e as finalidades de tal figura.

**3.3.** Por outro lado, tratando-se de um título extrajudicial, não pode também defender-se que as garantias de defesa do executado fiquem prejudicadas com a exigência da sanção pecuniária compulsória em sede executiva, uma vez, que este pode opor-se à execução com base em quaisquer fundamentos que lhe fosse legítimo invocar em sede declarativa. O executado a quem seja exigida uma sanção desta natureza em sede de execução pode, pois, contestar a sua exigibilidade, nos mesmos termos em que o poderia fazer em sede declarativa ou alegar fundamentos que eximissem desse pagamento, como seja, a demonstração de uma situação particular de impossibilidade que o tivesse impedido de cumprir. Na realidade, a contestação da sanção pecuniária compulsória, e uma vez que esta decorre imediatamente do n.º 4 do art. 829.º-A do Código Civil sendo o seu valor fixado de forma taxativa por tal disposição legal, apenas se reconduzirá à contestação da obrigação para cuja coerção essa sanção é fixada. Os meios de defesa de que

---

(30) Como decorre do art. 817.º, n.º 3, do Código de Processo Civil e cuja redacção se manteve na versão posterir à reforma de 2003.

dispõe o executado para se opor à execução por título extrajudicial são, por expressa determinação do art. 816.º do Código de Processo Civil, os mesmos de que disporá o réu na acção declarativa. A respeito das garantias de defesa do executado, a questão poderá pôr-se até com maior acuidade no âmbito das obrigações de facto infungível, em que a sanção pecuniária deverá ser fixada pelo julgador. E sendo esta exigida em acção declarativa, o réu terá a possibilidade de contestar o valor que venha a ser exigido pelo credor e aquele que o tribunal fixe. Maiores dúvidas se levantarão quando nada tenha sido exigido em sede declarativa e a questão se coloque apenas na acção executiva, sendo essa a primeira vez que o credor exija tal sanção. Sendo inquestionável que o executado não poderá já contestar a obrigação, por esta poder e dever ter sido discutida no processo declarativo, o mesmo não ocorre com o valor da sanção pecuniária compulsória que apenas na execução será fixado. E não existe um meio processual autónomo que permita dedução de tal discussão, para a qual a oposição à execução não se revela adequada. Não pode, porém, deixar de permitir-se ao executado levantar tal discussão e permitir que seja realizada a actividade probatória inerente ainda que em incidente declarativo autónomo tramitado no âmbito da acção executiva<sup>(21)</sup>. No caso da sanção pecuniária compulsória relativa às obrigações pecuniárias esse problema não se levanta, pois, ou o executado pode ainda discutir a obrigação subjacente e por isso a exigibilidade dessa sanção, ou já não o pode, e nesse caso, a tal sanção não poderá também ser discutida.

## II.

1. A situação tratada pelo Acórdão levantava ainda uma outra questão e que se prendia com saber em que medida é legítimo questionar numa acção de enriquecimento sem causa a exigibilidade de um determinado valor que tinha já sido exigido numa execução e que nessa execução não havia sido questionado. A decisão de tal questão terá que ser encontrada no conceito de caso jul-

gado<sup>(22)</sup> e na eventual preclusão dos direitos de defesa que poderiam ter sido invocados pelo executado. O caso julgado que poderia estar eventualmente em causa, seria aquele que é denominado por caso julgado material e que respeita ao efeito de autoridade da decisão proferida face a quaisquer autoridades e fora do âmbito do processo onde havia sido proferida. A questão, de facto, não se punha ao nível do caso julgado formal que é aquele efeito gerado pelas decisões insusceptíveis de recurso proferidas no âmbito de um processo e que nesse processo não podem ser já contestadas. No caso dessas decisões, que constituem caso julgado formal e que respeitam a questões formais, a sua autoridade encontra-se circunscrita à instância processual, de nada valendo fora da relação jurisdicional onde foram proferidas. Bem pelo contrário<sup>(23)</sup>, as decisões que sejam proferidas acerca do mérito da causa gozam da denominada autoridade de caso julgado material, impedindo, quando se tornem insusceptíveis de recurso ordinário, que a relação material controvertida a respeito da qual foram proferidas possa voltar a ser decidida. A autoridade de caso julgado visa, sobretudo, evitar que aquele ou outro tribunal “seja colocado na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior”<sup>(24)</sup>. Para que se verifique o efeito de caso julgado é irrelevante a bondade da decisão, uma vez que as razões de certeza e de segurança jurídica que o fundam se sobrepõem a quaisquer outras, nomeadamente, de justiça, que pudessem invocar-se. Ao caso julgado atribuem-se, em regra, duas funções<sup>(25)</sup>. A função positiva é aquela onde o instituto faz valer a sua força e autoridade, através da qual se regula de modo definitivo e inquestionável o litígio que foi já objecto de decisão e que pode por qualquer um ser invocada. A função negativa do caso julgado é aquela, susceptível de ser deduzida pela via da excepção, que impede que tal relação volte a ser julgada. A dedução do caso julgado pela via excepcional, envolve a demonstração de que a acção onde seja invocado constitui repetição de uma causa anterior. A solução prevista pelo art. 497.º do Código de Processo Civil está em consonância com a natureza e finalidades do caso julgado,

---

<sup>(31)</sup> A respeito da diferença entre o título executivo e a causa de pedir da acção executiva pode ver-se ABRANTES GERALDES, “Títulos Executivos”, in *Themis*, IV, 7, 2003, pags. 35 e 36.



visando evitar a nova decisão de mérito acerca de um litígio cujo mérito foi já decidido. A repetição de causas afere-se por uma tríplice identidade entre os elementos objectivos e subjectivos que delimitam a instância, exigindo-se, pois, que os sujeitos, a causa de pedir e o pedido sejam idênticos em ambas as acções que estejam em causa. Essa identidade não deve ser meramente formal, mas antes substancial, devendo efectivamente aferir-se tais elementos de um ponto de vista que transcenda a mera equivalência de forma, e que abrange a real identidade entre a pretensão e o efeito jurídico que dela se pretenda obter e a posição jurídica dos sujeitos.

**2.1.** A sentença pela qual sejam julgados os embargos — ou a actual oposição à execução — forma caso julgado material, nos mesmos termos em que o forma uma acção declarativa. E a oposição por via de embargos, na realidade, “configura-se como uma verdadeira acção declarativa enxertada na executiva” e “implica a constituição de uma nova relação processual autónoma, não reconduzível a uma fase da relação processual executiva, por poder apresentar pressupostos processuais próprios e se delinear como relação processual de cognição, com a estrutura do processo normal de declaração...”<sup>(26)</sup>. Assim, revela-se inquestionável que sendo em sede de oposição à execução o tribunal chamado a decidir, no âmbito do mais puro exercício do seu poder jurisdicional, o

---

<sup>(26)</sup> Em sentido contrário LEBRE DE FREITAS que defende que “tal como em qualquer outra acção declarativa a identificação da causa de pedir ganha especial relevância em caso de improcedência do pedido: enquanto no caso de procedência e constitui caso julgado absoluto (fica definitivamente assente perante o réu o direito invocado) quando a acção improcede forma-se tão só o caso julgado relativo (fica definitivamente assente que o direito não existe com fundamento invocado pelo autor como causa de pedir)” e que “embora a sentença de mérito proferida nos embargos de executado forme caso julgado material (...) que impede a propositura de nova acção (acção de repetição do indevido incluída (...), fundada em idêntica causa de pedir, esse impedimento não se mantém se for proposta acção (de apreciação ou de condenação) baseada em outra causa de pedir” (“Concentração da Defesa e Formação de Caso Julgado em Embargos de Executado” in “Estudos Sobre Direito Civil e Processo Civil”, Coimbra, 2002, pag. 459).

<sup>(27)</sup> No sentido preconizado, GONÇALVES SAMPAIO que defende que “de acordo com o art. 489.º [do C.P.C.] toda a defesa deve ser deduzida na oposição à execução (...) se o executado tiver deduzido oposição à execução, recebida esta e julgado procedente ou improcedente, a sentença transitada em julgado faz caso julgado sobre a matéria declarató-

direito aplicável ao litígio que se verifique entre as partes, que a sua decisão terá a força e a autoridade de caso julgado material, definindo irreversivelmente a causa. Ora, tendo uma oposição deduzida assentado, inequivocamente, sobre o mérito da execução, a sentença, de mérito, que venha a ser proferida em sede de embargos tem valor de caso julgado, decidindo definitivamente o mérito da obrigação exequenda. E tendo sido contestado o mérito das obrigações exequendas e tendo a oposição sido julgada improcedente, esse mérito atinente, nomeadamente, da existência, certeza, liquidez e exigibilidade daquelas obrigações, tornou-as definitivamente assentes, atentos os efeitos da sentença proferida que, dele conheceu. Com efeito, como ensina Lebre de Freitas “a sentença proferida sobre uma oposição de mérito é assim dotada de força geral de caso julgado”<sup>(27)</sup> no mesmo sentido se pronunciando Teixeira de Sousa, referindo-se à eventual extensão do caso julgado formado pela decisão de embargos aos executados não embargantes<sup>(28/29)</sup>. Com efeito, os embargos — e hoje a oposição à execução — têm uma estrutura processual semelhante à de uma acção declarativa na qual apesar de o articulado inicial ser a petição de embargos apresentada pelo executado, não deixa de ser relevante e admitido também como um articulado, o requerimento inicial do exequente. Os factos alegados no requerimento inicial da execução podem e devem integrar a selecção da matéria de facto a ser elaborada no

---

ria; neste caso o executado ficará impedido de recorrer a uma acção declarativa por fora, com o fim de impedir a condenação do exequente na restituição do indevido, sob pena de ofensa ao caso julgado da decisão que julgou a oposição, salvo nos casos que abaixo serão citados” (A Acção Executiva e a Problemática das Execuções Injustas” 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2008, pag. 468). E as situações que são referidas pelo autor citado como permitindo a instauração de acção de restituição, respeitam apenas a conhecimento superveniente de facto extintivo ou modificativo da obrigação, pois, “se o executado, apesar da existência de fundamento de oposição à execução, não a deduzir por pura negligência ou falta de interesse, podendo, no entanto fazê-lo a solução apresenta-se duvidosa, inclinando-nos todavia para a inadmissibilidade da acção de restituição do indevido (...) se o executado, apesar de conhecer o facto extintivo da obrigação e poder deduzir oposição não o faz por negligência ou falta de interesse na discussão do direito, parece compreensível que não possa fazê-lo em outro momento (...) não poderá recorrer depois recorrer a um meio petitório comum próprio para remediar situações em que ao executado não tenha sido possível a oposição, quando podia fazê-lo em tempo oportuno e não o fez...” (Gonçalves Sampaio, obra citada, pags. 471 e 472).

despacho saneador efectuado no âmbito do apenso de embargos e a contestação do embargado está sujeita ao ónus de impugnação especificada, mas com excepção dos factos alegados pelo embargante que estejam em oposição com o requerimento inicial<sup>(30)</sup>. É também essa estrutura que leva a que, em sede de embargos — e agora em sede de oposição à execução — não sejam admitidos outros articulados, para além da petição e contestação, como decorre do n.º 2. do art. 817.º do Código de Processo Civil na versão anterior à reforma da acção executiva. Pese embora a iniciativa na dedução de embargos seja do executado, é o exequente que, face à feição que assumem, acaba por ter posição equivalente àquela que detém o autor numa acção declarativa. Quando o seu objecto se prenda com uma questão de mérito, através dos embargos visa destruir-se o fundamento ou a razão de ser da obrigação exequenda, o que, correlativamente, significa que, em situação de improcedência, essa obrigação ou a sua exigibilidade ficam consolidadas. É, pois, a obrigação exequenda, no seu todo que visa, através da defesa apresentada pelo executado, atacar-se e que, caso essa defesa, com os fundamentos de mérito apresentados, não prevaleça se manterá e deixará de poder voltar a ser questionada face ao caso julgado material que a sentença que os decida forma. A situação é, por isso, idêntica àquela que exista numa acção declarativa, em que o autor fosse o exequente, por ser este quem, através do requerimento inicial da execução dá a conformação à acção, funcionando a petição de embargos como a contestação que em sede declarativa é susceptível de conformar a defesa do réu e as questões que por ele são levantadas. No âmbito da acção executiva fundada em título extrajudicial, o documento que corporiza a obrigação exequenda encontra-se dotado de certeza suficiente que permite o imediato recurso a acção executiva, passando-se desde logo à realização coerciva da prestação, sem necessidade de que declare previamente a validade e exigibilidade da obrigação. Quando se pretenda questionar essa obrigação, através da oposição à execução, procura destruir-se a presunção legalmente criada de que essa obrigação se constituiu validamente nos termos em que constam no

---

(34) “Processo de Execução”, Vol. II, Coimbra, 1954, pag. 508.

título executivo e que é exigível. O regime, assente sobretudo nos documentos em que existe a confissão ou o reconhecimento de uma obrigação pelo devedor, mais não é do que uma transposição para a sede instrumental da disposição legal relativa à promessa de cumprimento e ao reconhecimento de dívidas e que consta no art. 458.º do Código Civil e que, existindo essa promessa ou esse reconhecimento sem indicação da causa, dispensa o credor de provar a relação subjacente. Assim, junto pelo exequente o título executivo de onde decorra a confissão ou o reconhecimento da dívida, não é exigido a este que efectue qualquer outra prova, sendo ao executado que, em sede de oposição, incumbe a prova contrária para afastar a presunção que contra ela se firmou. Ao exequente incumbe, quando instaura a acção executiva o ónus de demonstrar a confissão ou o reconhecimento da dívida, juntando o título executivo, cabendo, ao executado, caso pretenda usar de tal faculdade, o ónus de impugnar a validade de tal documento ou de, independentemente dessa impugnação, afastar a presunção legal que dele decorre. A estrutura da acção executiva não difere, pois, daquela que tem uma acção declarativa, pois, não sendo deduzida oposição têm-se por admitido o que consta no requerimento inicial da execução, nem sendo necessário, por força da suficiência do título, apreciar a obrigação que nele consta e prosseguindo-se, de imediato, com a realização coerciva dessa obrigação. Sendo apresentada oposição, a sua estrutura é a de uma acção declarativa em que, salvas as devidas adaptações, a petição inicial seja o requerimento executivo e a contestação seja a oposição, valendo a contestação do exequente como réplica E é, por isso, que a sua estrutura é aquela que se descreveu, que não difere muito daquela que tem a acção de apreciação negativa em que também, mas desta feita por via do art. 343.º do Código Civil, existe uma inversão do ónus da prova e em que a contestação tem, em substância, a função que nas restantes acções declarativas tem a petição inicial.

**2.2.** Ora, é evidente que, numa acção declarativa em que fosse exigida uma qualquer obrigação e sendo julgada improcedente a

---

(35) A esse respeito podem ver-se LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Código de Processo Civil Anotado”, vol. III, Coimbra, 2003, pag. 57).

defesa de mérito apresentada pelo réu, a obrigação ficaria, ao abrigo do caso julgado material, insusceptível de posterior discussão em qualquer das suas vertentes. Não pode em sede de sentença que decida o mérito dos embargos ou de oposição, deduzidos em acção executiva, decidir-se de modo diverso, ficando também, e independentemente do concreto fundamento invocado pelo embargante para a discussão do mérito da obrigação exequenda, essa obrigação consolidada e não sendo susceptível de voltar a ser questionada em nenhuma das suas vertentes. Nem poderá, em contrário, invocar-se que a sentença não considerou eventuais questões por não lhe terem sido colocadas, porquanto situação idêntica ocorrerá em sede declarativa, sendo, pois, ónus do réu apresentar, dentro do prazo da contestação, todos os fundamentos da sua defesa (art. 489.º do Código de Processo Civil). E os poderes do julgador para, officiosamente, decidir questões jurídicas, como aquela que agora está em causa, são até mais alargados em sede de acção executiva como pode verificar-se da aplicação dos art. 811.º-A e 820.º do Código e Processo Civil na versão anterior à reforma de 1995. Na realidade a causa da pedir da oposição à execução é conformada, não apenas pela petição da oposição, mas, antes desta e nos mesmos termos em que ocorre nas acções de mera apreciação negativa, pelo requerimento executivo. A oposição à execução, como ocorria com os embargos de executado, tem uma estrutura equivalente à de

---

(36) Como ensinava CASTRO MENDES, na esteira da posição já antes defendida por ALBERTO DOS REIS, "...na questão de saber se baseando-se a execução em título negocial ou administrativo a sentença a que se refere o art. 919, n.º 2, não chega para impedir, designadamente que o executado mova posteriormente contra o exequente acção de repetição do indevido. A essa questão damos resolutamente resposta afirmativa: o processo executivo *qua tale* deixa uma zona de indiscutibilidade respeitante à pretensão material do exequente, zona essa semelhante à que deixa o processo de declaração" ("Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil", Lisboa, 1968, pags. 20 e 21). No mesmo sentido e com referência ao art. 919.º do Código de Processo Civil, na redacção então vigente e que era aplicável à execução em causa nestes autos, afirma TEIXEIRA DE SOUSA, "Conforme o seu conteúdo material ou processual, a decisão de extinção da execução produz caso julgado material (art. 671.º, n.º 1) ou formal (art. 672.º)" defendendo ainda que "o conteúdo é material se a extinção decorre da extinção da obrigação exequenda; é processual se a extinção ocorre por outra causa", ("A Acção Executiva Singular", Lex, 1998, pag. 415). Em posição semelhante afirma PESSOA JORGE que "a sentença que declara extinta a execução beneficia da autoridade de caso julgado, ficando a atestar a correcta satisfação da obrigação exequenda" ("Lições de Direito Processual Civil, A Acção Executiva", Lisboa, 1972 e 1973, pags. 280 e 281).

uma acção declarativa, mas o seu objecto está limitado à discussão das questões que possam apenas ter relevância a respeito da obrigação exequenda. A sua causa de pedir está, pois, funcionalizada pela obrigação exequenda, não sendo admitida em oposição à execução a discussão de quaisquer questões que careçam de relevância para definir a existência, validade ou exigibilidade dessa obrigação. Ora, a causa de pedir da acção executiva é constituída pelo título executivo, mas esse conceito reporta-se, não ao documento em si mesmo, mas à obrigação exequenda que, corporizada nesse documento, permite a instauração da execução e define os seus limites<sup>(31)</sup>. Estando a causa de pedir da oposição limitada à discussão da obrigação exequenda, e sendo esta, por seu lado, a causa de pedir da acção executiva, não pode, de modo mais abrangente, deixar de admitir-se que a causa da pedir daquela e desta são uma e a mesma. Aliás, quando se trate de uma execução fundada em título extrajudicial, a dedução da oposição não se encontra limitada, sendo legítimo ao executado apresentar qualquer dos meios de defesa de que pudesse lançar mão em processo declarativo. Assim, sendo a causa de pedir definida pelo requerimento inicial da execução e pelo título que com esse requerimento é junto, tal articulado corresponde a uma petição inicial que fosse apresentada em processo declarativo. Esse requerimento inicial tem, por força da sua estrutura uma única e importante diferença face a uma normal petição inicial: atenta a presunção decorrente da suficiência do título é ao executado que cabe o ónus de efectuar a demonstração que destrua tal presunção. Não obstante, não deixa esse requerimento de delimitar desde logo o objecto do litígio que ocorrerá numa eventual oposição, definindo os contornos da causa de pedir desta. Por essa razão, quaisquer fundamentos que não sejam invocados pelo executado na sua oposição, pese embora não venham a ser objecto de julgamento, não podem deixar de considerar-se incluídos na causa de pedir e que, como se apontou, corresponde à obrigação exequenda. Essa não invocação não só preclui, como sucede a respeito da execução em sede declarativa, o direito de mais tarde invocar outros fundamentos de defesa, como também, decidida a causa, não permite que tais fundamentos de defesa que deveriam ser alegados na oposição, venham mais tarde a ser objecto de diversa acção<sup>(32/33)</sup>.

**3.1.** Mais difícil se apresentará a solução quando não tenha havido qualquer oposição, inexistindo uma sentença proferida em acção de estrutura declarativa na qual os elementos da instância tenham sido objecto de apreciação jurisdicional de mérito. A eficácia preclusiva da sentença de extinção da execução, estendendo os seus efeitos tanto dentro do processo no qual é proferida, como em qualquer outro processo onde se discuta ou se realize coercivamente a obrigação que tenha estado em causa, foi durante largo tempo indiscutível. Com efeito, a extinção operada, ligada à aplicação do art. 919.º do Código de Processo Civil, que se manteve inalterado desde o Código de 1939 e até à reforma do processo executivo de 2003 — posterior ao processo executivo que correu termos entre as partes — sempre foi entendida como definitiva e insusceptível de poder gerar posterior discussão a respeito da obrigação que estivesse em causa. A esse respeito entendia Alberto dos Reis, que a extinção operada por decisão judicial apta a operá-la na sequência da liquidação ou extinção por qualquer outro modo da obrigação exequenda, tem efeitos substanciais, efeitos que apenas eram afastados quando ela se referia a situações de deserção e desistência às quais atribuía apenas efeitos processuais, afirmando, quando tratava de tal questão, que “não temos que ocupar-nos aqui da deserção da instância executiva nem da desistência da execução. São factos que, normalmente, não extinguem a acção execu-

---

(37) Com a reforma operada na acção executiva deixou de existir a sentença pela qual se declarava extinta a execução, mas, como afirma LEBRE DE FREITAS, “o efeito de direito substantivo do facto (pagamento ou outro) invocado na acção executiva não deixa de se produzir, obstando ao êxito duma nova acção executiva...” (“A Acção Executiva”, 5.ª edição, 2009, pag. 357) Não pode, porém, concordar-se com o insigne autor quando este afirma que tal efeito não impede “a propositura, pelo executado de uma acção de restituição do indevido” (obra citada, página 357), pois, a ter-se o efeito referido na pretensão do exequente não se vê como não possa afectar também uma eventual pretensão do executado. Assim, ainda que por via da excepção dilatória inominada, a extinção da execução impede nova discussão acerca da obrigação exequenda.

(38) “Manual de Processo Civil”, Lisboa, 1953, pag. 458.

(39) Nesse sentido, LEBRE DE FREITAS, (“A Acção Executiva”, 2.ª edição, 1997, pag. 294), CARLOS OLIVEIRA SOARES (“O Caso Julgado na Acção Executiva”, In Themis, IV, 7, 2003, pag. 248), ANSELMO DE CASTRO (“A Acção Executiva Singular, Comum e Especial”, 2.ª edição, pag. 304).

tiva, só extinguem a instância”<sup>(34)</sup>. Assim, não pode senão atribuir-se a tal sentença a eficácia de caso julgado, não apenas formal, mas material abrangendo nos seus efeitos os limites definidos pela obrigação exequenda, pois, não se compreenderia que essa obrigação pudesse voltar a ser discutida por qualquer das partes. O executado tem oportunidade, no âmbito do processo executivo de discutir a existência, exigibilidade e o valor da obrigação que lhe é exigido que satisfaça coercivamente, não estando limitado, quando o título não seja jurisdicional, nessa defesa que apresente. Admitir que possa, mais tarde e depois de lhe ter sido dada tal faculdade sem que a tenha utilizado, voltar a discutir a obrigação exequenda, é subversão do sistema de regras processuais civis, permitindo-se renovar uma discussão já encerrada e abrindo-se a possibilidade de serem geradas situações de contradição de julgados. A não ser como se vem defendendo, não se compreenderia o disposto no n.º 2.º do art. 816.º do Código de Processo Civil na versão aplicável à execução em causa e que se mantém após a reforma de 2003 em vigor no n.º 3.º do art. 813.º do actual Código de Processo Civil, porquanto, não formando caso julgado a decisão de extinção da execução, sempre em acção de repetição do indevido o executado poderia vir a opor ao exequente qualquer contestação à obrigação exigida e que fosse objectiva ou subjectivamente superveniente, não sendo necessário conceder-lhe prazo suplementar para deduzir embargos. E não seria necessário também que estivesse expressamente prevista a possibilidade de renovação da execução extinta, o que demonstra que a sentença de extinção não tinha apenas efeitos meramente processuais. Com efeito, se a sentença de extinção da execução apenas tivesse o efeito de caso julgado formal incidindo unicamente sobre a relação processual ou a instância, a disposição constante do art. 920.º do Código de Processo Civil anterior à reforma de 2003, seria desnecessária, uma vez que sempre ao exequente seria possível, pese embora a extinção da



## *Jurisprudência dos Conselhos*

execução, instaurar contra o executado nova execução baseada no mesmo título. Só por assim não ser é que se dá tal possibilidade ao exequente, sendo, porém, tal possibilidade — saliente-se — limitada ao pagamento de prestações que se vençam posteriormente nos títulos de trato sucessivo, o que deixa insusceptível de discussão todas as anteriores prestações que haviam sido coercivamente exigidas. Esta disposição legal é bem demonstrativa da eficácia de caso julgado material que caracteriza a sentença de extinção da execução, que mantém intangíveis as prestações que foram já exigidas e em relação às quais foi já dada possibilidade de discussão ao executado, permitindo apenas a exigência de novas prestações que ainda não tenham sido abrangidas por aquela força de caso julgado. Aliás, o recurso próprio para obter a reapreciação da sentença que declarasse a extinção da execução só até à reforma processual civil operada em 1995, seria o agravo, porquanto, até então, apenas as decisões que conhecessem o mérito da causa seriam susceptíveis de comportar tal espécie de recurso, face à redacção que vigorava do art. 691.º do Código de Processo Civil então vigente. A redacção referida não abrangia as sentenças homologatórias, que apesar de formarem caso julgado material, apenas poderiam ser atacadas por via de recurso de agravo, não sendo, por isso, a susceptibilidade de impugnação por essa espécie de recurso impeditiva do caso julgado material que formavam. Apenas com a reforma operada em 1995, e de acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei 329-A/95, de 12 de Dezembro, passou o recurso de apelação a respeitar a todas as decisões susceptíveis de formar caso julgado material, entre as quais as sentenças homologatórias<sup>(35)</sup>. É evidente que face à alteração produzida a sentença de extinção de execução seria também, por estar abrangida pela previsão do n.º 1.º do art. 691.º do Código de Processo Civil e na medida em

que versa sobre o mérito da causa, susceptível de recurso de apelação. E a tanto não impede a falta de referência expressa no art. 922.º do Código de Processo Civil, na redacção anterior à reforma de 2003, pois tal preceito legal não abrangia também a sentença que homologasse a desistência do pedido executivo formulada pelo exequente, sendo inquestionável que face a essa decisão o recurso adequado seria o apelação. De qualquer modo, ainda que assim não se entendesse e se considerasse ser o recurso de agravo o adequado, nem por isso deveria considerar-se que a eficácia da decisão seria apenas processual, pois, como decorre até da situação legislativa que existia antes da reforma de 1995, não é a espécie de recurso que deverá caracterizar a eficácia da decisão, mas, outrossim, essa eficácia que deverá determinar a espécie de recurso aplicável. À decisão de extinção da obrigação exequenda, por pagamento ou desistência do pedido não pode senão ser-lhe atribuído conteúdo material e, nessa medida, eficácia de caso julgado material, pois, tendo por base um pagamento extrajudicial, não tem, nem poderia ter um conteúdo meramente processual, reportando-se os seus efeitos ao mérito da execução<sup>(36)</sup>. Independentemente da dedução de oposição à execução, no momento em que esta se extingue por sentença que declara a extinção da obrigação, tal decisão não pode senão ter efeitos materiais e impeditivos de posterior discussão acerca da obrigação exequenda. Situação similar terá também a sentença que homologue uma desistência do pedido formulado em sede de execução pelo exequente, que inquestionavelmente, extinguirá com eficácia material e preclusiva a execução, impedindo posterior instauração de subsequente acção executiva baseada na obrigação antes executada. A sentença de extinção dessa execução por via do caso julgado material que formou, impede que as obrigações exequendas possam voltar a ser discutidas e preclui o direito do executado a contestá-las. Com efeito, não se vê que diferença pode ter essa decisão de qualquer outra decisão judicial, pois, que se é certo que o título executivo já “polariza em si a necessária e suficiente força executiva”, também não é menos verdade que, ao julgador, em sede executiva, é legítimo apreciar a obrigação cuja realização coerciva se pede, podendo

indeferir liminarmente os pedidos exequendos que entenda não estarem contemplados pelos limites desse título.

**3.2.** A sentença que declara extinta uma execução, na sequência de um requerimento apresentado pelo exequente e no qual este declara ter sido extrajudicialmente pago, não julga, como é evidente, o mérito da causa, limitando-se a verificar a legitimidade dos poderes daquele que faz a declaração de quitação. Mas, essa natureza meramente formal, não impedirá que se lhe possa atribuir autoridade de caso julgado, pois, o mesmo carácter meramente formal têm as sentenças que, em acção declarativa, homologam uma transacção ou a desistência de um pedido. Na sentença de homologação de transacção, o tribunal limita também a sua actividade, à verificação formal da disponibilidade do objecto da transacção e da legitimidade das partes contratantes. A condenação destas não é elemento essencial dessa decisão, pois, poderá a transacção não vincular nenhuma das partes ao cumprimento de uma obrigação. A declaração de quitação do exequente mais não é do que um negócio unilateral, ao qual o executado, expressa ou tacitamente dá a sua concordância. Não se vê que diferença poderá existir no que concerne à autoridade da sentença que homologando um negócio unilateral declara extinta uma execução, daquela que homologando negócio bilateral extingue uma acção. Ambas pressupõem a resolução definitiva da questão jurídica ou questões jurídicas que constituem a causa de pedir, mas, em nenhuma delas o tribunal entrou a conhecer do mérito. Aliás, mesmo que se entendesse que a sentença que determinou a extinção da execução tem apenas efeitos processuais e que é susceptível de formar apenas caso julgado formal, sempre estaria vedada nova discussão relativa à obrigação exequenda, dentro dos limites em que esta foi judicialmente exigida em sede de execução<sup>(37)</sup>. Castro Mendes entendia que “a imutabilidade” decorrente do caso julgado formal “alarga-se para fora do processo”<sup>(38)</sup>. Considerava, por isso, que, apesar de ter efeitos unicamente dentro do processo onde era formado, o caso julgado formal, quando se verificassem, no âmbito de outro processo os pressupostos que permitissem a sua dedução, poderia ser invocado enquanto excepção dilatória inominada. As razões

meramente processuais que levam a que uma decisão de mérito não possa ser repetida dentro do mesmo processo, levam a que igualmente não possa, fora desse âmbito, ser sujeita a novo julgamento, no qual seja discutida com o mesmo e exacto enquadramento de sujeitos, causa de pedir e pedido. Ora, mesmo que se considerasse<sup>(39)</sup>, que a sentença de extinção da execução tem efeitos meramente processuais, formando apenas caso julgado formal, esse caso julgado impediria que pudesse voltar a ser judicialmente discutida a questão, desde que o enquadramento dado à questão suscitada se circunscreva aos limites com a qual esta havia sido colocada em sede de acção executiva. Admitir que tal questão possa voltar a ser discutida impede a coerência do sistema jurisdicional, podendo levar, em oposição ao espírito que preside a esse sistema, a uma contradição de julgados, por repetição do direito de contestar, através de nova acção, uma obrigação já assente.



## REVISÃO DO PROCESSO DISCIPLINAR

Proc. N.º 200/2011 — CS/R,  
de 2 de Março de 2012

*Relator:* Dr. Rodolfo Lavrador

### I

1 — A “..., Limitada”, e outros, patrocinados pelo Dr. A, moveram uma acção judicial (Processo ...) a ..., que foi patrocinado pelo Dr. B.

2 — Aqueles dois Advogados desentenderam-se, e, no seguimento de participação do Dr. A, veio a ser instaurado processo disciplinar ao Dr. B tendo sido proferido despacho de acusação (fls. 57 a 59) pelos factos que aí se mencionaram, nomeadamente por o arguido, ter acusado o Dr. A “de ter cometido um crime de falsificação de documento”.

3 — Por acórdão de 27.02.2007 da 1.ª Secção, o Conselho de Deontologia de Lisboa condenou o Sr. Dr. B na pena de Censura, por violação, culposa, dos deveres previstos nos arts. 76.º n.º 1 e 3 e 86.º n.º 1, a) do EOA (versão então em vigor), tendo sido considerados provados todos os factos constantes da acusação (fls. 131 e 132).

## II

1 — A notificação do acórdão ao arguido envolveu dificuldades várias (vide fls. 134, 138, 143), tendo, inclusivé, sido extraída certidão de fls. 131 a 137 com vista à instauração de processo disciplinar autónomo por violação do art. 86.º b) do EOA (fls. 138).

2 — Depois das diligências que constam dos autos concretizou-se a notificação do arguido e o processo veio a ser remetido ao arquivo por ter “...transitado em julgado o Acórdão de fls. 132” (fls. 160).

3 — Tornou-se, por isso, aquela decisão caso decidido, insusceptível de ser impugnada através de recurso ordinário, em “08 de Setembro de 2007” (fls. 162).

## III

1 — Em 27 ou 28 de Abril de 2009 deu entrada no Conselho de Deontologia de Lisboa um requerimento do Dr. B a ...”interpor recurso de revisão do acórdão condenatório...” já referido.

2 — Além do mais que consta do requerimento inicial aí se informa que o Dr. A apresentou queixa-crime contra o Dr. B, a qual deu lugar ao processo ...de Lisboa.

3 — Aberta a Instrução veio a ser proferido despacho de não pronúncia, em 11.11.2008, do qual o recorrente salientou a seguinte passagem:

*“Ora para além desta expressão ter sido retirada de um documento cujo restante conteúdo se desconhece, sempre se dirá que tal comunicação efectuada pelo arguido ao assistente jamais poderia consubstanciar, por si só, a prática de um crime de injúria visto que se trata de uma comunicação que os próprios estatutos da Ordem dos Advogados impõem. (art. 91.º do E.O.A.).*

*Na realidade, entendendo o arguido, que o assistente tinha cometido um crime, relativamente ao qual pretendia apresentar*

*queixa, era seu dever, visto tratarem-se ambos os advogados, comunicar previamente ao seu colega.*

*(...)*

*O facto de ter feito alegadamente constar em tal fax “que o senhor cometeu crime de falsificação de documento” quando não podia, em termos técnico-jurídicos, afirmá-lo antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, não altera o significado de tal comunicação, ou seja, de que a mesma se traduziu na informação do seu destinatário de que o seu autor considerava que aquele tinha cometido um crime de falsificação e que, por isso, ia apresentar queixa, como parece que, efectivamente apresentou.*

*Importa por último, mencionar que obviamente se discute neste processo a versão apresentada pelo assistente, relativamente à qual, não existe, nos autos, qualquer suporte documental”.*

4 — O requerimento de interposição está motivado, e contém conclusões sendo a 17 do teor seguinte:

*“Face ao despacho de não pronuncia, que é decisão definitiva, estamos perante a situação do art. 162.º n.º 1 al. c) do EOA sendo que da oposição do despacho de não pronuncia com o acórdão condenatório no processo disciplinar resultam graves dúvidas sobre a justiça da decisão condenatória, mais resulta totalmente ilegal a decisão condenatória”.*

5 — Como se vê de fls. 150, por despacho do Presidente do Conselho de Deontologia de Lisboa proferido em 05.05.2009, “...em conformidade com o estipulado nos artigos 164.º e 165.º do EOA” foi mandado instaurar “...o competente processo de recurso de revisão devendo correr por apenso ao processo principal...”

6 — Depois de vários requerimentos e da junção de numerosos documentos, o que aqui e agora não importa analisar, veio a ser emitido o parecer de fls. 244 a 247, em 04.04.2011.



7 — Além do mais que aí se pode ler, disseram a Advogada-Instrutora e o Vogal-Relator que “...é patente a existência de razões substanciais que podem gerar dúvidas sobre a justiça da condenação” pelo que “o pedido de revisão revela-se manifesta e devidamente fundado”, pelo que “o processo deve ser remetido ao Conselho Superior para julgamento em plenário (n.º 3 do art. 166.º).

#### IV

1 — Efectivamente o recurso foi enviado a este CS, onde deu entrada na secretaria do Conselho Geral em 09.05.2011 (fls. 253), e foi inicialmente distribuído ao sr. Dr. António Cabrita.

2 — Este Conselheiro, após a entrada dos autos, elaborou, em 19.07.2011 uma proposta de decisão a qual, porém, não se revelou susceptível de poder obter a maioria necessária à sua aprovação.

3 — Foram por isso os autos redistribuídos ao actual relator, e a ele conclusos em 03 de Fevereiro de 2012.

#### V

1 — A revisão de processos disciplinares é um recurso extraordinário, só possível com algum dos fundamentos taxativamente previstos na Lei.

---

(1) Vide artigo 1158º, n.º 1 do CC.

Tal recurso importa duas decisões fundamentais. A primeira é sobre se existe ou não fundamento para reabrir o processo.

Caso negativo, o recurso morre aí. Caso contrário, porém, será reaberto o processo, a decisão condenatória será reapreciada, e decidir-se-á conforme for considerado de justiça.

2 — O recurso de revisão está previsto nos arts. 162.º a 167.º do EOA devendo ainda ter-se presente que, nos termos do disposto no art. 121.º do EOA, em matéria adjectiva aplica-se, subsidiariamente, o C.P.P.

3 — Dispõe o n.º 3 do art. 414.º do C.P.P. que “a decisão que admite o recurso ou que determine o efeito que lhe cabe ou o regime de subida não vincula o tribunal superior”.

4 — O fundamento da revisão que foi invocado, e aqui está em causa, é o da alínea c) do n.º 1 do art. 162.º do EOA do teor seguinte:

“É admissível a revisão de decisão definitiva proferida pelos órgãos da Ordem dos Advogados com competência disciplinar sempre que:

...

c) Os factos que serviram de fundamento à decisão condenatória forem inconciliáveis com os dados como provados noutra decisão definitiva e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.

...”

---

(2) “Os honorários do advogado devem corresponder a uma *compensação adequada* pelos serviços efectivamente prestados (...)”

(3) Sendo que, o advogado não tem de ter em conta todos os critérios, podendo optar por dar mais importância a uns ou a outros.

(4) Cf. art. 92.º do EOA.

(5) E mesmo o princípio da proporcionalidade. O receio de incumprimento não é um critério que possa ser utilizado pelo advogado na fixação de honorários. Não está previsto no art. 100.º, n.º 3 do Estatuto. Além disso, mesmo considerando que aquele n.º 3 é uma cláusula aberta (o que não é claro) um critério desse tipo violaria os mais elementares princípios deontológicos.

5 — A decisão de não pronúncia é apenas uma decisão de forma.

Como escreveu o prof. Germano Marques da Silva:

*“O Tribunal não pronuncia o arguido porque o considerou inocente, em razão daqueles fundamentos, mas porque verificou não ocorrerem os pressupostos legais da acusação, a indicição da responsabilidade do arguido” (Curso de Direito Penal, III, pág. 191).*

6 — No entanto, para efeitos de revisão de processo disciplinar, entendemos que ...”à sentença é equiparado despacho que tiver posto fim ao processo”, como está previsto para a revisão de processo-crime (CPP 449.º, n.º 2).

7 — Porém, o que possibilita a reabertura do processo é a existência de outra decisão definitiva que tenha dado por provados *factos* inconciliáveis com os dados por provados na decisão que se quer rever.

Ora, no caso concreto, a decisão que ordenou o arquivamento da queixa-crime não deu como *provados outros factos*, mas sim os mesmos. O que fez foi uma apreciação ou valoração diferente deles.

8 — Ninguém contesta que “a responsabilidade disciplinar é independente da responsabilidade civil ou criminal” como está expressamente previsto no art. 111.º do EOA.

No caso concreto estava em causa a carta (que se pode ler a fls. 17 do processo cuja revisão se requer, o 373D/2005) que o dr. B enviou ao Colega dr. A.

Tal carta foi apreciada sob o ponto de vista penal por quem tinha competência para tal — o TIC de Lisboa.

## VI

1 — O Tribunal entendeu que o arguido não tinha cometido qualquer crime por ter enviado a carta ao Colega em cumprimento

de exigência legal (EOA, actual 91.º, anterior 88.º). Esta circunstância excluía o dolo.

Além da parte transcrita do despacho de abstenção (cuja fotocópia está a fls. 72) pode ainda ler-se em tal decisão que o Tribunal considerou que ...”os elementos objectivos do crime de injúria, pelo menos a título de dolo, em tal situação jamais estariam preenchidos”.

2 — O CDL entendeu que aquela carta continha afirmações e acusações ao Colega que violavam o nosso estatuto. Foi uma apreciação de natureza deontológica, a qual está reservada à O.A.. O acórdão poderia ter sido impugnado através de recurso ordinário, para o CS, mas não foi.

Tornou-se, assim, caso decidido no plano disciplinar.

3 — Para além do Tribunal não ter considerado factos diferentes, na análise que fez para efeitos criminais, apenas excluiu o dolo, e o C.D.L. apenas puniu o arguido a título de negligência.

4 — Porque não se mostra verificado qualquer um dos fundamentos legais para a revisão, não há que reapreciar o caso.

## VII

1 — Sempre se dirá, porém, que estamos perante um caso de fronteira, sobre o qual poderão, naturalmente, existir diferentes opiniões.

2 — Na carta em causa o dr. B indica expressamente, no “assunto”, o art. 88.º. Porém, a obrigatoriedade de comunicar ao Colega a intenção de contra ele proceder criminalmente deve ser feita ... “com as explicações necessárias”... O fim em vista é o de se evitarem litígios entre Colegas, sobretudo fora do âmbito da O.A.

3 — No Código Deontológico dos Advogados da União Europeia — Regulamento n.º 25/2001 publicado no D.R., II Série-A,

---

(6) 8 dias no caso em apreço.

n.º 271 de 22.11.2001 prevê-se a forma de proceder em caso de litígio entre advogados de diferentes estados-membros.

Aí se diz (5.9.3) que antes de iniciar processo contra Colega o advogado deve informar as ordens de advogados “por forma a permitir às ordens de advogados em causa prestar o seu auxílio na obtenção da resolução amigável”.

4 — É este mesmo desiderato que preside à comunicação do art. 91.º. Esta não deve ser feita em termos de “ameaça”, mas com a cordialidade possível entre confrades que têm opiniões diferentes mas que devem possuir a mesma formação ética.

5 — E, como resulta da letra e espírito do preceito e tem sido defendido por quem se tem debruçado sobre este assunto, com a antecedência necessária para que possam ser dadas e recebidas explicações e, na medida do possível, esclarecidos os mal entendidos.

Ora, a apreciação crítica, sob o ponto de vista deontológico, da carta que o Dr. José Martins enviou ao colega, foi feita pelo Conselho de Deontologia de Lisboa. Concorde-se, ou não, com a solução encontrada, ela foi aceite por participante e participado (que não recorreu) e tornou-se definitiva.

## VIII

Pelo exposto somos de parecer que se não verifica o fundamento previsto na alínea *c*) do n.º 1 do art. 162.º, nem qualquer outro, pelo que não é legalmente possível reabrir o processo que ora se pretende rever, *devendo ser rejeitado o recurso de revisão interposto pelo dr. B.*

Ao plenário,

*Lisboa, 09 de Fevereiro de 2012*

## **ACÓRDÃO**

Acordam os membros da 1.<sup>a</sup> Secção do Conselho Superior em  
perfilhar o parecer que antecede, nos termos e com os fundamentos  
dele constantes, que aqui se dão por integralmente reproduzidos, pelo  
que deliberam rejeitar o recurso de revisão interposto pelo Dr. B.

*Lisboa, 02 de Março de 2012.*

## SANÇÃO PENAL PELO NÃO PAGAMENTO DAS NOTAS DE DESPESAS E HONORÁRIOS

Parecer do Conselho Geral,  
N.º 5/PP/2012-G, de 31 de Outubro de 2012

*Relator:* Dr. Marcelino Pires

### PARECER

A Requerente vem pedir parecer sobre a possibilidade de aplicar sanção penal pelo não pagamento atempado das notas de despesas e honorários. Mais concretamente, a Requerente pede a este Conselho que emita Parecer sobre a possibilidade de, daquela nota de despesas poder constar uma cláusula com o seguinte teor: “*o pagamento deverá ser efetuado no prazo de 8 dias úteis após a data constante desta nota, sob pena de ser aplicada uma sanção penal de € 6,15 por cada dia de atraso até efetivo pagamento*”

Afirma a Requerente que esta simples cláusula tem tido um grande efeito útil, uma vez que os seus clientes começaram a pagar os honorários naquele prazo de oito dias, evitando-se, assim, atrasos que podiam causar grandes dificuldades económicas à Requerente.

O mandato forense, forma especial do contrato de mandato civil, presume-se oneroso<sup>(1)</sup>. Daí que, no artigo 100.º do EOA seja regulada a forma de cálculo dos honorários do advogado. Logo no n.º 1 desse normativo verifica-se que o advogado, na fixação dos honorários, deve ter em conta o princípio da adequação<sup>(2)</sup>. Nesta medida, os honorários cobrados não podem ser desproporcionais em relação aos serviços prestados. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade na fixação dos honorários. Por esta razão, o n.º 3 do mesmo artigo contempla os critérios que o advogado deve ter em conta na fixação de honorários<sup>(3)</sup>. Nessa medida, a sua fixação não é (não pode ser) arbitrária.

Além disso, o advogado deve apresentar de forma discriminada a conta de honorários ao cliente para que este a possa analisar e dela reclamar caso assim o entenda.

Como já dissemos, o advogado não tem de ter sempre em conta todos os critérios previstos no n.º 3 do artigo 100.º. Por esse motivo, no artigo 95.º, n.º 1, alínea *a*), *in fine*, do EOA, refere-se que nas relações com os clientes o advogado tem o dever de informar sobre os critérios que utiliza na fixação dos seus honorários. Aqui verifica-se que, na fixação de honorários o advogado deve também ter em conta o princípio da informação. Aliás, um outro princípio está aqui implícito. Trata-se do princípio da confiança recíproca<sup>(4)</sup>.

Assim, em matéria de honorários, o advogado deve actuar sempre tendo em conta três princípios deontológicos fundamentais — proporcionalidade, informação e confiança recíproca.

Com efeito, no caso em apreço, parece ser de excluir, desde já, uma solução que permita ao advogado alterar *a posteriori* o contrato celebrado com o cliente. Deste modo, uma simples “nota” na nota de honorários na qual é mencionada a cláusula penal não deve ser admitida, uma vez que viola os princípios da informação e da confiança recíproca<sup>(5)</sup>. Viola também o princípio geral da estabilidade dos contratos. Um contrato só pode ser alterado por acordo, ou se se verificar alguma alteração que pela sua relevância assim o possa determinar.

No entanto, a Requerente faz referência a uma situação algo diferente da descrita no parágrafo anterior. Afirma a Requerente que “só pelo facto de informar o cliente da possibilidade de aplicação da dita sanção os pagamentos começaram a ser efectuados no prazo de 8 dias úteis”. Ficamos apenas sem saber o momento em que o cliente é informado da existência daquela cláusula: se logo no momento da celebração do contrato de mandato forense, ou apenas aquando da entrega da nota de despesas e honorários.

Em nosso entender, tendo em conta a função e o papel do advogado na sociedade, uma cláusula desse tipo tem de ser discutida no momento da celebração do contrato. Ou seja, no momento em que o cliente confere poderes de representação ao mandatário deve estar ciente do modo de actuação do advogado relativamente à questão



dos honorários. Pois se assim não for, o cliente não estará na posse de todos os elementos relevantes para formar a sua vontade. Assim, não defendemos a ilegalidade total de uma cláusula deste tipo. No entanto, a sua inclusão no contrato celebrado entre advogado e cliente tem de ser discutida e querida por ambas as partes.

É certo que no momento actual, de grande crise económica e social, os advogados (como qualquer outro agente da justiça) podem ficar tentados a escolher o caminho mais fácil. Contudo, o advogado não pode (ou não deve) perder a sua clarividência. Os princípios deontológicos devem sempre reger a sua actuação. Aliás, no ponto 2.2 do CDAE pode ler-se que “as relações de confiança só podem existir se a honestidade, a probidade, a rectidão e a sinceridade do advogado forem inquestionáveis. Para o advogado, estas virtudes tradicionais são obrigações profissionais”.

Assim, entendemos que uma cláusula penal como aquela que a Requerente tem vindo a colocar nas notas de honorários não pode ser prática habitual nos escritórios do nosso país. Se assim fosse, a relação de confiança advogado/cliente poderia ser bastante abalada. No entanto, em certas condições concretas, esta medida pode ser admissível perante o Estatuto da Ordem dos Advogados.

Essas condições são, em nosso entender, as seguintes:

- a) o cliente deve ser informado de que se não pagar a nota de honorários em determinado prazo<sup>(6)</sup>, ficará sujeito a uma cláusula penal;
- b) o cliente deve ser informado das características da cláusula penal, nomeadamente montante, período a que se refere, data de vencimento;
- c) a informação deve ser prestada de forma clara;
- d) o cliente deve aceitá-la (preferencialmente por escrito, até para salvaguardar os direitos do advogado).

## CONCLUSÃO

O procedimento que tem vindo a ser seguido pela Requerente (colocar uma sanção penal na nota de honorários sem previamente obter o acordo do cliente), como já atrás afirmamos, viola os princípios deontológicos da confiança, informação e da proporcionalidade na fixação de honorários. Nessa medida, somos de parecer que a Requerente não pode continuar a servir-se desta prática para assim obter mais rapidamente as prestações em dívida dos seus clientes. No entanto, já admitimos uma cláusula desse tipo, se esta for aceite pelas partes no momento da celebração do mandato forense. Se assim for (se o cliente aceitar a proposta contratual do advogado, depois de devidamente esclarecido de todas as suas consequências) não vemos que exista qualquer violação de deveres deontológicos por parte do advogado.

Este é, s. m. o., o nosso parecer.

À próxima reunião do Conselho Geral para deliberação.

*Braga, 10 de Setembro de 2012*

## A OBRIGAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DO MODELO 11 JUNTO DA DGCI

Parecer do Conselho Geral  
N.º 29/PP/2012-G, de 29 de Novembro de 2012

*Relator:* Dr. A. Pires de Almeida

### PARECER

#### Objecto do Parecer

O Agrupamento Complementar de Empresas (ACE), constituído pelas sociedades de advogados “..., Sociedade de Advogados, RL”, “..., Sociedade de Advogados, RL” e “... — Sociedade de Advogados, RL”, vem pedir a este Conselho Geral que emita parecer quanto às seguintes questões:

*“1. — O artigo 24.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 116/08, de 4 de Julho, foi revogado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro?”*

*2. — Estão os Advogados e Solicitadores obrigados à entrega mensal do Modelo 11 sempre que autentiquem contratos particulares relativos a actos de transmissão ou oneração de imóveis, desde que promovam o registo de tais actos por via electrónica, à luz do Decreto-Lei n.º 116/08, de 4 de Julho?”*

*3. — Ainda que não autentiquem qualquer contrato particular relativo a acto de transmissão ou oneração de imóveis, pelo facto de serem Advogados ou Solicitadores, estão estas entidades obrigadas a apresentar declaração de Modelo 11 “em vazio?”*

#### Parecer

Atentemos, antes de mais, e para melhor enquadramento das “questões” elencadas, nas disposições legais, relativas às mesmas (e referidas, de resto, pela ilustre consulente), no intuito de, atendendo, primeiro, na “letra da lei”, surpreendermos o “pensamento

legislativo” subjacente, atento o disposto nos arts. 7.º e 9.º, ambos do Código Civil (CC).

1) — Nos termos do disposto no art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, os advogados e solicitadores passaram a ter competência para, além do mais, autenticarem documentos particulares.

E, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho e com as alterações operadas por este Diploma no Código Civil, os actos (contratos) relativos a imóveis passaram a poder ser celebrados, validamente, através de documento particular autenticado por advogado ou solicitador.

Sob a epígrafe “*Referências a escritura pública e obrigações legais conexas*”, dispõe o n.º 3 do art. 23.º do cit. Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho:

“3 — *Todas as disposições legais, regulamentares ou outras, que imponham obrigações de verificação, comunicação ou participação relacionadas com a prática dos actos referidos no número anterior, devem ser entendidas como sendo impostas a todas as entidades com competência para autenticar documentos particulares.*”

No n.º 2 do art. 24.º do mesmo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, vem estatuído o seguinte:

“2 — *A validade da autenticação dos documentos particulares, referidos no número anterior, está dependente de depósito electrónico desses documentos, bem como de todos os documentos que os instruem.*”

Por sua vez, o n.º 4 do mesmo art. 24.º do cit. Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, dispõe o que segue:

“4 — *Se o registo do acto for pedido por via electrónica, é dispensada a obrigação de participação desse acto às entidades públicas, nos termos do n.º 3 do artigo anterior, devendo estas participações ser promovidas pelos serviços de registo.*”

Estabelece, ainda, o n.º 5 do art. 49.º do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (CIMT), adicionado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2009:

“5 — *A obrigação a que se refere o número anterior (entenda-se, verificação, comunicação, participação) compete também às*

*entidades e profissionais que autentiquem documentos particulares, ou qualquer outro título, quando essa forma seja admitida em alternativa à escritura pública, ou reconheçam as assinaturas neles apostas.”*

Finalmente, dispõe o art. 123.º do CIRS, sob a epígrafe “*Notários, conservadores, secretários judiciais e entidades e profissionais com competência para autenticar documentos particulares*”, o que segue:

*“Os notários, conservadores, secretários judiciais, secretários técnicos de justiça e entidades e profissionais com competência para autenticar documentos particulares que titulem actos ou contratos sujeitos a registo predial ou que intervenham nas operações previstas nas alíneas b), e), f) e g) do n.º 1 do art. 10.º são obrigados a enviar à Direcção-Geral dos Impostos, preferencialmente por via electrónica, até ao dia 10 de cada mês, relação dos actos por si praticados e das decisões transitadas em julgado no mês anterior dos processos a seu cargo que sejam susceptíveis de produzir rendimentos sujeitos a IRS, através de modelo oficial.”*

2) — Sob a epígrafe “*Interpretação da lei*”, dispõe o art. 9.º do CC:

*“1. — A interpretação não deve cingir-se a letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que e aplicada.*

*2. — Não pode, porem, ser considerado pelo interprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.*

*3. — Na fixação do sentido e alcance da lei, o interprete presumira que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”*

Por sua vez, no n.º 3 do art. 7.º do mesmo Diploma Legal (CC), sob a epígrafe “*Cessaçãõ da vigência da lei*”, é dito o seguinte:

*“3. — A lei geral não revoga a lei especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador.”*

### Interpretação da(s) lei(s)

3) — Estando em causa, na presente consulta, normas essencialmente e/ou de relevante natureza fiscal, vejamos se, na interpretação das mesmas, haverá “regras especiais”, relativamente às insertas no art. 9.º do C.C..

Ora, a este respeito, perfilhamos, inteiramente, a lição do Prof. Saldanha Sanches que, no seu “Manual de Direito Fiscal” e na pág. 80, diz o seguinte:

*“...a unidade do sistema jurídico e a natureza essencialmente comum dos problemas que se colocam no direito fiscal e em outros ramos de direito, fazem com que a adopção de princípios interpretativos com aplicação apenas nas relações jurídicas tributárias, dificilmente será compatível com a unidade sistemática que deve ser processada para este ramo do direito”.*

Na verdade, “o ordenamento jurídico fiscal” mais não é do que “uma parte integrante do ordenamento jurídico” (local cit.).

É sabido que o art. 9.º do CC consubstancia os princípios gerais de interpretação das leis, sejam elas de que tipo forem, matéria e/ou ramo de direito.

Na “interpretação” da lei, “não deve” o intérprete e/ou o aplicador ater-se tão só à sua “letra”, mas “reconstituir” a partir dos “textos” (dessa “lei”) o “pensamento legislativo”, atentando, essencialmente, na “unidade do sistema jurídico”, nas “circunstâncias em que a lei foi elaborada” e nas “condições específicas do tempo em que é aplicada” (cf. n.º 1 do art. 9.º do CC).

A “mens legislatoris” só poderá ser tida em conta na “interpretação da lei” se tiver, na sua “letra” (e “ainda que imperfeitamente expresso”) “um mínimo de correspondência verbal” (n.º 2 do cit. art. 9.º).

Acresce que, na “fixação do sentido e alcance da lei”, terá o intérprete/aplicador de “presumir” que o “autor da lei” (legislador) “consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (n.º 3 do cit. art. 9.º).

Ademais

Se na “interpretação da lei”, e apesar de considerados os “parâmetros”, atrás referidos, constantes dos n.ºs 1, 2 e 3 do men-

cionado art. 9.º do CC, surgirem, ainda, dúvidas quanto àquela “interpretação”, devem “os direitos prevalecer sobre as restrições”, em homenagem ao princípio “*in dubio pro libertate*” (cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, 4.ª, pág. 308).

“*Interpretar uma lei não é mais do que fixar o seu sentido e alcance com que ela deve valer; ou seja, determinar o seu sentido e alcance decisivos...*” (cf. Manuel de Andrade, Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, págs. 21 a 26).

“*O sentido decisivo da lei coincidirá com a vontade real do legislador, sempre que esta seja clara e inequivocamente demonstrada através do texto legal, do relatório do diploma ou dos próprios trabalhos preparatórios da lei*” (cf. Pires de Lima e Antunes Varela, C. Civil Anotado, Vol. I, 4.ª edição, págs. 58 e segs.).

A “*letra da lei*” é, pois, o “*ponto de partida da interpretação, cabendo-lhe desde logo... uma função negativa: eliminar aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio ou, pelo menos, qualquer correspondência ou ressonância nas palavras da lei*” (cf. Baptista Machado, na Introdução ao Direito, 1987, págs. 187 e segs., cit. por Abílio Neto, C. Civil Anotado, 15.ª edição, pág. 21).

“*A letra é não só o ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda a interpretação*” (O Direito – Introdução e Teoria Geral, O. Ascensão, 1978, pág. 350).

### Lei geral e lei especial

4) — Nos termos do n.º 3 do art. 7.º do CC, “*a lei geral não revoga lei especial, excepto se outra fôr a intenção inequívoca do legislador*”.

Assim, uma lei que altere um regime geral presume-se que não altera normas especiais que disponham de modo diverso para determinados casos particulares.

É certo que é admissível (hipotética ou teoricamente) que uma norma de carácter geral revogue outra de carácter especial. Porém, como refere o cit. n.º 3 do art. 7.º do C.C., tal intenção do legislador tem de ser inequívoca.

Além de que (no dizer de Menezes Cordeiro, Da aplicação da Lei no Tempo e das Disposições Transitórias, em Cadernos de Ciência de Legislação, INA, n.º 7, 1993, págs. 17 e segs., cit. por

Abílio Neto, *in* Código Civil Anotado, 15.<sup>a</sup> edição, pág. 18) aquela “intenção inequívoca do legislador deve assentar em referência expressa na própria lei ou, pelo menos, em um conjunto de vectores tão incisivos que a ela equivalham, pelo que, quando se pretenda, através duma lei geral, revogar leis especiais, designadamente quando se vise firmar um regime genérico e homogêneo, há que dizê-lo, recorrendo à revogação expressa ou, no mínimo, a uma menção revogatória clara, do género *são revogadas todas as leis em contrário, mesmo as especiais*”.

Ou, ainda, na lição de Baptista Machado (Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 1983, pág. 95), “*as normas especiais (ou de direito especial) não consagram uma disciplina directamente oposta à de direito comum, consagram, todavia, uma disciplina nova ou diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações*”.

5) — Após este “caminho”, quer pelas disposições legais em causa e sua interpretação, nos termos do cit. art. 9.º do CC, quer, ainda, pela consideração do estatuído no n.º 3 do art. 7.º do mesmo Diploma Legal (CC), é chegado o momento de nos pronunciarmos sobre as três “questões” a que se circunscreve o pedido de parecer.

Assim, e quanto ao saber se “*o artigo 24.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, foi revogado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, adiantamos, desde já, que não nos parece que a Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, ao aditar o n.º 5 ao art. 49.º do CIMT, tivesse revogado a norma inserta no n.º 4 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.*”

Com efeito, ripristinando todo o atrás referido, quanto à “interpretação” daquelas “leis” em causa e às “relações” entre uma “norma geral” e uma “norma especial”, não podemos deixar de entender o que segue:

- a) no que se refere “*à letra da lei*”, é obvio que o “*legislador*” entendeu, para aquelas “*circunstâncias particulares*” e para o círculo de pessoas “*mais restrito*”, que procedam ao “*registo do acto*” por “*via electrónica*”, não se justificar (e, por isso, dispensou) “*a obrigação de participação desse acto às entidades públicas, nos termos do n.º 3 do artigo anterior* (leia-se, art. 23.º, sob a epígrafe



## Vida Interna

“Referências a escritura pública e obrigações legais conexas”);

- b) no que toca ao “pensamento legislativo” e “às circunstâncias em que a lei foi elaborada” (o referido Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho) e, ainda, “as condições específicas do tempo em que é aplicada” (a dita lei), não podemos olvidar que, precisamente, o legislador pretendeu “desmaterializar e desformalizar actos e processos na área do registo predial e de actos notariais conexos”, em cumprimento do programa “Simplex”.

Logo, nos termos do n.º 4 do cit. art. 24.º do aludido Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, se, *in casu*, um advogado pedir o registo de um acto por via electrónica, fica dispensado da participação desse acto às entidades públicas, passando tais “participações” (note-se) a ser promovidas, oficiosamente, pelos “serviços de registo”.

Por outro lado, considerando a atrás referida “unidade do sistema jurídico” (também pressuposto na previsão do n.º 1 do art. 9.º do C.C.) não se vê como poderia o legislador, sem atentar contra aquela “unidade”, estar a “desburocratizar”, a “simplificar”, por um lado (o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho) e (voltar) a “burocratizar” por outro (acrescentado o n.º 5 ao art. 49.º do CIMT), “dando o dito pelo não dito”, isto é, “obrigando” o advogado, que pediu o registo do acto pela via electrónica e a quem se liberou de estar a fazer qualquer participação, a ter de fazê-la, pese embora a “duplicação” da mesma, já que aquela tem de ocorrer,

---

(\*) Proferido na Cerimónia Solene do Dia do Advogado, realizada no Salão Nobre da OA em 19 de Maio de 2012.

oficiosamente, pelos “serviços de registo” (cf. art. 24.º, n.º 4 do cit. Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho).

Quanto à 2.ª questão, objecto do pedido de Parecer, ou seja, se “*estão os Advogados e Solicitadores obrigados à entrega mensal do Modelo 11 sempre que autentiquem contratos particulares relativos a actos de transmissão ou oneração de imóveis, desde que promovam o registo de tais actos por via electrónica, à luz do Decreto-Lei n.º 116/08, de 4 de Julho*”.

Da “resposta” dada à 1.ª questão, decorre já que, na verdade, os advogados e solicitadores não estão sujeitos à entrega mensal da declaração Modelo 11, sempre que autentiquem contratos particulares relativos a actos de transmissão ou oneração de imóveis e promovam o registo dos mesmos por via electrónica.

Efectivamente, tal entrega, mensal, do Modelo 11, será obrigatória se o “registo” daqueles “actos” (autenticação de contratos particulares relativos a transmissão ou oneração de imóveis) não o for ou não o tiver sido pela via electrónica.

Aliás, qual o “interesse” do legislador (que pretendeu, precisamente, simplificar, desburocratizar) em estar a “onerar”, quem procedeu àquele “registo electrónico”, com mais uma “obrigação” de “participação” do(s) acto(s) em causa, se, por via daquele (registo por via electrónica) as “entidades públicas” dele(s) têm / terão conhecimento, oficiosamente, pelos “serviços de registo”?

Ou seja, qual o “interesse” em “obrigar”, afinal, a “duplicar” uma “participação”, que, forçosa e oficiosamente, chegará ao conhecimento das “entidades públicas”, através dos “serviços de registo” que, eles sim, têm esse dever de “participação”.

Aliás, a este respeito, há que dizer, claramente, o seguinte:

Não se entendem as “*dúvidas suscitadas por algumas conservatórias*” (como vem referido na “Informação” do IRN) acerca da “*manutenção*” por aquelas da “*obrigação declarativa*” consagrada no n.º 4 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho. Salvo se a “intenção” daquelas “dúvidas” e da dita “Informação” tivesse sido o de “aliviar” as Conservatórias do Registo Predial daquela “*obrigação declarativa*” (como a têm, também, os “*notários, conservadores, secretários judiciais e entidades e pro-*

*fissionais com competência para autenticar documentos particulares*” — cf. cits. art. 123.º do CIRS e 49.º do CIMT).

Tanto mais que o disposto no n.º 4 do art. 24.º cit. Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho (como norma especial que é, nos termos atrás referidos) pretendeu “incentivar” os advogados e solicitadores a optarem pelo pedido de registo electrónico de actos “sujeitos a registo predial”, de que tenham autenticado os respectivos documentos particulares autenticados e feito, obrigatoriamente, o “depósito electrónico” dos mesmos, condição da sua validade (cf. art. 24.º, n.º 2 do cit. Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho e arts. 1.º, 3.º, 4.º, 6.º e 7.º da Portaria n.º 1535/2008, de 30 de Dezembro).

Finalmente, relativamente à 3.ª questão, se *“ainda que não autenticuem qualquer contrato particular relativo a acto de transmissão ou oneração de imóveis, pelo facto de serem advogados ou solicitadores, estão estas entidades obrigadas a apresentar declaração de Modelo 11 “em vazio”*.

Respondemos, sem hesitar, que não impende sobre os advogados ou solicitadores qualquer obrigação de remeter aos Serviços de Finanças Declaração de Modelo 11 “em vazio”.

Em primeiro lugar, porque entendemos que o simples facto de se ser advogado e/ou solicitador não implica o pressuposto, tido em conta pelo dito “Parecer da DGCI”, junto a fls. 20 e segs. dos presentes autos, de que tais “profissionais” são entidades “inscritas” naquela DGCI (Direcção-Geral de Contribuições e Impostos), pela simples razão de que a mera possibilidade daqueles profissionais passaram a ter competência para autenticar documentos particulares não implica, forçosamente, que a exerçam;

Em segundo lugar, na lógica e coerência das supostas/alegadas “dúvidas” postas àquela DGCI pelo IRN (Instituto dos Registos e do Notariado) e do “parecer” daquela Direcção-Geral de Contribuições e Impostos, não se compreenderia que “as Conservatórias que não intervenham nos actos ou contratos sujeitos a registo predial, “não necessitam e não devem proceder a qualquer registo na aplicação modelo 11” (cf. ponto 7 de tal “Parecer”) e qualquer advogado e/ou solicitador, que não tenha intervindo em qualquer daqueles “actos”, tivesse de enviar/entregar aquela declaração Modelo 11,

nem que fosse “em vazio”... só pelo facto de ser advogado ou solicitador.

Em terceiro lugar, porque é incoerente com todos os princípios subjacentes à boa Administração da Justiça Fiscal e à sua colaboração entre o contribuinte e a Autoridade Tributária que um advogado e/ou solicitador, que não tenha praticado, naquele mês, qualquer daqueles “actos”, tenha de participar/comunicar ao Fisco que... não os praticou...

Salvo se aquela “Autoridade” partir do pressuposto (não admissível, convenhamos, num Estado de Direito) de que poderá haver algum(ns) advogado(s) e/ou solicitador(es) que, apesar de poder(em) vir a praticar algum daqueles “actos”, não peça(m) o seu registo por via electrónica e não proceda(m), obrigatoriamente, ao “depósito electrónico” do acto, condição da sua validade.

Aliás, bastará este “depósito electrónico” (que é a condição, repete-se, de validade do “acto”) para que o Fisco tome “conhecimento” da autenticação daquele(s).

## Conclusões

1.<sup>a</sup> — A Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, com a introdução do n.º 5 ao art. 49.º do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (CIMT), não revogou o disposto no n.º 4 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, por esta ser “lei especial” em relação àquela e não decorrer daquela lei “a intenção inequívoca do legislador” em a revogar (cf. arts. 7.º, n.º 3 e 9.º, ambos do CC);

2.<sup>a</sup> — Não estão os advogados e solicitadores obrigados à entrega mensal da declaração Modelo 11, sempre que autenticarem contratos particulares relativos a actos de transmissão ou oneração de imóveis, desde que promovam o registo de tais actos por via electrónica (cf. n.º 4 do cit. art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/08, de 4 de Julho);

3.<sup>a</sup> — Não estão os advogados e solicitadores, só pela simples circunstância de o serem, obrigados a apresentar a declaração

Modelo 11 “em vazio”, desde que não tenham autenticado qualquer contrato particular relativo a acto ou oneração de imóveis, pois tal “obrigação” não decorre da lei e poder haver (e há, seguramente) advogados e solicitadores que jamais fizeram a autenticação de qualquer contrato particular de transmissão ou oneração de imóveis e, por conseguinte, nem sequer poderiam ser considerados, pela Autoridade Tributária (AT), para este feito, como “profissionais inscritos na DGCI”.

É este, s.m.o., o n/parecer, a submeter à deliberação do Conselho Geral, na próxima reunião.

Se vier a ser aprovado, propomos que o mesmo seja enviado à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) para os devidos efeitos, nomeadamente de que a Ordem dos Advogados entende ser ilegal a instauração de qualquer processo contra-ordenacional a advogados que não apresentem, mensalmente, junto daquela DGCI, a denominada Declaração Modelo 11, se os mesmos tiverem feito a autenticação daqueles actos e pedido o registo dos mesmos por via electrónica e, muito menos, se aqueles não tiverem procedido a qualquer autenticação daqueles “contratos particulares”, terem de remeter a dita Declaração, “em vazio”.

*Viseu, 26 de Outubro de 2012*



## DISCURSO DO BASTONÁRIO ANTÓNIO MARINHO E PINTO(\*)

Excelentíssimos Senhores Convidados  
Excelentíssimos Membros da Mesa,  
Caros Colegas,  
Minhas Senhoras e meus Senhores,

As minhas primeiras palavras são dirigidas aos homenageados nesta cerimónia, pelo que eles representam para a Advocacia portuguesa. Exercer esta profissão durante 50 anos é seguramente um acto de coragem, é um acto de resistência e é também um acto de teimosia. Ser Advogado durante tanto tempo em condições tão adversas como muitos deles enfrentaram, antes e depois do 25 de Abril, exige de facto qualidades que aqui cumpre realçar. Conclamo os Colegas mais jovens a reverem-se (e a seguirem) o seu exemplo de profissionais e o seu exemplo cívico.

De entre os Advogados aqui hoje homenageamos quero destacar, naturalmente, a figura do Dr. Luiz Francisco Rebello, infelizmente já falecido. Conheci-o pela sua acção pública, pela sua obra e pelo seu trabalho em prol do direito e da justiça desde os meus tempos de juventude e tive o privilégio de o conhecer pessoalmente, mais tarde, no ano de 1992, quando fui seu aluno de Direitos de Autor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra num curso de pós-graduação sobre o Direito da Comunicação, onde ele era docente. Conheci as suas qualidades de sabedor do direito, conheci e testemunhei as suas qualidades de pedagogo, conheci e testemunhei, enfim, as qualidades que o tornaram ímpar na Advocacia, no teatro, na cultura e na vida cívica em Portugal. A única coisa que posso dizer hoje acerca da merecida homenagem que aqui lhe prestamos é que ela tardou. E nisso há uma injustiça muito grande por parte de Portugal, por parte da sociedade portuguesa e, obviamente, também, por parte da Ordem dos Advogados.

Caros Colegas  
Ex.<sup>mos</sup> Convidados

Ao longo da História, a profissão de Advogado tem-se revelado sempre como uma das mais polémicas actividades do ser humano. Execrada por uns, adorada por outros, ela foi sempre, contudo, uma profissão ligada aos valores essenciais da pessoa humana, imprescindível para a composição duradoura dos litígios e para a punição justa dos comportamentos delituosos. Ela surgiu como uma necessidade real das pessoas que compareciam perante um julgador de melhor defenderem os seus direitos, as suas posições ou os seus pontos de vista.

Houve épocas em que os Advogados foram desconsiderados e perseguidos, mas outras houve, também, em que eles foram quase adorados. Na Grécia antiga as partes em litígio não tinham quem as representasse perante os arcontes pelo que defendiam elas próprias os seus direitos e os seus interesses perante os juízes. Porém, a partir de certa altura começou a tolerar-se que os litigantes processuais pudessem ser acompanhados por pessoas de sua confiança (normalmente, amigos e familiares) que as aconselhavam durante o desenrolar da lide. A esses «ajudantes», que falavam em nome das partes, começou desde cedo a exigir-se certas qualidades e/ou conhecimentos nas questões de direito, passando então a ser preferidos os que mostravam qualidades e habilidades noutros processos. Começava a desenhar-se a figura do Advogado mais ou menos como hoje o conhecemos. No início a sua actividade era predominantemente retórica com recurso às técnicas dos sofistas, nomeadamente aos argumentos capciosos e falaciosos destinados a enganar ou a seduzir os arcontes. A predominância dos sofistas nessa época impunha a aprendizagem da retórica, das falácias e dos sofismas, levando a que se descurasse ou subalternizasse a justiça material ou o mérito das causas em relação aos aspectos formais e/ou retóricos. Muito cedo, porém, a actividade profissional desses proto-advogados se alargou ao campo político, ou seja, passou das pequenas lides individuais para as grandes causas colectivas. O Advogado já não era apenas o defensor dos direitos concretos desta ou daquela pessoa mas sim, também, o defensor de grandes



causas sociais. Para muitos o primeiro grande Advogado da Grécia antiga é Demóstenes, cuja eloquência oratória se tornaria proverbial por se ter curado de uma gaguez discursando sozinho nas praias com a boca cheia de seixos.

Mas foi na Roma antiga que a figura do Advogado viria a assumir o perfil mais próximo do que hoje conhecemos. Os patronos eram homens de grandes conhecimentos jurídicos que representavam e aconselhavam profissionalmente as pessoas que não eram cidadãos romanos. A par deles havia também aqueles profissionais que ingressavam nos processos apenas para retardá-los com chicanas e manobras dilatórias. Isso acarretou, desde logo, certa desconfiança para com a classe forense mais nobre embora o fascínio pela Advocacia fosse uma das características do povo romano. Marco Túlio Cícero definiu a Advocacia como um nobre e régio labor e Cícero, ele próprio um grande Advogado, afirmava que praticamente todas as outras actividades como a arquitectura, a medicina, a docência e a agricultura embora honradas eram actividades inferiores à Advocacia porque eram assalariadas e não independentes. O Imperador Justiniano considerou-a uma via para a vida pública e propôs grandes reformas para o seu exercício.

Ao longo dos séculos os Advogados estiveram sempre na primeira linha das grandes causas colectivas que conduziram às grandes transformações políticas. Desde João das Regras e a sua acção na crise política portuguesa de 1383-1385 que levou a uma nova dinastia, até Robespierre e o seu papel na Revolução Francesa, muitos foram os Advogados cujas actividades profissionais se confundiram com os grandes combates políticos.

Já Napoleão Bonaparte, que procedeu a uma profunda reforma das leis e do direito em França e na Europa, algumas das quais ainda hoje perduram nos seus princípios essenciais, entendia que os juízes distorciam a lei enquanto os Advogados a matavam. Frederico II, o Rei da Prússia, pretendeu acabar com a profissão de Advogado por entender que eles pervertiam a igualdade das leis e maculavam a justiça, enquanto o rei português, D. Pedro I, cognominado “O Justiceiro”, tentou também sem sucesso proibir o exercício da Advocacia.

As primeiras leis que regularam a Advocacia em Portugal foram as Ordenações Afonsinas e, sobretudo, pelas Ordenações Filipinas, que obrigavam os futuros Advogados a estudar oito anos na Universidade de Coimbra (a única então existente em Portugal) para obter um grau académico compatível com a dignidade e responsabilidade dessa actividade. Curiosamente, as Ordenações Filipinas determinavam ainda que na Casa de Suplicação, em que as causas se decidiam em última instância, não seriam admitidos os Advogados sem um exame prévio.

Hoje, como em outras épocas, a Advocacia atravessa um período muito difícil devido à conjugação de uma série de condições adversas - endógenas e exógenas. Entre as primeiras, está a sua massificação, a sua empresarialização e mercantilização que, em muitos casos, conduziram à degenerescência ética e deontológica da profissão e, conseqüentemente, à perda de prestígio, de dignidade e em geral do respeito dos cidadãos. Simultaneamente e como consequência, assistiu-se à saída dos Advogados da primeira linha dos grandes combates da sociedade e à subsequente entrega das lideranças político-sociais a outras profissões, nomeadamente, aos economistas e aos homens do dinheiro. Os compromissos irredutíveis que os Advogados estabeleciam com as pessoas, com os seus direitos fundamentais e com a dignidade humana, cederam lugar a outros compromissos mais virados para os negócios, para o dinheiro e para formas expeditas de o obter ou aumentar.

Os pais fundadores do actual regime democrático, os líderes dos quatro principais partidos políticos que emergiram com a Revolução do 25 de Abril de 1974, foram quatro homens de formação jurídica (dois deles no exercício efectivo da Advocacia), profundamente comprometidos com os problemas do ser humano, que sabiam, como sabem os Advogados, que a primeira exigência do direito é o respeito absoluto pela pessoa humana.

Hoje, o discurso público dos dirigentes do país gira em torno do dinheiro — como ganhá-lo e como o multiplicar, nem que seja há custa dos mais desumanos sacrifícios impostos às pessoas. Quem não tiver dinheiro não tem direitos e o estado exige dinheiro (e cada vez mais) aos idosos e à população em geral para terem acesso à saúde e se o não tiverem que morram abandonados na sua solidão.

Exige dinheiro (e cada vez mais) a quem precisa de ir ao tribunal para defender os seus direitos e interesses legítimos e quem o não tiver que faça justiça pelas próprias mãos ou então que se resigne à lei do mais forte. O estado exige dinheiro (e cada vez mais) aos estudantes para poderem estudar e, uma vez concluída a sua formação académica, lança-os no desemprego e aconselha-os sem qualquer pudor a emigrarem. Sim, são os próprios governantes que dizem aos jovens para procurarem outro país. Não há, de facto, melhor forma de exemplificar a ideia que essas pessoas têm do futuro de Portugal.

Essa volúpia compulsiva pelo dinheiro chegou já à própria justiça, onde tudo é permitido para criar excelentes oportunidades de negócio com a própria justiça. Tem sido um verdadeiro regabofe, um faltar de vilanagem. A acção executiva que durante séculos foi tramitada sob a direcção de um juiz, de repente, foi entregue a profissionais liberais que nem sequer são licenciados em direito. O resultado está à vista de todos incluindo dos que levaram a cabo essas alterações legislativas e persistem na sua continuidade. Com a mesma leviandade o actual governo quer entregar o processo de inventário aos notários, metamorfoseando-os por decreto em juizes e olvidando que esse é o processo mais litigioso de todos. Com efeito, quando os herdeiros estão de acordo quanto à partilha da herança tudo corre bem, não há problemas nenhuns; mas quando se não entendem, então quase sempre tudo corre mal e só o juiz, enquanto representante da soberania do Estado e, sobretudo, os Advogados, enquanto representantes dos interessados, logram a solução jurídica do litígio através da justa composição dos quinhões hereditários.

Em vez de dignificar e fomentar a justiça pública e soberana, o governo está deliberadamente a degradá-la para obrigar os cidadãos e as empresas a procurarem formas de justiça privada, como as arbitragens, nas quais alguns membros deste governo têm interesses bem conhecidos. É a velha táctica de degradar deliberadamente serviços públicos para obrigarem as pessoas a recorrerem aos privados, nos quais muitas vezes os próprios governantes têm interesses directos. As ligações da actual Ministra da Justiça ao negócio das arbitragens deveriam inibi-la de tomar decisões sobre esta matéria. Mas não. Com o maior descaramento, ela fá-lo sem que aparentemente ninguém se preocupe com isso. Mas há mais.

Este governo, que se apresenta como o campeão do liberalismo em matéria económica, actua no domínio da justiça como se o regime fosse uma ditadura, querendo controlar todos os aspectos, mesmo os mais insignificantes, da vida dos cidadãos. Quer combater a criminalidade, como noutras épocas se perseguiu a bruxaria ou os hereges. Este governo quer meter na cadeia quem minta aos funcionários públicos, equiparando estes à dignidade dos juizes; quer julgar em processo sumário e a quente, em cima dos acontecimentos, crimes gravíssimos (como os homicídios qualificados) e ao mesmo tempo quer instituir a prisão obrigatória para crimes de diminuta gravidade (como os pequenos delitos rodoviários). Enquanto privatiza dimensões fundamentais da justiça (processo de inventário), quer transformar outras formas de justiça, tradicionalmente na disponibilidade das partes, em justiça estritamente pública, totalmente na dependência do juiz, como acontece com as propostas de alteração ao Código de Processo Civil. Quem concebeu e apresentou essas propostas não anda seguramente pelos tribunais ou então quer degradar ainda mais a justiça do Estado em favor das alternativas privadas, nomeadamente, das arbitragens. O que as propostas de revisão do Código de Processo Civil vão ocasionar é uma debandada dos tribunais do estado para as arbitragens e outras formas privadas de justiça. Na verdade, é isso que pretende o actual governo e alguns dos seus seguidores na área da justiça e até dentro da própria Ordem dos Advogados. Se o objecto da acção cível está na total disponibilidade das partes também o deveria estar o processo que conduz à solução de mérito. Mas não. Com este governo o processo civil passará a ser totalmente controlado pelo juiz sem que os portadores dos interesses privados em confronto — interesses disponíveis, repita-se — possam ter qualquer decisão sobre a instância. A fúria legisladora do actual governo no mundo da justiça é uma fúria assassina para a própria justiça. Não há, nunca houve, nem haverá justiça digna desse nome num país onde as leis fundamentais para os direitos dos cidadãos e para a vitalidade da economia estão permanentemente a ser alteradas ao sabor dos humores e dos interesses (privados) de quem gere a pasta da justiça.

Será que os restantes membros do governo não pensam individualmente nas consequências para o país desta instabilidade legislativa? Será que os deputados da maioria perderam todo o sentido de dignidade da sua função de legisladores e estão ali apenas para aprovar obedientemente todos os disparates legislativos que lhes sejam remetidos por este governo de economistas? O que se passou com aquela tentativa primária de criminalizar o enriquecimento ilícito a reboque de um jornal tablóide de Lisboa, atropelando sem nenhum pudor alguns dos princípios fundamentais da nossa Constituição, não os fará pensar, por um momento que seja, na relevância e dignidade da função de deputado? Será que essa função soberana pode ser colocada ao serviço dos delírios legislativos de um governo que não tem uma visão global e integrada dos problemas da justiça e apenas está interessado em fazer ajustes de contas com os seus próprios fantasmas e criar condições para que em torno do sistema de justiça floresça e prospere o mesmo tipo de negócios privados que outrora floresceu e prosperou em torno da saúde? Será que o nosso Parlamento, os nossos deputados, consentirão que as declarações prestadas em inquérito perante o Ministério Público, ou seja, perante os acusadores, valham como prova em julgamento perante um juiz de direito que nem sequer ouviu o arguido? Será que os nossos deputados vão consentir nessa aberração, quando se sabe que a prisão preventiva é cada vez mais usada como um instrumento para forçar ilegalmente os arguidos a colaborar com os investigadores, como ainda esta semana se viu num processo muito mediático? Será que a prisão e a liberdade dos cidadãos vão estar subordinadas, não aos imperativos legais — abstractos, objectivos e gerais — mas ao arbítrio das conveniências processuais dos acusadores? Então, agora, o juiz de instrução pode ser ainda mais papista que o Papa, pois passará a poder aplicar, durante um inquérito presidido pelo Ministério Público, medidas de coação mais severas do que as pedidas pelo próprio MP? Que justiça é esta num país com a mais baixa taxa de criminalidade da Europa Ocidental, mas que já está outra vez, com a maior taxa de reclusão, com mais de 130 reclusos por cada 100 mil habitantes?

Caros Colegas  
Ex.<sup>mos</sup> Convidados

Perante este panorama o que faz o escol da nossa classe, o que faz a elite da Advocacia portuguesa diante desta calamitosa situação? Cala-se ou então aplaude em público os causadores desta situação. Por vezes até, pasme-se, vem a terreno atacar aqueles que em nome dos Advogados e dos cidadãos denunciam publicamente tais perversões.

O dinheiro, sobretudo quando é muito, tem a virtualidade de neutralizar parcelas significativas da dignidade pessoal e profissional. Muitos dos grandes nomes da Advocacia portuguesa estão calados perante este panorama desastroso apenas para não prejudicarem os excelentes negócios que têm andando a fazer (e esperam continuar a fazer) com o Estado, com o governo, com as empresas públicas, com os institutos públicos e, em geral, com a administração central e local. O silêncio voltou ser literalmente de ouro; voltou a ser a alma de muitos e bons negócios que não se querem conhecidos do grande público. Infelizmente, não podemos contar com esses empresários da Advocacia, para os grandes combates que teremos de travar no futuro, ou melhor, que já estamos a travar no presente em defesa de um futuro com mais dignidade. A eles só lhes interessa o dinheiro e, pela expectativa de o ganharem mais facilmente, alguns até são capazes de se aliarem aos piores inimigos da Advocacia para atacarem os que em nome dos Advogados e da cidadania mais se destacam nesses combates.

Mas não é só a Advocacia que está em causa. O que pensar de um governo que ataca, como nenhum outro o fizera antes, a independência dos juizes portugueses, colocando-a muito abaixo da dos funcionários de uma instituição de supervisão bancária, como é o Banco de Portugal? O que pensar desse governo quando reduz os titulares de um órgão de soberania, como são os tribunais, à categoria de meros funcionários com uma dignidade e um estatuto funcional muito inferior ao dos funcionários daquela instituição? Então das decisões do Banco de Portugal em matéria de supervisão não se recorre para os tribunais, ou seja, para um juiz? Então por que é que

este governo cortou os rendimentos dos juizes e não os dos funcionários do Banco de Portugal? Este governo de economistas quis dizer pura e simplesmente, com essa medida, duas coisas muito claras: que os juizes portugueses são meros funcionários e que os funcionários do Banco de Portugal são mais importantes, são mais independentes e têm mais dignidade do que os próprios juizes de direito. É óbvio que o actual ministro das finanças não é jurista mas sim um economista recrutado nos quadros do Banco de Portugal.

Lamentavelmente, essa situação foi, temos que o reconhecer, propiciada pelos próprios juizes que, ao criarem uma organização sindical para os representar e, sobretudo, ao fazerem greves às suas funções soberanas, criaram as condições para assim serem tratados. Dir-se-ia, então, que eles estão a ser tratados como actuaram ao longo destas últimas décadas e que isso é uma questão *inter alios* para nós Advogados. Mas não. Está em causa a boa administração da justiça, que é um valor superior do estado de direito, um serviço público essencial à paz social, ao progresso económico e ao desenvolvimento pacífico da nossa sociedade democrática; um serviço público essencial à defesa do estado de direito e dos direitos fundamentais dos cidadãos que são as primeiras atribuições da Ordem dos Advogados Portugueses.

Não haverá boa administração da justiça sem juizes independentes e não haverá juizes independentes quando um qualquer governo, por motivos políticos conjunturais, lhes pode diminuir tão drasticamente as remunerações. Ao contrário do que a actuação de muitos juizes tem tentado fazer crer (a começar por muitos dos seus dirigentes sindicais) a sua independência funcional não é um direito profissional deles próprios, muito menos um privilégio corporativo ou pessoal, mas sim uma garantia dos cidadãos e da sociedade democrática à boa administração da justiça, ou seja, uma

garantia de que a justiça será administrada de acordo com a lei e o direito sem quaisquer dependências em relação a outros interesses.

Por tudo isso, tal como em outros momentos da nossa História, teremos de ser nós Advogados a sair mais uma vez em defesa dessa garantia da boa administração da justiça que é a independência dos juízes. Sem juízes independentes não haverá justiça. É nosso dever lutar pela independência dos juízes, pois, só assim poderemos ter uma justiça realmente digna desse nome. Dos juízes e dos magistrados em geral esperamos apenas que meditem e tirem as devidas conclusões do facto de terem optado por formas de organização impróprias do seu estatuto funcional de titulares de órgãos de soberania que os conduziram à lamentável situação em que se encontram. Não nos esqueçamos que foram os Advogados portugueses que, em 25 de Abril de 1974, impediram que a justiça caísse na rua. Foram eles que salvaguardaram o sistema judicial das contingências de um processo revolucionário que abanou (e de que maneira!) as estruturas do velho Estado Novo. Foram os Advogados que protegeram os juízes e os procuradores dos antigos tribunais plenários da ditadura e permitiram que eles, apesar dos crimes cometidos, transitassem tranquilamente para os tribunais comuns do estado de direito democrático, cuja construção então se iniciava, sem sequer serem objecto do mais leve juízo de censura.

Também por isso, os Advogados deveriam ser tratados com mais respeito pelos magistrados portugueses, sobretudo, pelos juízes. Mas não! A forma como os Advogados são, em geral, maltratados nos tribunais pelos nossos magistrados é indigna de juízes e procuradores num estado de direito democrático. A forma como são sistematicamente desrespeitados pela maioria dos magistrados é um sinal da decadência do nosso modelo judiciário. Os Advogados constituem um dos três pilares em que assenta o nosso sistema judicial. Sem Advogados também não haverá justiça digna desse nome. É a parcialidade dos Advogados na defesa dos interesses legítimos dos seus constituintes que reforça e, às vezes, até impõe a imparcialidade dos juízes nas decisões jurisdicionais. É, pois, necessário reafirmar, mais uma vez, que os juízes não são os donos da justiça, como alguns se julgam, mas sim servidores da justiça - tal como os Advogados e os magistrados do Ministério Público.



A justiça não tem donos mas sim servidores e só será respeitada pelos seus destinatários quando os respeitarem também e, sobretudo, quando os seus agentes se respeitarem uns aos outros. As queixas que eu tenho recebido na Ordem dos Advogados, dando-me conta de situações inacreditáveis de falta de respeito por parte de magistrados para com os Advogados e, sobretudo, a demissão e a incapacidade dos órgãos de regulação das magistraturas em porem fim a esse escândalo constituem a evidência de um grave problema no funcionamento do nosso sistema judicial a que urge pôr fim o mais rapidamente possível sob pena de a justiça se degradar ainda mais aos olhos dos cidadãos.

O Advogado é o procurador dos cidadãos, quer dos que vão a tribunal pedir justiça, quer dos que vão a tribunal prestar contas à justiça, quer ainda dos que simplesmente exercem os seus direitos ou defendem os seus interesses legítimos. A sua principal função enquanto procurador altamente qualificado é representar os cidadãos, seja nos tribunais através do patrocínio forense, seja em quaisquer outras instâncias. Enquanto as funções dos juizes e magistrados do MP se estruturam como poderes de Estado, a actividade dos Advogados exprime-se como contrapoder. É esta dimensão de contrapoder que constitui a essência da Advocacia, tal como se manifestou ao longo da História, e que hoje reassume nos modernos estados democráticos uma súbita actualidade. Os poderes, sejam eles quais forem, tendem sempre para a degenerescência se não forem contrabalançados por culturas anti-autoritárias. O poder judicial rapidamente degeneraria para uma imensa feira de vaidades e consumir-se-ia numa rotina burocrática e autoritária se não fosse a constante e dinâmica intervenção dos Advogados em reafirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos que representam. Essa intervenção, alicerçada nas categorias axiológicas de liberdade, de independência e de responsabilidade, reconduz permanentemente o poder judicial às suas finalidades constitucionais e recoloca-o na função de servir o estado de direito, a sociedade democrática e a cidadania em geral.

A Advocacia, digo-o com orgulho, constitui o eixo da roda que faz mover a justiça num estado de direito democrático. Os Advogados constituem a mais forte e genuína garantia da indepen-