

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

---

### Editorial

### Doutrina

LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO

*A transposição da Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2019, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital*

DAVID FALCÃO

*Análise à Nova Lei das Garantias — DL 84/2021, de 18 de outubro*

FERNANDO SILVA PEREIRA

*Cessão do crédito exequendo na pendência da ação executiva*

FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES

*O Princípio da Não-Retroatividade no Direito Fiscal Constitucional Português*

FRANCISCO ANDRADE e MARINA SILVA

*O documento eletrónico, suporte e formato*

GLÓRIA TEIXEIRA e J.A. MOUTEIRA GUERREIRO

*Em defesa do Espaço Rural, seu Ordenamento e Identificação*

JOÃO FILIPE GRAÇA

*Subcontratação e regime jurídico da atividade de construção*

JORGE MIRANDA

*A Constituição Portuguesa*

JOSÉ DIOGO FALCÃO

*Fusão, cisão e transformação de sociedade arrendatária*

LUIS DE LIMA PINHEIRO

*A adesão de Portugal à Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias*

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

*Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Excepção*

RICARDO PEDRO

*“Houston, we have a problem”:* o direito de regresso na sequência de condenação do Estado pelo TEDH por violação do direito a um processo equitativo

SARA NAZARÉ

*A ação de anulação na LAV 2011 (e a sua duvidosa conjugação com o recurso da decisão arbitral): algumas notas práticas*

### **Jurisprudência dos Conselhos**

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 155/2019-CS/R. Procuradoria ilícita
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 17/PP/2021-G. Advogar em causa Própria

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

- Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.º, que visa reforçar a proteção das Mulheres na gravidez e parto através da criminalização da violência obstétrica

### **Vida Interna**

- Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados, aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 17 de setembro de 2021

# REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 81  
2 0 2 1



---

L I S B O A

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

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

*Sub-Directora*  
Catarina Monteiro Pires

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

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

*Coordenação*  
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

*Revisão e Secretariado*  
Elsa Mariano

Propriedade da Ordem dos Advogados

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

Composição  
*AGuerra* — Viseu

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

Depósito Legal: 124011/98  
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares

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

CATARINA MONTEIRO PIRES  
Editorial p. 471

## Doutrina

LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO

A transposição da Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital p. 473

O presente artigo procede à análise crítica das soluções apresentadas na Proposta de Lei 114/XIV/3.<sup>a</sup> para a transposição da Directiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital.

DAVID FALCÃO

Análise à Nova Lei das Garantias — DL 84/2021, de 18 de outubro p. 493

O DL 84/2021, de 18 de outubro resultou da transposição das Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770 estabelecendo o reforço direitos dos consumidores na compra e venda de bens de consumo (onde se incluem os bens com elementos digitais), por um lado e, por outro, consagra o regime de proteção dos consumidores nos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços. Cabe, ao longo do presente artigo proceder a uma análise à nova Lei das Garantias, procedendo a uma comparação com o regime anterior, sempre que pertinente.

FERNANDO SILVA PEREIRA

Cessão do crédito exequendo na pendência da ação executiva p. 543

Discute-se no presente artigo a questão de saber se, ocorrendo cessão do crédito exequendo na pendência da ação executiva, e sendo conhecido na ação o facto da cessão, o cedente pode continuar na ação como substituto processual do cessionário, ao abrigo de uma legitimidade extraordinária, nos termos da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC, ou se, pelo contrário, esta norma não tem aplicação na ação executiva, devendo o exequente-cedente ser considerado parte ilegítima na ação, a partir do momento em que, no processo, foi adquirido o conhecimento daquele facto. Neste último caso, isto é, no caso de se considerar que a norma do art. 263.º, n.º 1 CPC não se aplica à ação executiva, abre-se ainda a questão de saber se o juiz deve absolver o executado da instância executiva, ou se, pelo contrário, o mesmo deve suspender a instância, concedendo prazo para ser requerida a habilitação do cessionário, sob pena daquela absolvição.

FILIFE DE VASCONCELOS FERNANDES

O Princípio da Não-Retroatividade no Direito Fiscal Constitucional Português p. 579

O presente artigo abordará, numa perspetiva simultaneamente fiscal e constitucional, os principais contornos do princípio da não-retroatividade da lei fiscal, atualmente consagrado no artigo 103.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

FRANCISCO ANDRADE e MARINA SILVA

O documento eletrónico: suporte e formato p. 599

O documento eletrónico: abordagem temática.

GLÓRIA TEIXEIRA e J.A. MOUTEIRA GUERREIRO

Em defesa do Espaço Rural, seu Ordenamento e Identificação p. 615

É necessário investir no espaço rural com múltiplas medidas, criando incentivos ao investimento, facilitando o emparcelamento, identificando os prédios e diminuindo encargos.

JOÃO FILIFE GRAÇA

Subcontratação e regime jurídico da atividade de construção p. 639

Análise da subcontratação na jurisprudência do TJUE, bem como uma crítica à jurisprudência do Tribunal de Contas no acórdão n.º 29/2020, de 31.06.2020.

JORGE MIRANDA

A Constituição Portuguesa p. 671

Este artigo faz um relance pela atual Constituição Portuguesa, de 1976, recordando a sua formação, as suas revisões e o papel da jurisprudência constitucional, bem como sintetizando as suas traves mestras — a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito democrático, o sistema de governo semipresidencial, as autonomias regionais e locais e a fiscalização da constitucionalidade.

JOSÉ DIOGO FALCÃO

Fusão, cisão e transformação de sociedade arrendatária p. 703

O texto aprecia os efeitos que a transmissão de uma empresa decorrente de uma operação de fusão, cisão ou transformação de sociedade arrendatária poderá provocar na relação locatícia.

LUIS DE LIMA PINHEIRO

A adesão de Portugal à Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias p. 733

O artigo examina o significado da recente adesão de Portugal à Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias, incluindo o seu âmbito de aplicação.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Exceção p. 755

Na primeira ocasião em que o sistema constitucional precisou de recorrer à figura do estado de exceção, foi colocada em perigo a disciplina constitucional, que tinha sido presidida pela estratégia de limitação dos poderes normativos do Executivo e de prioridade à tutela de bens jurídicos fundamentais.

RICARDO PEDRO

*Houston, we have a problem*: o direito de regresso na sequência de condenação do Estado pelo TEDH por violação do direito a um processo equitativo p. 807

O presente artigo analisa o regime do direito de regresso aplicável sempre que o Estado Português seja condenado pelo TEDH por violação do direito a um processo equitativo.

SARA NAZARÉ

A ação de anulação na LAV 2011 (e a sua duvidosa conjugação com o recurso da decisão arbitral): algumas notas práticas p. 825

A ação de anulação e o recurso da decisão arbitral vivem, hoje, um casamento instável. A sua conjugação levanta vários problemas processuais, a que procuramos dar resposta.

### Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 155/2019-CS/R. Procuradoria ilícita p. 857
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 17/PP/2021-G. Advogar em causa Própria p. 867

### Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 912/XIV/2.º, que visa reforçar a proteção das Mulheres na gravidez e parto através da criminalização da violência obstétrica p. 871

### Vida Interna

- Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados, aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 17 de setembro de 2021 p. 877





## EDITORIAL

O presente número da Revista da Ordem dos Advogados publica um conjunto de estudos doutrinários de inequívoca atualidade e com interesse para os Advogados, além dos pareceres, jurisprudência dos Conselhos e da vida interna da Ordem.

No plano das *novidades legislativas*, salientam-se os textos do SENHOR BASTONÁRIO PROF. DOUTOR LUÍS MENEZES LEITÃO, sobre a transposição da Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, do PROF. DOUTOR LUÍS DE LIMA PINHEIRO sobre a Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias e do PROF. DOUTOR DAVID FALCÃO sobre o regime do novo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro.

No plano *jurídico-constitucional*, destacam-se as reflexões do PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA intitulado “*Nos 45 anos da Constituição*”, bem como o estudo do PROF. DOUTOR PEDRO SANCHEZ sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Exceção e, no Direito Fiscal Constitucional, o texto da Autoria do DR. FILIPE VASCONCELOS FERNANDES acerca do princípio da proibição de retroatividade.

Num *outro plano*, com particular interesse para a prática de contencioso, salienta-se: no âmbito judicial, o texto do PROF. DOUTOR FERNANDO SILVA PEREIRA, no qual se revisita o tema da cessão de crédito litigioso na pendência da ação, em diálogo com a jurisprudência, no âmbito da arbitragem, o texto da D.<sup>RA</sup> SARA NAZARÉ sobre a ação de anulação na LAV de 2011 e, num âmbito mais geral, o estudo do PROF. DOUTOR RICARDO PEDRO sobre o direito de regresso na sequência de condenação do estado pelo TEDH por violação do direito a um processo equitativo.

Incluem-se ainda vários outros estudos com manifesta relevância prática, como a análise acerca do documento eletrónico, da Autoria do PROF. DOUTOR FRANCISCO ANDRADE e D.<sup>RA</sup> MARINA SILVA, as considerações sobre fusão, cisão e transformação de sociedade arrendatária, da autoria do

DR. JOSÉ DIOGO FALCÃO e o estudo sobre subcontratação e construção, da autoria do DR. JOÃO FILIPE GRAÇA.

O volume conta ainda com as ponderações dos PROFS. DOUTORES GLÓRIA TEIXEIRA e MOUTEIRA GUERREIRO sobre um tema pouco tratado, mas importante no nosso País: o espaço rural, o seu ordenamento e identificação.

É com renovado gosto que publicamos o presente número, agradecendo aos Autores os respetivos contributos para o enriquecimento da teoria e da prática do Direito.

*Lisboa, 12 de dezembro de 2021*

CATARINA MONTEIRO PIRES

# A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA (UE) 2019/790 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 17 DE ABRIL DE 2019, RELATIVA AOS DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS NO MERCADO ÚNICO DIGITAL

*Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão(\*)*

*SUMÁRIO:*

**1. Generalidades. 2. A Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital. 2.1.** O processo de aprovação da Directiva. **2.2.** O âmbito de aplicação da Directiva. **2.3.** As novas excepções e limitações ao direito de autorizar a reprodução de obras e outro material protegido. **2.4.** O novo direito do editor de publicações de imprensa. **2.5.** A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em rede. **2.6.** A remuneração justa dos autores e artistas intérpretes ou executantes. **3. Análise da Proposta de Lei 114/XIV/3.<sup>a</sup> de transposição da Directiva. 3.1.** Generalidades. **3.2.** A introdução das novas excepções e limitações. **3.3.** O direito conexo do editor de imprensa. **3.4.** A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha. **3.5.** O direito à remuneração justa e equitativa. **4. Conclusão.**

## 1. Generalidades

O tema que iremos examinar neste artigo prende-se com a transposição da Directiva relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital

---

(\*) Doutor e Agregado em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado e Jurisconsulto. Bastonário da Ordem dos Advogados.

(MUD ou DSM na versão inglesa), ou seja a Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

O prazo para a transposição desta Directiva terminava no passado dia 7 de Junho, o que infelizmente não veio a ser cumprido pelo Governo. Efectivamente, este apresentou no Parlamento uma proposta de autorização legislativa no passado dia 28 de Setembro, que no entanto substituiu a 7 de Outubro, convertendo esse pedido numa proposta de lei, que é assim a Proposta de Lei 114/XIV/3. Devendo ter sido votada na generalidade em 22 de Outubro, acabou por baixar à Comissão de Cultura e Comunicação sem votação, estando neste momento em apreciação pública até ao próximo dia 21 de Novembro. A anunciada intenção do Presidente da República de dissolver o Parlamento arrisca-se, no entanto, a demorar ainda mais esta transposição, que já se encontra bastante atrasada.

No âmbito deste artigo, começaremos por fazer uma análise dos principais aspectos da Directiva 2019/790, após o que nos debruçaremos sobre as soluções constantes do diploma de transposição.

## **2. A Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital**

### **2.1. O processo de aprovação da Directiva**

A Directiva (UE) 2019/790 enquadra-se no âmbito da *Estratégia da Comissão Europeia para o Mercado Único Digital na Europa*, apresentada pela Comunicação da Comissão de 6 de Maio de 2015 [COM(2015) 192 final]. Nessa Estratégia a Comissão Europeia já propunha a criação de um quadro regulamentar adequado à finalidade aplicável a plataformas e a intermediários e o combate aos conteúdos ilegais na internet<sup>(1)</sup>. Posteriormente, através da Comunicação *Rumo a um quadro de direitos de autor mais moderno e mais europeu*, de 9 de Dezembro de 2015 [COM(2015)

---

<sup>(1)</sup> Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*, COM (2015) 192, final, p. 12, ss.

626 final], a Comissão manifestou a intenção de alterar o quadro jurídico da protecção dos direitos de autor contra infracções à escala comercial, bem como de proceder a uma avaliação aprofundada da actuação das plataformas de internet<sup>(2)</sup>.

Posteriormente, em 14 de Setembro de 2016, a Comissão apresentou uma proposta de Directiva relativa aos direitos de autor no mercado único digital, a qual foi sujeita a uma primeira votação no Parlamento Europeu em Setembro de 2018. A proposta foi em seguida objecto de negociações entre Outubro de 2018 e Fevereiro de 2019, as quais motivaram um intenso e polémico debate público, especialmente sobre os novos deveres das plataformas de internet (art. 13.º, agora art. 17.º da Directiva) e o novo direito do editor de publicações de imprensa (art. 11.º, agora art. 15.º da Directiva). Neste âmbito chegaram a surgir petições, cartas abertas<sup>(3)</sup> e manifestações, colocando em confronto aqueles que defendiam que a Directiva iria conduzir a uma limitação da liberdade de expressão na internet e os que sustentavam ser esta a forma adequada de proteger os direitos de autor no ambiente digital. Tal não impediu o texto de vir a ser aprovado, primeiro no Parlamento Europeu em 26 de Março de 2019, e depois no Conselho a 15 de Abril, ainda que seis Estados-Membros tenham votado contra, apresentando declarações de voto e propostas de interpretação dos aspectos mais controversos. O texto viria a ser publicado dois dias depois, tornando-se assim a Directiva (UE) 2019/790, de 14 de Abril<sup>(4)</sup>.

A polémica não ficaria, porém, encerrada, dado que a República da Polónia apresentou no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através do processo C-401/19, instaurado contra o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, um recurso de anulação desta Directiva onde a título principal, se pede que o TJUE anule o art. 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), *in fine*, da Directiva e, a título subsidiário, que anule este art. 17.º na sua totalidade. A fundamentação do recurso assenta na consideração de que esta disposição, ao impor aos prestadores de serviços de internet obrigações de monitorização dos conteúdos que os utilizadores dos seus servi-

---

(2) COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Rumo a um quadro de direitos de autor mais moderno e europeu*, COM (2015) 626, final, p. 13.

(3) Entre estas cartas abertas salienta-se o manifesto dos académicos contra o novo direito do editor de publicações de imprensa, datado de 24 de Abril de 2018, acessível em <<https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right>>.

(4) Cf. sobre o processo de aprovação da Directiva JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, na *EIPR* 1 (2020), pp. 28-41 (28-29) e NUNO SOUSA E SILVA, “Subsídios para a transposição da Directiva 2019/790”, na *RDI* 1/2020, pp. 245-272 (246-247).

ços colocam em linha, a fim de prevenir o carregamento das obras e material protegido, atenta contra a liberdade de expressão e de informação dos utilizadores dos serviços de partilha, garantida no art. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Neste processo intervieram em apoio do Parlamento Europeu e do Conselho, não só a Comissão Europeia, mas também o Reino de Espanha, a República Francesa e a República Portuguesa, não tendo esta última, no entanto, ao contrário dos outros intervenientes, apresentado qualquer articulado de intervenção.

O pedido de anulação apresentado neste processo levou a que o Governo Português, na sua Proposta de Lei, admitisse a possibilidade de o TJUE dar razão à Polónia, o que tornaria necessário alterar o diploma de transposição da Directiva. Não nos parece, porém, que tal venha a suceder, uma vez que, segundo as conclusões do Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, publicadas no passado dia 15 de Julho, o art. 17.º da Directiva, é compatível com a liberdade de expressão e comunicação garantida pelo art. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais. No seu entender, o legislador da União pode, respeitando a liberdade de expressão, impor certas obrigações de monitorização e filtragem aos intermediários de serviços de internet, desde que estabeleça garantias suficientes para minimizar o impacto nessa liberdade, o que sucede no art. 17.º da Directiva. Sabendo-se que, embora não sejam vinculativas para o TJUE, as conclusões do Advogado-Geral costumam ser seguidas em cerca de 80% de acórdãos, é assim de prever a rejeição deste recurso<sup>(5)</sup>.

Entretanto, no passado dia 4 de Junho, apenas três dias antes de terminar o prazo de transposição da Directiva, a Comissão Europeia resolveu publicar uma comunicação estabelecendo orientações sobre o art. 17.º da Directiva 2019/790. Nessa comunicação, a Comissão Europeia refere expressamente que “embora o presente documento não seja juridicamente vinculativo, foi formalmente adotado pela Comissão sobre a forma de uma comunicação e dá cumprimento ao mandato conferido à Comissão pelo legislador da União, nos termos do art. 17.º, n.º 10”<sup>(6)</sup>. A verdade é que difi-

---

<sup>(5)</sup> Estas conclusões encontram-se disponíveis em <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-401/19>>. Salienta-se, no entanto, que nos n.ºs 211, ss., o Advogado-Geral não deixa de considerar que, devido à importância para a liberdade de expressão, as soluções práticas para bloquear os conteúdos têm que ser definidas de forma transparente sob a supervisão das autoridades públicas, para o que salienta a importância do diálogo da Comissão com as partes interessadas, previsto no art. 17.º, n.º 10 da Directiva.

<sup>(6)</sup> Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Orientações sobre o artigo 17.º da Directiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital*, COM (2021) 288 final, p. 1.

cilmente se pode encontrar no art. 17.º, n.º 10 uma autorização para a Comissão indicar aos Estados-Membros a forma como devem transpor a Directiva, sendo isso o que em termos práticos nos parece resultar dessas orientações.

No entanto, mesmo perante os grandes percalços do processo de transposição desta Directiva, a Comissão Europeia não deixou, no passado dia 26 de Julho, de instaurar procedimentos de infracção contra 23 dos 27 Estados-Membros, incluindo naturalmente Portugal, por não lhe terem comunicado como transpuseram a Directiva ou apenas o terem feito parcialmente<sup>(7)</sup>.

## 2.2. O âmbito de aplicação da Directiva

O art. 1.º da Directiva indica-nos que a mesma estabelece normas que visam uma maior harmonização do direito da União aplicável aos direitos de autor e direitos conexos no mercado interno, tendo em conta, em especial, as utilizações digitais e transfronteiriças de conteúdos protegidos. Para além disso, a Directiva estabelece regras em matéria de excepções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos, de facilitação de licenças, bem como regras destinadas a assegurar o bom funcionamento do mercado de exploração de obras e outro material protegido. A Directiva deixa, porém, intactas as anteriores directivas comunitárias relativas ao direito de autor, com excepção das Directivas 96/9/CE, relativa às bases de dados, e 2001/29/CE, relativa ao direito de autor na sociedade de informação, que são objecto de pequenas alterações (cf. art. 24.º Directiva 2019/790).

## 2.3. As novas excepções e limitações ao direito de autorizar a reprodução de obras e outro material protegido

Apesar de pretender estabelecer um regime de maior protecção aos direitos de autor, a Directiva acaba por estabelecer novas excepções e limitações ao direito de autorizar a reprodução de obras ou outro material protegido, incluindo as bases de dados. Assim, os Estados-Membros são obrigados a consagrar excepções e limitações relativas à prospecção de textos e

---

(7) Cf. a notícia “Bruxelas abre infracção contra Portugal por não comunicar regras de direitos de autor”, em PÚBLICO 26/7/2021, disponível em <<https://www.publico.pt/2021/07/26/culturaipsilon/noticia/bruxelas-abre-infraccao-portugal-nao-comunicar-regras-direitos-autor-1971827>>.

dados para fins de investigação científica (art. 3.º), à prospecção de textos e dados não reservados pelos seus titulares de forma adequada (art. 4.º), à utilização de obras e outro material protegido em actividades pedagógicas digitais e transfronteiriças (art. 5.º), bem como permitir a realização de cópias para efeitos de conservação do património cultural pelas instituições responsáveis pelo mesmo (art. 6.º). A prospecção de textos e dados é definida no art. 2.º, al. 2) como “qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, tais como padrões, tendências e correlações, entre outros”. Por sua vez o art. 2.º al. 3) define como instituição responsável pelo património cultural “uma biblioteca ou um museu acessíveis ao público, um arquivo ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro”.

O art. 7.º, n.º 1, proíbe que sejam estabelecidas disposições contratuais contrárias às excepções e limitações previstas nos arts. 3.º, 5.º e 6.º, apenas as admitindo consequentemente em relação às previstas no art. 4.º. No entanto, o n.º 2 do art. 7.º ressalva a aplicação do art. 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29/CE relativa à regra dos três passos, bem como do primeiro, terceiro e quinto subparágrafos do art. 6.º, n.º 4, da mesma Directiva, relativa à protecção das medidas de carácter tecnológico.

#### 2.4. O novo direito do editor de publicações de imprensa

Uma das principais inovações da Directiva 2019/790, prevista no seu art. 15.º, é a imposição aos Estados-Membros da obrigação de reconhecer aos editores de publicações de imprensa neles estabelecidos os direitos exclusivos de autorização ou proibição de reprodução e de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, previstos no art. 2.º e 3.º, n.º 2 da Directiva 2001/29/CE, relativamente à utilização em rede das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade de informação. Estes direitos não se aplicam, no entanto, à utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais nem abrangem a utilização de hiperligações nem a utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa. Consequentemente actos como a partilha de um link de uma notícia nas redes sociais não estarão abrangidos por esta disposição<sup>(8)</sup>.

---

(8) Neste sentido, NUNO SOUSA E SILVA, na *RDI* 1/2020, p. 260.



As publicações de imprensa surgem definidas no art. 2.º, 4) da Directiva, salientando-se que são expressamente excluídas do seu âmbito as publicações periódicas com fins científicos e académicos, como as revistas científicas.

A justificação para a criação deste novo direito do editor de publicações de imprensa é apresentada nos considerandos (54) e (55) da Directiva. Segundo os mesmos, a vasta disponibilidade de publicações de imprensa em rede deu origem à emergência de novos serviços, como os agregadores de notícias ou os serviços de monitorização dos meios de comunicação social (*clipping*), para os quais a reutilização de publicações de imprensa constitui uma parte importante dos seus modelos de negócio e uma fonte de receitas. Os editores de publicações de imprensa têm tido, porém, problemas com a concessão de licenças relativas à utilização das suas publicações aos fornecedores desses tipos de serviços, o que torna mais difícil recuperarem os seus investimentos. Entendeu-se, por isso, ser necessário o estabelecimento de uma contribuição financeira por parte dos prestadores de serviços da sociedade de informação para assegurar a sustentabilidade financeira do sector da edição, o que agora se assegura através do estabelecimento de direitos conexos aos direitos de autor para a reprodução e colocação à disposição do público de publicações de editores estabelecidos num Estado-Membro no que diz respeito às utilizações em rede por prestadores de serviços da sociedade da informação.

O art. 15.º, n.º 2, da Directiva 2019/790 explica, no entanto, que este novo direito conexo não prejudica os direitos de autor incidentes sobre as obras e outro material protegido que integre uma publicação de imprensa nem pode ser invocado contra os autores e outros titulares de direitos, não podendo privá-los da possibilidade de exploração das suas obras e material protegido. Os autores das obras integradas numa publicação de imprensa têm ainda direito a receber uma parte adequada das receitas que os editores de imprensa obtenham pela utilização das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade de informação (art. 15.º, n.º 5 da Directiva 2019/790). Lamentavelmente a Directiva não define, no entanto, em que consiste essa “parte adequada das receitas”.

O novo direito conexo não abrange as publicações de imprensa publicadas antes de 6 de Junho de 2019 e caduca no prazo de dois anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte àquele em que ocorreu a publicação de imprensa (art. 15.º, n.º 4, da Directiva 2019/790).

## 2.5. A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em rede

Um outro aspecto importante da Directiva, e talvez o mais polémico de todos, é o estabelecimento, no seu art. 17.º, de uma responsabilidade dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em rede quando seja disponibilizado ao público o acesso a obras ou outro material protegido nas suas plataformas, com a consequente exclusão de aplicação neste caso da exclusão de responsabilidade (*safe harbour*) dos serviços de armazenagem que se encontra estabelecida no art. 14.º da Directiva do Comércio Electrónico (Directiva 2000/31/CE) em relação à armazenagem em servidor, a qual deixa de ser aplicada a estas situações (art. 17.º, n.º 3, da Directiva).

A explicação dada para esta inovação resulta das queixas da indústria de conteúdos musicais que desde 2015 sustenta que plataformas como o *YouTube* aproveitam a exclusão da responsabilidade resultante da armazenagem para pagar aos titulares de direitos um valor muito inferior às receitas que obtêm pela partilha desses conteúdos em rede, gerando assim uma lacuna de valor (*value gap*) em comparação com as plataformas de *streaming* de músicas, como o *Spotify*. De acordo com esta posição, o facto de o *YouTube* e o *Spotify* serem legalmente tratados de forma diferente distorce o mercado de música digital, levando à perda de receitas por parte dos titulares de direitos. A Directiva pretende assim eliminar essa lacuna de valor através da responsabilização das plataformas de armazenagem pelo pagamento dos direitos de autor, em termos idênticos às plataformas de *streaming*, o que levaria o *YouTube* a ter que renegociar as suas licenças em termos mais favoráveis à indústria musical<sup>(9)</sup>. É, no entanto, duvidoso qual será o impacto desta alteração na livre utilização da internet como ferramenta de comunicação, tal como hoje a entendemos, em virtude de se abrir o precedente de responsabilizar uma plataforma de internet por conteúdos que lá são colocados pelos seus utilizadores.

O prestador de serviços de conteúdos em linha é definido no art. 2.º, n.º 6, da Directiva como sendo “o prestador de serviços da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade sig-

---

<sup>(9)</sup> Cf. ANNEMARIE BRIDY “The Price of Closing the ‘Value Gap’: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform”, em *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 22, pp. 323-358 (325-327), que a pp. 325 afirma: “The text of the DSM Directive nowhere mentions YouTube, but anyone versed in the political economy of digital copyright knows that article 17 was designed specifically to make YouTube pay. The important question in the wake of Article 17’s adoption is who else will pay and in what ways”.

nificativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza e promove com fins lucrativos”. Esta definição é extremamente complexa e por isso os seus diversos elementos foram objecto de uma concretização pela Comissão nas suas *Orientações sobre o artigo 17.*<sup>(10)</sup>.

Esta disposição refere ainda que não são considerados como tais “as enciclopédias em linha sem fins lucrativos, os repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos, as plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Directiva (UE) 2018/1972 e os mercados em linha, serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso”.

Uma vez que o art. 17.º, n.º 1, estabelece que estas plataformas de internet realizam um acto de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da Directiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, as mesmas podem vir a ser responsabilizadas pelo surgimento nas suas plataformas de conteúdos protegidos (cf. art. 17.º, n.º 4, proémio).

Existem, no entanto, apenas duas formas de estes prestadores de serviços elidirem a sua responsabilidade: a primeira corresponde à obtenção de uma autorização, enquanto que a segunda se prende com uma nova exclusão de responsabilidade (*safe harbour*) que a Directiva instituiu.

Em relação à obtenção de autorização, o art. 17.º, n.º 2, da Directiva, prevê a possibilidade de o prestador de serviços obter uma autorização, designadamente através da celebração de um acordo de concessão de licenças, o qual pode corresponder a um acordo voluntário ou a um acordo de concessão de licenças colectivas com efeitos alargados, como o que está previsto no art. 12.º da Directiva. Nesse caso, essa autorização abrangerá também os actos realizados pelos utilizadores de serviços, desde que estes não actuem com carácter comercial ou a sua actividade não gere receitas significativas. A obtenção de autorização pode ser, no entanto, difícil de obter, até porque, como se explicita no considerando (62), “uma vez que a liberdade contratual não deverá ser afetada por essas disposições, os titulares de direitos não deverão ser obrigados a conceder uma autorização ou a celebrar acordos de concessão de licenças”. Nas suas *Observações sobre o artigo 17.º*, a Comissão Europeia exemplifica,

---

(10) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 3, ss.

porém, com as hipóteses de autorização ser concedida pelos titulares de direitos em troca de dados ou atividades promocionais, resultar de uma licença *Creative Commons*, ou ser dada aquando do carregamento ou partilha dos conteúdos pelos seus titulares<sup>(11)</sup>.

Em relação à nova exclusão de responsabilidade, a mesma encontra-se prevista no art. 17.º, n.º 4, da Directiva, que permite excluir a responsabilidade dos prestadores de serviços se estes demonstrarem que: “a) Enviaram todos os esforços para obter uma autorização; e b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso; c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b)”. Uma vez que será materialmente impossível obter uma autorização para todos os conteúdos colocados na plataforma, será manifestamente a esta exclusão de responsabilidade que as plataformas irão normalmente recorrer.

A obrigação estabelecida na alínea a), segundo as *Orientações sobre o artigo 17.º* da Comissão Europeia, deve considerar-se cumprida “quando um prestador de serviços contacta um titular de direitos, mas este se recusa a entrar em negociações para conceder uma autorização para os seus conteúdos, ou rejeita ofertas razoáveis feitas de boa fé (...). No entanto, de modo a não ser responsável se os conteúdos não autorizados estiverem disponíveis no seu serviço, o prestador de serviços ainda terá que demonstrar que enviou melhores esforços para efeitos do art. 17.º, n.º 4, alíneas b) e c)”<sup>(12)</sup>.

O considerando (66) da Directiva procura explicar o conteúdo destas obrigações, salientando-se a referência a que “as obrigações estabelecidas na presente diretiva não deverão levar os Estados-Membros a imporem uma obrigação geral de monitorização”, conforme expressamente determina o n.º 8 do art. 17.º da Directiva, não sendo assim derogado o regime estabelecido no art. 15.º da Directiva do Comércio Electrónico (Directiva 2000/31/CE). Tem sido, no entanto, salientado que a aplicação deste sistema exige a utilização de tecnologias, estabelecendo filtros de acesso a

---

(11) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 7.

(12) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 11.

conteúdos protegidos, o que acabará por conduzir a uma obrigação de monitorização<sup>(13)</sup>. Na verdade, é manifesto que esta obrigação não poderá ser cumprida sem o recurso à inteligência artificial.

A Directiva procura, no entanto, atenuar o rigor deste novo regime através da referência no n.º 5 do art. 17.º ao princípio da proporcionalidade, devendo para isso em conta, entre outros, os seguintes elementos: *a)* o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e *b)* a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços. Da mesma forma, a parte final do considerando (66) refere que os prestadores de serviços não deverão ser responsabilizados se os titulares de direitos não lhes fornecerem as informações relevantes e necessárias sobre as suas obras e outro material protegido ou não os notificarem para o bloqueio ou remoção dos mesmos.

A Directiva estabelece ainda, no termos do art. 17.º, n.º 6, um regime mais benéfico para os novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha cujos serviços tenham sido disponibilizados ao público na União por um período inferior a três anos e cujo volume de negócios anual seja inferior a 10 milhões de euros, calculado nos termos da Recomendação 2003/361/CE da Comissão, apenas os obrigando a demonstrar que envidaram todos os esforços para obter uma autorização e actuar com diligência, após a recepção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido ou de remover os mesmos dos seus sítios Internet. Caso o número médio mensal de visitantes individuais desses prestadores de serviços seja superior a 5 milhões, calculado com base no ano civil precedente, os referidos prestadores devem igualmente demonstrar que envidaram os melhores esforços para impedir outros carregamentos das obras e outro material protegido objecto de notificação sobre os quais os titulares tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias. Embora se pretenda por esta via proteger as *startups*, com os requisitos apertados que tem, este regime mais benéfico aplicar-se-á, no entanto, a muitas poucas plataformas e durante um período muito limitado.

O art. 17.º, n.º 7, estabelece ainda que o regime da Directiva não pode prejudicar o acesso a obras e material que não violem os direitos de autor,

---

(13) Cf. JOÃO PEDRO QUINTAIS, na *EIPR* 1 (2020), p. 39. NUNO SOUSA E SILVA, na *RDI* 1/2020, p. 266, considera mesmo que a Directiva “faz uma homenagem ao surrealista belga René Magritte, ao dizer que a obrigação de filtragem que decorre (lógica e necessariamente) dos deveres enunciados nas alíneas *b)* e *c)* do art. 17.º/4 não constitui uma obrigação geral de monitorização”.

bem como as faculdade de citação, crítica, análise e utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche. Nas suas *Observações*, a Comissão Europeia reforça a injuntividade desta regra, salientando que “as exceções ou limitações previstas na Diretiva 2001/29/CE são de carácter opcional e dirigidas a qualquer utilizador e, no caso da citação, crítica e análise, estão sujeitas à aplicação de condições específicas. Em contrapartida, as exceções e limitações específicas previstas no art. 17.º, n.º 7, são de aplicação obrigatória para os Estados-Membros, aplicam-se especificamente e apenas ao ambiente em linha e a todos os utilizadores quando carregam e disponibilizam conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha, e não existem outras condições para a sua aplicação”<sup>(14)</sup>.

O art. 17.º, n.º 9, determina que os Estados-Membros devam assegurar mecanismos de reclamação e recurso eficazes e rápidos em caso de litígios sobre o bloqueio de conteúdos, assegurando que nestes casos a decisão é sujeita a controlo humano. Efectivamente, sabendo-se que o bloqueio dos conteúdos protegidos assenta essencialmente na utilização de tecnologia de filtragem e que nenhuma tecnologia é neste momento absolutamente segura nesse âmbito, torna-se necessário que a reclamação e o recurso sejam objecto de decisão humana, sem o que os mesmos serão ineficazes. A Comissão explicita, porém, nas suas *Observações* que os conteúdos devem manter-se bloqueados até à decisão humana, salvo no caso de conteúdos que manifestamente não infringem o art. 17.º, n.º 7<sup>(15)</sup>.

Apesar de o n.º 9 prever a obrigatoriedade de as plataformas estabelecerem mecanismos de reclamação em caso de bloqueio indevido, e o recurso a meios alternativos de resolução de litígios, é manifesto que passará a ser difícil continuar a exercer estas faculdades nestas plataformas.

## 2.6. A remuneração justa dos autores e artistas intérpretes ou executantes

Outra das inovações efectuadas pela Directiva 2019/790/UE diz respeito à imposição no art. 18.º que os Estados-Membros assegurem que os autores e artistas intérpretes ou executantes recebam uma remuneração adequada e proporcionada sempre que concedam uma licença ou transfiram os seus direitos sobre uma obra ou outro material protegido para efei-

---

<sup>(14)</sup> Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 21.

<sup>(15)</sup> Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 28.

tos de exploração. Deixa-se, no entanto, aos próprios Estados-Membros a possibilidade de utilizar diferentes mecanismos para o efeito, os quais devem ter em conta o princípio da liberdade contratual e um equilíbrio justo de direitos e interesses.

Segundo explica a Directiva no considerando (73) a fixação da remuneração deve tomar por referência o “valor económico real ou potencial dos direitos objeto de licença ou transferência, tendo em conta a contribuição do autor ou do artista intérprete ou executante para o conjunto da obra ou de outro material protegido e todas as demais circunstâncias do caso, tais como as práticas de mercado ou a exploração efetiva do trabalho”, sendo que o “pagamento de um montante fixo também pode constituir uma remuneração proporcionada, mas não deverá ser a regra”. Competirá aos Estados-Membros “definir livremente casos específicos para a aplicação de montantes fixos, atendendo às especificidades de cada setor”, podendo ainda recorrer para a fixação da remuneração a “diferentes mecanismos existentes ou recentemente introduzidos, que poderão incluir a negociação coletiva e outros mecanismos, desde que tais mecanismos respeitem o direito da União aplicável”.

A Directiva 2019/790/UE é, no entanto, mais concreta relativamente à imposição no art. 19.º em benefício dos titulares de direitos de uma obrigação de transparência (*rectius* de informação anual) por parte das entidades licenciadas relativamente à exploração das suas obras e prestações, incluindo as receitas geradas e a remuneração devida.

Essa obrigação de informação é instrumental relativamente a dois direitos instituídos pela Directiva: o direito de modificação contratual (art. 29.º) e o direito de revogação do contrato (art. 22.º). Salienta-se que a Directiva prevê a aplicação de meios de resolução alternativa de litígios em relação à obrigação de informação e ao direito de modificação contratual, mas não em relação ao direito de revogação (art. 21.º).

Em relação ao direito de modificação contratual, o mesmo é previsto no art. 29.º, que permite a modificação do contrato sempre que a remuneração inicialmente acordada se revele desproporcionadamente baixa relativamente a todas as receitas pertinentes subsequentes decorrentes da exploração das obras ou prestações. Salienta-se que o considerando (78) da Directiva refere que estes é um direito de exercício individual pelo que não poderá ser utilizado pelas organizações de gestão colectiva, entidades de gestão independente ou outras entidades abrangidas pela Directiva 2014/26/UE para modificar os acordos que celebraram. Não obstante, essas entidades, desde que devidamente mandatadas, poderão “prestar assistência a um ou mais autores ou artistas intérpretes ou executantes em pedidos

de modificação contratual, tendo igualmente em conta, se for caso disso, os interesses de outros autores ou artistas intérpretes ou executantes”.

Já em relação ao direito de revogação contratual, o mesmo é previsto no art. 22.º, n.º 1, da Directiva, como um direito atribuído aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes, em caso de falta de exploração da obra ou outro material protegido. O art. 22.º, n.º 2, admite, no entanto, que os Estados-Membros possam prever disposições específicas neste âmbito para atender às especificidades de diferentes sectores e tipos de obras e prestações e para os casos de obras ou prestações realizadas por mais de um autor ou artista intérprete ou executantes. Para além disso, os Estados-Membros têm as faculdades de excluir obras ou outro material protegido do direito de revogação, impor um certo prazo para o seu exercício e estabelecer como alternativa a opção por pôr termo à exclusividade da licença. Os Estados-Membros devem ainda prever que a revogação só possa ser exercida após um período razoável de vigência do contrato e seja exigida uma notificação prévia que fixe um prazo razoável para essa exploração (art. 22.º, n.º 3).

### **3. Análise da Proposta de Lei 114/XIV/3.ª de transposição da Directiva**

#### **3.1. Generalidades**

A propósito da transposição desta Directiva, NUNO SOUSA E SILVA escreveu: “Na transposição o legislador português pode escolher uma de quatro abordagens. A primeira será elaborar um novo Código, alterando a sistemática atual. A segunda consiste em fazer uma transposição cuidada (isto é atempada, com ponderação, estudo(s), técnica legislativa adequada e adaptação à realidade nacional aproveitando a oportunidade para corrigir erros do CDADC que estão há muito tempo identificados e alterar previsões que atualmente fazem pouco sentido. Como terceira hipótese poderá proceder apenas a uma transposição adequada, sem aproveitar a oportunidade para melhorar a lei como um todo. A última, indesejável (mas infelizmente habitual) é a transposição inconsciente, servil, que se limita a uma cópia atabalhoada dos artigos da Directiva; o que neste caso, tendo em conta a sua complexidade e as opções que permite aos Estados-Membros, será praticamente impossível”<sup>(16)</sup>.

---

(16) Cf. NUNO SOUSA E SILVA, na *RDI* 1/2020, p. 249.



A transposição da Directiva efectuada pela Proposta de Lei 114/XIV/ /3.<sup>a</sup> é efectuada mediante a alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e ainda à Lei 26/2015, de 14 de Abril que regula as entidades de gestão colectiva, e ao Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho, relativo à protecção jurídica das bases de dados.

Na nossa opinião, essa Proposta de Lei corresponde à terceira hipótese de transposição acima referida. Teríamos preferido que tivesse sido aproveitada a oportunidade para melhorar o CDADC, à semelhança do que ocorreu na Alemanha, tendo a transposição sido efectuada através da *Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes*, de 31 de Maio de 2021. Salienta-se que esta lei inclui no seu art. 3.º um extenso diploma autónomo destinado exclusivamente à transposição do art. 17.º da Directiva, a *Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz ou UhrDaG)*.

Em qualquer caso, é necessário referir que a Proposta corresponde a uma forma de transposição muito melhor do que a realizada em Espanha pelo Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de Novembro, que transpõe ao mesmo tempo e no mesmo diploma uma série de Directivas europeias, efectuando a transposição desta no seu Livro IV, arts. 66.º, ss.

Em relação às alterações ao CDADC, as principais inovações consistem na introdução das novas excepções e limitações, na criação de um novo direito conexo, que abrange o editor de imprensa, e na responsabilização daqueles que colocam que conteúdos protegidos nas plataformas de internet e ainda nas regras relativas à remuneração justa dos autores e artistas intérpretes e executantes.

Analisemos sucessivamente estas situações.

### 3.2. A introdução das novas excepções e limitações

Relativamente à introdução das novas excepções e limitações, o legislador optou por as introduzir no art. 75.º, n.º 2, CDADC e ainda a de acrescentar definições no n.º 6 do mesmo artigo. Sendo esta a solução mais óbvia, não deixamos de salientar que o artigo ficou extremamente pesado, com alíneas que já esgotam todas as letras do alfabeto, parecendo-nos mais coerente que se desdobrasse este artigo em vários, aliás na linha do que faz a própria Directiva.

### 3.3. O direito conexo do editor de imprensa

O art. 15.º da Directiva estabelece uma protecção especial do editor de publicações de imprensa em relação à publicação dos seus conteúdos, o que a Proposta de Lei 114/XIV/3.<sup>a</sup>, pretende transpor através do reconhecimento de um direito conexo ao editor de imprensa, sendo assim efectuada alterações aos arts. 176.º, 183.º, 185.º, 189.º e 192.º CDADC, bem como o aditamento dos arts. 188.º-A e 188.º-B ao CDADC. Esta solução parece-nos controversa. Em primeiro lugar, já tem sido reconhecido, quer por OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>(17)</sup>, quer por nós próprios<sup>(18)</sup>, que os arts. 76.º, n.º 1, *a)*, *b)* e *c)* e 82.º do CDADC, implicam a qualificação do direito do editor em geral como direito conexo, pelo que não se vê razão para que a alteração do Código apenas contemple o editor de imprensa, *rectius* o editor de publicações de imprensa. Acresce que a definição de editor de imprensa, que consta do novo n.º 11 do art. 176.º, não prevista na Directiva ainda que baseada no seu considerando (55), é das mais infelizes que já vimos publicar num texto legislativo: “pessoa singular ou coletiva sob cuja iniciativa e responsabilidade é publicada a publicação de imprensa, incluindo, nomeadamente, as empresas jornalísticas, e prestadores de serviços como os editores de notícias e as agências noticiosas”.

Conforme acima se referiu, a Directiva não define “a parte apropriada das receitas” que neste caso é destinada aos autores. O art. 188.º-B concretiza, no entanto, os critérios de atribuição dessa retribuição, referindo mesmo que, caso o direito seja exercido através de uma entidade de gestão colectiva, será aplicável o disposto na Lei 26/2015, de 14 de Abril, em matéria de fixação de tarifários gerais, o que nos parece uma boa solução.

### 3.4. A responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha

O novo regime da responsabilização dos prestadores de serviços de conteúdos em linha é transposto na proposta de lei através de um aditamento ao CDADC de uma nova secção XI no capítulo III (*Das utilizações em especial*), com o título *Da utilização da obra por prestador de serviços*

---

<sup>(17)</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 547-548.

<sup>(18)</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 282, ss.

*de partilha de conteúdos em linha*, a qual abrange nada menos do que oito artigos, os arts. 175.º-A a 175.º-H, que se pode considerar que inovam bastante em relação ao art. 17.º da Directiva.

A primeira disposição, constante do art. 175.º-A limita-se a estabelecer no n.º 1 a definição de prestador de serviços de conteúdos em linha, e a referir quais os prestadores de serviços excluídos, em conformidade com a definição do art. 2.º, n.º 6, da Directiva. Esta disposição está em conformidade com as *Orientações sobre o artigo 17.º* emitidas pela Comissão Europeia que estabelece que na transposição os Estados-Membros devem incluir a definição de prestadores de serviços em linha e a lista de prestadores de serviços excluídos nos mesmos termos da Directiva. No entanto, a Comissão salienta ainda que os Estados-Membros devem especificar “à luz do considerando (62) que esta lista de prestadores de serviços excluídos não é exaustiva”, enquanto que o art. 175.º-A, n.º 2, nada diz sobre o carácter exemplificativo dos prestadores que indica. Para além disso, as *Orientações sobre o artigo 17.º* referem que “não há margem para os Estados-Membros irem além, ou seja, alargarem o âmbito de aplicação da definição ou reduzirem o seu âmbito”<sup>(19)</sup>. Ora, enquanto que a Directiva se referia à necessidade de o prestador de serviços organizar e promover a partilha com fins lucrativos, o art. 175.º-A, n.º 1, faz referência à finalidade de obter uma vantagem económica e comercial directa ou indirecta, o que não é exactamente a mesma coisa.

O art. 175.º-B, n.º 1, consagra a regra de que constitui um acto de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, por parte de prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, a disponibilização ao público do acesso a obras ou outros materiais protegidos por direitos de autor ou direitos conexos carregados pelos utilizadores daqueles serviços. Esta formulação é feliz, dela resultando uma clara responsabilização dos prestadores de serviços pelo carregamento de obras e ou outros materiais protegidos efectuado pelos seus utilizadores. O art. 175.º-B, n.º 4, esclarece expressamente, em conformidade com a Directiva, a não aplicabilidade das limitações à responsabilidade dos prestadores intermediários previstas no art. 16.º do Decreto-Lei 7/2004, de 14 de Fevereiro, sem prejuízo da aplicabilidade de tais limitações a outras actividades desenvolvidas por aqueles prestadores de serviços.

Conforme se prevê na Directiva, a Proposta de Lei estabelece a necessidade de autorização dos titulares de direitos para a colocação nas

---

(19) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 4.

plataformas de internet de obras ou outros materiais protegidos (art. 175.º-B, n.º 2). Estabelece-se, no entanto, que, em caso de concessão de autorização ao prestador de serviços, essa autorização compreende os actos de comunicação ou colocação à disposição do público realizados pelos utilizadores dos serviços se estes não agirem com carácter comercial, directo ou indirecto, ou se a sua actividade não gerar receitas significativas (art. 175.º-B, n.º 3). No entanto, o n.º 5 do art. 175.º-B ainda explicita a que não é prejudicada a utilização de obras ou outro material protegido por parte de utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que não violem direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente as utilizações abrangidas por uma excepção ou limitação.

A Proposta de Lei estabelece ainda, nos mesmos termos da Directiva, no seu art. 175.º-C, n.º 1, os casos especiais de isenção de responsabilidade, em caso de falta de autorização, exigindo que para esse efeito os prestadores demonstrem cumulativamente que: *a)* Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; *b)* Efectuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do sector, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outros materiais protegidos, relativamente aos quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias; *c)* Agiram, de forma diligente, após recepção suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios de internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços, independentemente de os titulares de direitos terem ou não disponibilizado a informação relevante e necessária em momento prévio à notificação, e envidaram os melhores esforços para impedir o futuro carregamento e disponibilização da obra ou outros materiais protegidos, objecto de notificação, nos termos da alínea anterior”. Lamentavelmente este texto, é muito mais complexo e rebuscado do que o que consta do art. 17.º, n.º 4, da Directiva, pelo que me parece que se ganharia em clareza se fosse utilizado antes este último texto. Aliás, o art. 175.º-C, n.º 2, ao estabelecer os elementos que devem ser tidos em conta para avaliar o cumprimento destas obrigações reproduz quase textualmente o art. 17.º, n.º 5, da Directiva.

Uma das questões que pode ser suscitada na transposição é ter-se usado na alínea *a)* do art. 175.º-C a expressão “todos os esforços”, enquanto que na alínea *b)* surge antes “os melhores esforços”. Na verdade é assim que igualmente surge na versão em língua portuguesa do art. 17.º, n.º 4, da Directiva, mas nas suas versões inglesa, francesa e espanhola, a expressão é a mesma nas duas alíneas: “*best efforts*”, “*les meilleurs*”

*efforts*”, “*los mayores esfuerzos*”. Parece que se deveria optar por uma única expressão e preferíamos que fosse utilizada a expressão “os melhores esforços”. Segundo refere a Comissão Europeia nas suas *Observações sobre o artigo 17.º*, “o conceito de «melhores esforços» não é definido e nenhuma referência é feita ao direito nacional, portanto, é um conceito autónomo do direito da UE e deve ser transposto pelos Estados-Membros de acordo com as presentes orientações e interpretado à luz da finalidade e dos objetivos do art. 17.º e do texto de todo o artigo”<sup>(20)</sup>.

Também não nos parece feliz a solução encontrada para a transposição do regime mais benéfico para os novos prestadores de serviços constante do art. 175.º-D, que nos parece estabelecer uma redacção mais complexa do que a constante do art. 17.º, n.º 6, da Directiva. Temos aliás dúvidas na justificação da introdução do n.º 3 do art. 175.º-D, que constitui uma disposição não constante da Directiva.

Finalmente, no art. 175.º-F é estabelecido o procedimento de reclamação e reapreciação em relação a bloqueios indevidos, enquanto que o art. 175.º-G admite o recurso a centros de resolução alternativa de litígios. Temos, no entanto, bastantes dúvidas sobre se esta simples referência será suficiente para resolver estas questões, uma vez que normalmente os litígios são de muito reduzida dimensão, não sendo por isso os centros de arbitragens existentes muito idóneos para os abranger.

### 3.5. O direito à remuneração justa e equitativa

A transposição da Directiva em relação ao direito à remuneração justa e equitativa é efectuada pelo aditamento dos arts. 44.º-A e seguintes ao CDADC, em termos que não se afastam muito da Directiva.

É assim assegurado aos autores e artistas intérpretes e executantes o direito a receber uma remuneração adequada, proporcionada e equitativa (art. 44.º-A). Estabelece-se um dever de informação, por parte das entidades licenciadas relativamente à exploração das obras e prestações (art. 44.º-B). É estabelecido um direito de remuneração adicional, no caso de a remuneração se revelar desproporcionadamente baixa em relação às receitas da exploração (art. 44.º-C). Prevê-se igualmente um procedimento de resolução extrajudicial de litígios, em caso de exercício destes dois direitos (art. 44.º-D).

---

(20) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre o artigo 17.º*, p. 9.

Onde a Proposta de Lei mais inova é no amplo desenvolvimento dado ao direito de revogação, previsto no art. 44.º-E, em que o legislador utiliza a permissão do art. 22.º, n.º 2, da Directiva de estabelecer disposições específicas sobre este direito.

É assim estabelecido que o direito de revogação só pode ser exercido passados cinco anos sobre a celebração do contrato ou decorrido um terço sobre a sua duração, consoante o que ocorra primeiro (art. 44.º-E, n.º 2), sendo que no caso de obras e prestações futuras, esse prazo se conta da conclusão da obra ou da realização da prestação (art. 44.º-E, n.º 3). O direito não é aplicável às obras videográficas, cinematográficas e produzidas por processo análogo à cinematografia (art. 44.º-E, n.º 4). Para além disso, e conforme determina a Directiva a lei obriga o autor ou artista intérprete ou executante a notificar primeiro a outra parte, dando-lhe o prazo de um ano para proceder à exploração (art. 44.º-E, n.º 5), exigindo que decorra esse prazo para que seja possível a revogação, permitindo ainda ao titular do direito a alternativa de pôr termo à exclusividade do contrato (art. 44.º-E, n.º 6). O art. 44.º-E, n.º 8, exclui, porém, o direito de revogação se a falta de exploração resulta de circunstâncias não imputáveis à parte.

#### **4. Conclusão**

De um modo geral, a Proposta de Lei 114/XIX/3.<sup>a</sup> parece-nos uma forma adequada de transposição da Directiva (UE) 2019/790, ainda que nos pareça que em alguns aspectos a sua redacção poderia ser simplificada. Infelizmente, no entanto, já vamos com um atraso considerável em relação à transposição desta Directiva, pelo que será imperioso que o processo legislativo seja acelerado.

# ANÁLISE À NOVA LEI DAS GARANTIAS

— DL 84/2021, de 18 de outubro —

*Pelo Prof. Doutor David Falcão<sup>(1)</sup>*

## *SUMÁRIO:*

1. Introdução. 2. Objeto e Âmbito de Aplicação. 3. Conformidade. 4. Entrega do Bem e Obrigação de Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais. 5. Falta de Conformidade e Ónus da Prova. 6. Direitos do Consumidor. 7. Responsabilidade do Profissional e Prazos. 8. Responsabilidade do Produtor. 9. Garantias Comerciais (Voluntárias). 10. Imperatividade.

## **1. Introdução**

O revogado DL 67/2003, de 8 de abril, que regulou pela primeira vez, no nosso ordenamento jurídico, certos aspetos relativos à venda de bens de consumo e garantias a ela respeitantes, resultou da transposição para o ordenamento jurídico interno da revogada Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio<sup>(2)</sup> e estabeleceu um conjunto de regras que disciplinavam o regime das garantias legais e voluntárias, reforçando o nível de proteção dos consumidores nesta matéria (art. 1.º)<sup>(3)</sup>.

---

(1) Doutor em Direito. Professor Coordenador do Instituto Politécnico de Castelo Branco e Professor Convidado da Universidade da Beira Interior.

(2) Cf. MOTA PINTO, PAULO, “Anteprojeto de diploma de transposição da diretiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, p. 165, ss. e SINDE MONTEIRO, JORGE, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa à Venda e às Garantias dos Bens de Consumo”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna — RJUM*, ano I, 1998, p. 461, ss.

(3) De realçar, que nas relações de consumo, o DL 67/2003, de 8 de abril derroga as regras gerais respeitantes à venda de bens defeituosos (arts. 913.º, ss. do CC). Cf. Ac. Rel. Lisboa de 10/4/2018. Processo 3823/13.7TBALM.L1-7.

Volvidos cinco anos sobre a entrada em vigor do diploma considerou-se necessário introduzir novas regras que permitissem ajustar o regime à realidade do mercado e colmatar algumas deficiências que resultavam da sua aplicação.

Neste sentido, fazendo uso da prerrogativa conferida pelo art. 8.º, n.º 2<sup>(4)</sup> da Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, o DL 84/2008, de 21 de maio, alterando e republicando o DL 67/2003, de 8 de abril, estabeleceu um prazo limite de 30 dias para a realização das operações de reparação ou de substituição de um bem móvel, com vista a evitar o prolongamento, por tempo excessivo, das operações de substituição e de reparação pouco complexas. Procedeu, de igual forma, ao aumento do prazo de seis meses para dois e três anos a contar da data da denúncia do defeito, conforme se trate, respetivamente, de um bem móvel ou imóvel, para a caducidade dos direitos dos consumidores, conferindo-lhes prazos mais alargados para a preparação da ação judicial. O DL, acrescentou, ainda, um prazo de dois ou de cinco anos de garantia para o bem sucedâneo, consoante se trate, respetivamente, de um bem móvel ou imóvel e consagrou a transmissão dos direitos conferidos pela garantia a terceiro adquirente do bem.

Com o advento das novas tecnologias digitais, a Comissão Europeia apresentou uma proposta legislativa que, após negociação no Conselho, se traduziu na Diretiva (UE) 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, revogando a Diretiva 1999/44/CE, e cujo objetivo passou por contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, por um lado e, por outro, garantir um nível elevado de proteção dos consumidores.

Estabeleceu-se, assim, uma panóplia de regras comuns quanto a determinados requisitos relativos aos contratos de compra e venda de bens de consumo, em especial regras quanto à conformidade dos bens com o contrato, aos meios de ressarcimento em caso de falta de conformidade, às modalidades para o exercício desses meios e às garantias comerciais. Do mesmo modo, a Diretiva contribuiu para a elevação das exigências das novas tipologias de bens hoje existentes às do regime legal da conformidade dos bens de consumo através da inclusão de novas realidades, como é o caso dos contratos de compra e venda de bens com elementos digitais incorporados.

---

(4) O art. 8.º, n.º 2 da Diretiva estabelece que “Os Estados-Membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente directiva, disposições mais estritas, compatíveis com o Tratado, com o objectivo de garantir um nível mais elevado de protecção do consumidor”.



Simultaneamente, fruto do crescimento do comércio eletrônico, nos últimos anos, e com vista a impulsionar uma economia digital e garantir um melhor acesso dos consumidores aos conteúdos e serviços digitais, facilitando o seu fornecimento pelas empresas, a Comissão Europeia apresentou uma nova proposta legislativa que, após negociação no Conselho, resultou na Diretiva (UE) 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos relativos ao fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

Até à publicação da Diretiva (UE) 2019/770 existia um vazio legal a nível europeu respeitante à consagração de direitos dos consumidores em caso de não fornecimento ou não conformidade dos conteúdos ou serviços digitais. Passou, pois, a aplicar-se, no que concerne ao fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, a contratos que estipulem um único ato de fornecimento, uma série de atos individuais de fornecimento e, ainda, um fornecimento contínuo. Veja-se, a título de exemplo, a compra de livros digitais (*ebook*), a subscrição de publicações periódicas e a subscrição de um serviço de *streaming*, assegurando, por sua vez, que o consumidor que facultar dados pessoais para usufruir de um conteúdo ou serviço digital passe a estar protegido por um conjunto de direitos, caso ocorra o não fornecimento ou falta de conformidade.

As Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770 foram transpostas para o nosso ordenamento jurídico pelo DL 84/2021, de 18 de outubro que revoga o DL 67/2003, de 8 de abril.

Cabe uma análise aprofundada do diploma estabelecendo-se, sempre que pertinente, um paralelo com o regime anterior.

## 2. Objeto e Âmbito de Aplicação

Quanto ao objeto do DL 84/2021, de 18 de outubro, o art. 1.º estabelece, como tal, o reforço direitos dos consumidores na compra e venda de bens de consumo, por um lado e, por outro, o regime de proteção dos consumidores nos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços, revogando-se, por seu turno, o DL 67/2003, de 8 de abril [art. 54.º, al. b)]. acresce, ainda, ao seu objeto, o regime aplicável à compra e venda de bens imóveis em caso de falta de conformidade; a responsabilidade direta do produtor em caso de falta de conformidade dos bens, conteúdos ou serviços digitais; a responsabilidade dos prestadores de mercado em linha; o regime sancionatório aplicável ao incumprimento dos deveres do profissional.

Por força do art. 3.º, n.º 1, al. *a*) o DL 84/2021, de 18 de outubro aplica-se, em primeiro lugar, aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores.

Portanto, pode dizer-se que a compra e venda de bens de consumo é uma subespécie do contrato de compra e venda e, conseqüentemente, aplicam-se-lhe as regras gerais do CC, as regras da LDC, as regras especiais do DL 84/2021, de 18 de outubro, bem como todas as transversais aos contratos de consumo<sup>(5/6)</sup>.

Dissecando o âmbito de aplicação do regime releva, em primeiro lugar, que se trate de um contrato de compra e venda; Em segundo, que o objeto do contrato seja um bem de consumo nas aceções do art. 2.º, als. *c*) e *d*), isto é, um móvel corpóreo<sup>(7/8)</sup>, um bem imóvel, incluindo bens usados; Em terceiro lugar, é determinante que os sujeitos da relação sejam um profissional e um consumidor em sentido restrito, enquanto pessoa singular, na noção acolhida pelo art. 2.º, al. *g*)<sup>(9)</sup>.

Por sua vez, e em segundo lugar, art. 3.º, n.º 1, nas suas als. *a*)<sup>(10)</sup>, segunda parte, e *b*) estende o âmbito de aplicação do regime aos contratos

<sup>(5)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 268.

<sup>(6)</sup> Cf. Ac. Rel. Guimarães de 17/1/2019. Processo 201/15.7T8BAO.G1.

<sup>(7)</sup> O diploma exclui do seu âmbito de aplicação os bens incorpóreos, que não têm existência física, como por ex. direitos de autor, direitos de propriedade industrial.

<sup>(8)</sup> De realçar que uma das novidades introduzidas pelo DL 84/2021, de 18 de outubro [art. 2.º, al. *c*), subal. *ii*)] se prende com a consagração na noção de bens daqueles que incorporem ou estejam interligados com um conteúdo ou serviço digital, de tal modo que a falta destes impeça que aqueles desempenhem as suas funções («bens com elementos digitais»). Veja-se, a título de exemplo, um computador ou *smartphone* e os respetivos *softwares*.

<sup>(9)</sup> Com a entrada em vigor do DL 84/2021, de 18 de outubro que passou a regular os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais que, por sua vez, revogou o DL 67/2003, de 8 de abril respeitante à venda de bens de consumo, o conceito de consumidor para efeitos de aplicação do regime é restringido. Passa, pois, e tão-somente, a regular relações entre consumidores em sentido restrito (pessoas singulares) e profissionais, excluindo-se, por sua vez, as pessoas coletivas que, em determinadas circunstâncias, podiam assumir a posição de consumidor, desde que se encontrassem numa posição de desvantagem relativamente ao outro contraente, em termos de informação e conhecimento técnico, é dizer, em situação de desconhecimento equivalente à de um consumidor pessoa singular e atuassem fora do âmbito da sua atividade e não tivessem em vista dar um fim profissional aos bens ou serviços adquiridos pelo facto desses bens ou serviços se encontrarem fora do domínio da sua especialidade. Se é certo que até à entrada em vigor do diploma referido os ecos legislativos respeitantes a uma noção ampla de consumidor (enquanto pessoas coletivas) ainda se podiam escutar, também é certo que atualmente se tornaram praticamente inaudíveis.

<sup>(10)</sup> O art. 3.º, n.º 1, al. *a*), parte final do DL 84/2021, de 18 de outubro o diploma é aplicável, de igual modo, aos contratos celebrados para o fornecimento de bens a fabricar ou a produzir. Trata-se de um retorno à primitiva redação do DL 67/2003, de 8 de abril, em que o art. 1.º, n.º 2 determinava que o seu regime legal era aplicável com as necessárias adaptações, aos contratos de fornecimento de

de empreitada, desde que se verifique o fornecimento de um bem de consumo<sup>(11)</sup>.

Assim, o diploma, é aplicável, em primeiro lugar, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de prestação de serviços<sup>(12)</sup>, em particular de empreitada<sup>(13)</sup>. Exclui-se, no entanto, a responsabilidade do profissional se a falta de conformidade decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor (art. 22.º, n.º 4 *in fine*)<sup>(14)</sup>.

Tem sido entendimento na doutrina que as empreitadas de recuperação, conservação ou reparação de bens que o consumidor já possuía ficam excluídas do âmbito de aplicação do DL, exceto se forem inseridas, no bem, peças novas<sup>(15)</sup>.

Por sua vez, na jurisprudência<sup>(16)</sup>, sustentou-se que a redação do art. 1.º-A, n.º 2, do revogado DL 67/2003, de 8 de abril, permitia abranger, não apenas, a empreitada de construção, mas também a empreitada de reparação ou modificação devendo ser qualificado como empreitada de consumo o contrato celebrado por quem destinasse a obra encomendada a um uso não profissional e alguém que exercesse, com carácter profissional, uma determinada atividade económica, a qual abrangesse a realização da obra em causa, mediante remuneração.

Na verdade, na primitiva redação do DL 67/2003, de 8 de abril, o art. 1.º, n.º 2 determinava que o seu regime legal era aplicável com as necessárias adaptações, aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabri-

---

bens de consumo a fabricar ou a produzir. Assim, entendemos que a norma releva quanto a contratos de empreitada cuja prestação consista na realização duma obra de criação de coisa nova.

(11) Releva que seja fornecido ao consumidor um bem novo de que este não dispusesse anteriormente ou que, já dispondo de tal bem, o profissional o transforme por forma a que seja considerado um bem distinto. Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 273.

(12) Cf. Ac. Rel. Lisboa de 1/2/2018. Processo 13/13.2TBSVC.L1-2 e Ac. Rel. Porto de 15/12/2016. Processo 103/14.4T8PFR.P1.

(13) Cf. ROMANO MARTINEZ, PEDRO, “Empreitada de Bens de Consumo — A transposição da Directiva n.º 199/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003”, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 11, ss.

(14) Não deixa de parecer estranho e pouco coerente que a norma que preveja a exclusão da responsabilidade do profissional, no caso da falta de conformidade decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor, e que abrange apenas bens imóveis fornecidos num contrato de empreitada, não tenha paralelo quanto a bens móveis.

(15) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 273 e 274 e CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 66.

(16) Cf. Ac. Rel. Porto de 12/10/2017. Processo 392/13.1TVPR.T1; Ac. Rel. Guimarães de 14/2/2019. Processo 995/16.2T8BGC.G2; Ac. Rel. Guimarães de 12/7/2016. Processo 59/12.8TB PCR.G1 e Ac. Rel. Lisboa de 9/2/2010. Processo 72/08.0TBPST.L1-7.

car ou a produzir. Era, então, entendimento comum que a norma apenas relevava quanto a contratos de empreitada cuja prestação consistisse na realização de uma obra de criação de coisa nova, não se aplicando aos contratos que tivessem por objeto a simples reparação, limpeza, modificação, manutenção ou destruição duma coisa já existente. Com a redação da norma [art. 3.º, n.º 1, al. b)], dada pelo DL 84/2021, de 18 de outubro, parece-nos que para se qualificar determinado contrato, enquanto contrato de empreitada de consumo, deve verificar-se, cumulativamente, dois elementos: 1) Existência de relação de consumo e 2) transmissão de um bem de consumo, no âmbito do contrato de empreitada, independentemente de se tratar de um bem novo ou usado.

Portanto, deve admitir-se que empreitadas de construção, recuperação, conservação ou reparação de bens que o consumidor já possuía se podem qualificar como empreitadas de consumo, desde que se verifique a transmissão de um bem novo ou usado, no âmbito de uma relação de consumo, aplicando-se as normas do diploma. Veja-se a título de exemplo um consumidor que se dirige a uma oficina de reparação de automóveis com um problema no turbo da sua viatura. O profissional sugere, para que a prestação do serviço de reparação seja menos dispendiosa, um turbo recondicionado. À luz da primitiva redação da norma em análise, não seria de admitir tratar-se de uma empreitada de consumo. Com a norma em vigor, trata-se de uma empreitada de consumo.

Por seu turno, o DL aplica-se, igualmente, à locação<sup>(17)</sup> de bens de consumo, englobando-se, no âmbito do diploma, não só o arrendamento de imóveis, mas também o aluguer de móveis, o aluguer de longa duração, a locação financeira<sup>(18)</sup> mobiliária e a imobiliária e a locação com cláusula de aquisição no fim do período de pagamento de todas as rendas<sup>(19)</sup>.

Uma das novidades introduzidas pelo DL 84/2021, de 18 de outubro, relativamente ao revogado DL 67/2003, de 8 de abril, foi a previsão da sua aplicação aos conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou que com eles estejam interligados, na aceção da subal. ii) da al. c) do art. 2.º (bens com elementos digitais), e sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda, independentemente dos conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo profissional ou por um terceiro [art. 3.º n.º 1, al. c)]<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> Cf. art. 1022.º do CC.

<sup>(18)</sup> Cf. DL 149/95, de 24 de junho.

<sup>(19)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 66 e 67.

<sup>(20)</sup> Veja-se, a título de exemplo, um automóvel com aplicação de GPS instalada, ou um computador com programas instalados ou o *software* de um *smartphone* ou *smartwatch*.

Assim, considera-se um bem com elementos digitais qualquer bem corpóreo que incorpore ou esteja interligado com um conteúdo ou serviço digital, de tal modo que a falta destes impeça os bens de desempenharem as suas funções. Não deve interpretar-se a subal. *ii*) da al. *c*) do art. 2.º no sentido de se considerar que a falta de conformidade do elemento digital impeça a realização da totalidade das funções do bem, mas alguma(s) daquelas que sejam razoavelmente expectáveis pelo consumidor. Caso contrário o âmbito de aplicação do diploma, relativamente a bens com elementos digitais, seria, praticamente, nulo. Veja-se, a título de exemplo, um automóvel com uma aplicação de GPS instalada. Na realidade, uma falta de conformidade da aplicação não afeta as funções principais do automóvel. No entanto, deve considerar-se o automóvel com aplicação de GPS instalada um bem com elementos digitais, na medida em que a falta de conformidade do elemento digital impede a navegação via satélite, uma das funções legitimamente esperadas pelo consumidor, aquando da celebração do contrato.

Como referimos anteriormente, até à publicação da Diretiva (UE) 2019/770 existia um vazio legal a nível europeu respeitante à consagração de direitos dos consumidores em caso de não fornecimento ou não conformidade dos conteúdos ou serviços digitais. Passou, pois, a aplicar-se, no que concerne ao fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, a contratos que estipulem um único ato de fornecimento, uma série de atos individuais de fornecimento e, ainda, um fornecimento contínuo. Veja-se, a título de exemplo, a compra de livros digitais (*ebook*), a subscrição de publicações periódicas e a subscrição de um serviço de *streaming*, assegurando, por sua vez, que o consumidor que faculte dados pessoais para usufruir de um conteúdo ou serviço digital passe a estar protegido por um conjunto de direitos, caso ocorra o não fornecimento ou falta de conformidade.

Desta forma, o DL 84/2021, de 18 de outubro aplica-se aos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, nas seguintes situações (art. 3.º, n.º 3):

- O profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço<sup>(21)</sup>;
- O profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se

---

<sup>(21)</sup> Veja-se, a título de exemplo, a compra de um *ebook*, atualizações de *software*, subscrição de publicações periódicas, *download* de um jogo ou aplicação, subscrição de um serviço de *streaming* em qualquer dos casos mediante o pagamento de um preço.

- comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto quando os dados pessoais se destinarem ao tratamento exclusivo pelo profissional para o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade com o DL ou ao cumprimento pelo profissional dos requisitos legais a que está sujeito, não se procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins<sup>(22)</sup>;
- Os conteúdos ou serviços digitais sejam desenvolvidos de acordo com as especificações do consumidor<sup>(23)</sup>;
  - O suporte material seja utilizado exclusivamente como meio de disponibilização dos conteúdos digitais<sup>(24)</sup>.

Por fim, os arts. 9.º e 30.º do DL 84/2021, de 18 de outubro, estendem, ainda, o seu âmbito de aplicação, por um lado, às situações de falta de conformidade em virtude de instalação incorreta desde que tal instalação seja assegurada pelo profissional ou efetuada sob a sua responsabilidade, ou, quando realizada pelo consumidor, se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional ou no caso de bens com elementos digitais, a instalação incorreta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional ou pelo fornecedor do conteúdo ou serviço digital e, por outro, às faltas de conformidade resultantes da integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais no ambiente digital quando a integração tiver sido realizada pelo profissional ou sob a sua responsabilidade ou os conteúdos ou serviços se destinarem a ser integrados pelo consumidor e a integração incorreta se dever a deficiências nas instruções fornecidas pelo profissional.

Cabe, ainda, fazer uma alusão às exclusões relativas ao âmbito de aplicação do DL 84/2021, de 18 de outubro (art. 4.º). O diploma não se aplica:

- A bens vendidos por via de penhora ou qualquer outra forma de execução judicial ou levada a cabo por uma autoridade pública;
- À compra e venda de animais;

---

(22) Veja-se, a título de exemplo, o *download* gratuito de uma aplicação mediante o qual o consumidor disponibiliza o acesso a localização, fotos ou contactos.

(23) Veja-se, a título de exemplo, o contrato celebrado entre um consumidor e uma empresa de *web design*, mediante o qual esta se obriga a projetar um *website* de acordo com as especificidades manifestadas, para que aquele possa implementar o seu *blog* pessoal.

(24) Veja-se, a título de exemplo, um CD de música ou que contenha um programa de computador.

- Serviços de comunicações eletrónicas, tal como definidos no ponto 4) do art. 2.º da Diretiva (UE) 2018/1972<sup>(25)</sup>, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, com exceção dos serviços de comunicações interpessoais independentes do número, tal como definidos no ponto 7) do art. 2.º da mesma Diretiva<sup>(26)</sup>,
- Serviços de cuidados de saúde, tal como definidos na alínea *b*) do art. 3.º da Lei 52/2014, de 25 de agosto<sup>(27)</sup>;
- Jogo e aposta *online*, conforme definido na alínea *o*) do art. 4.º do DL 66/2015, de 29 de abril<sup>(28)</sup>;
- Serviços financeiros, tal como definidos na alínea *c*) do art. 2.º do DL 95/2006, de 29 de maio<sup>(29)</sup>;
- *Software* oferecido pelo profissional no âmbito de uma licença de acesso livre e gratuito, em que não seja exigida contraprestação ao consumidor, desde que os dados pessoais fornecidos sejam exclusivamente tratados pelo profissional para melhorar a segurança, a compatibilidade ou a interoperabilidade do *software* específico;
- Fornecimento de conteúdos digitais que sejam disponibilizados ao público por outro meio que não a transmissão de sinal, no con-

---

(25) O serviço oferecido em geral mediante remuneração através de redes eletrónicas de comunicações, que engloba, com exceção de serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas, os seguintes tipos de serviços:

- a) O «serviço de acesso à Internet», na aceção do art. 2.º, segundo parágrafo, ponto 2, do Regulamento (UE) 2015/2120;
- b) O «serviço de comunicações interpessoais»; e
- c) Os serviços que consistem total ou principalmente no envio de sinais, tais como os serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina e para a radiodifusão;

(26) Serviço de comunicações interpessoais que não estabelece a ligação, ou que não permite a comunicação, com recursos de numeração atribuídos publicamente, a saber, com um número ou números incluídos nos planos nacionais ou internacionais de numeração.

(27) Os cuidados prestados por profissionais de saúde aos doentes com o objetivo de avaliar, manter ou reabilitar o seu estado de saúde, incluindo a prescrição, a dispensa e o fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos.

(28) Jogos de fortuna ou azar, as apostas desportivas à cota e as apostas hípicas, mútuas e à cota, em que são utilizados quaisquer mecanismos, equipamentos ou sistemas que permitam produzir, armazenar ou transmitir documentos, dados e informações, quando praticados à distância, através de suportes eletrónicos, informáticos, telemáticos e interativos, ou quaisquer outros meios.

(29) Qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de investimento ou de pagamento e os relacionados com a adesão individual a fundos de pensões abertos.

texto de uma representação ou de um evento, designadamente projeções cinematográficas digitais;

- Conteúdos digitais fornecidos em conformidade com a Lei 26/2016, de 22 de agosto por organismos do setor público.

### 3. Conformidade

Em sede de cumprimento dos contratos de compra e venda de bens de consumo (e equiparados), assim como da generalidade dos contratos de consumo, assume especial relevância a expressão conformidade com o contrato<sup>(30)</sup>. Neste sentido, o vendedor deve entregar ao consumidor bens e fornecer os conteúdos e serviços digitais que sejam conformes com o contrato<sup>(31)</sup>, por um lado e, por outro, adequados à legítima expectativa do consumidor (art. 5.º, 22.º, n.º 1, 27.º), é dizer, ajustados aos requisitos de conformidade previstos no DL 84/2021, de 18 de outubro.

Como veremos, a formulação da noção de conformidade, nos moldes previstos no diploma, permite reunir as situações mais comuns de vício, incluindo os de direito<sup>(32)</sup>, de falta de qualidade, diferença de identidade, isto é, entrega de um bem distinto do acordado<sup>(33)</sup> e diferença de quantidade<sup>(34)</sup>, introduzindo-se, por sua vez, entre outros, as atualizações, a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade como novos critérios de conformidade.

<sup>(30)</sup> Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 158.

<sup>(31)</sup> A respeito cf. MORAIS CARVALHO, JORGE e PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, “Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade do Bem com o Contrato”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º, n.º 3994, 2016, p. 237, ss. e CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 80, ss.

<sup>(32)</sup> Os vícios de direito são expressamente consagrados face ao regime anterior e que passam a relevar para se aferir da falta de conformidade. Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 75.

<sup>(33)</sup> A noção de conformidade acolhida pelo DL 67/2003, de 8 de abril dispensa, ao contrário do que ainda acontece com o regime da Venda de Coisas Defeituosas do CC, o recurso ao regime do erro para invocar a desconformidade relativa à diferença de identidade, em particular, e às demais situações de falta de conformidade (caso o consumidor pretenda anular o contrato). Basicamente, o erro é reduzido à falta de conformidade com o referido diploma. Cf. Ac. Rel. Coimbra de 25/6/2013. Processo 92/11.7T2SVV.C1 e Ac. Rel. Coimbra de 15/5/2012. Processo 70/11.6TBTCS.C1.

<sup>(34)</sup> Neste sentido cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 277 e FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 161.



Quanto ao revogado DL 67/2003, de 8 de abril, no seu art. 2.º, n.º 2, fixava-se um elenco de presunções, de forma meramente enunciativa, que traduziam as situações mais comuns de falta de conformidade<sup>(35)</sup>.

A formulação dessas presunções era, no diploma, feita pela negativa, é dizer, presumia-se a não conformidade do bem com o contrato caso se verificasse pelo menos uma das situações, no artigo descritas. Já no homónimo artigo da revogada Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio (art. 2.º, n.º 2), tal formulação era feita pela positiva, presumindo-se que os bens de consumo seriam conformes com o contrato, se cumulativamente, se verificassem todos os factos aí descritos<sup>(36)</sup>. Segundo a Diretiva, caberia ao consumidor ilidir alguma das presunções provando a falta de conformidade. Já relativamente à redação dada pelo legislador português, no revogado DL 67/2003, de 8 de abril, a única e possível interpretação era a de que as presunções previstas no art. 2.º, n.º 2 eram inilidíveis<sup>(37)</sup> pois, se o consumidor provasse a falta de conformidade, não seria de admitir que o profissional viesse a provar a conformidade por remissão a algum dos factos índice de um bem, relativamente ao qual já se havia provado ser desconforme<sup>(38)</sup>.

O DL 84/2021, de 18 de outubro, na senda das Diretivas que transpõe, procede a uma separação dos critérios de conformidade por grupos autónomos (os relativos aos bens móveis, aos imóveis e aos conteúdos ou serviços digitais) e em subjetivos (resultantes diretamente da relação entre consumidor e profissional) e objetivos (que apenas indiretamente fazem parte do contrato, uma vez que estão relacionados, principalmente, com a legítima expectativa do consumidor), constituindo uma das principais inovações no que respeita à avaliação da conformidade do bem com o contrato. Não se trata de alterações de fundo aos critérios, pese embora se acrescentem requisitos de funcionalidade, compatibilidade e interoperabi-

---

(35) Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 83.

(36) Cf. MOTA PINTO, PAULO, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo — a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 225; MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 280, ss. e CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 84.

(37) Em sentido semelhante cf. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 158. Em sentido inverso cf. Ac. Rel. Coimbra de 20/11/2012. Processo 6646/05.3TBL.RA.C1; Ac. Rel. Guimarães de 1/2/2018. Processo 783/15.3T8FAF.G1. No sentido de não dever considerar-se um elenco de presunções cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 281, ss.

(38) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 281.

lidade para conteúdos e serviços digitais e para bens com elementos digitais<sup>(39)</sup>.

Quanto aos requisitos subjetivos de conformidade dos bens móveis, o art. 6.º do DL 84/2021, de 18 de outubro faz depender a mencionada conformidade dos seguintes fatores:

- Correspondência à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e deter a funcionalidade [na aceção do art. 2.º, al. j)], a compatibilidade [na aceção do art. 2.º, al. f)], a interoperabilidade [na aceção do art. 2.º, al. l)] e as demais características previstas no contrato de compra e venda. A conformidade do bem afere-se, desta forma, por remissão a um conjunto de características previstas no contrato de compra e venda;
- Adequação a qualquer finalidade específica a que o consumidor os destine, de acordo com o previamente acordado entre as partes. Para além do uso habitual (enquanto critério de conformidade objetivo), o legislador entendeu particularizar, e estabelecer a falta de conformidade, se o bem não se adequar a uma utilização específica (e fora da esfera do referido uso habitual), desde que tal especificidade tenha sido previamente acordada pelas partes<sup>(40)</sup> (veja-se, por ex., um consumidor que pretenda adquirir uma máquina de lavar roupa, mas que, simultaneamente, a seque);
- Entrega conjunta com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda;
- Fornecimento com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda<sup>(41)</sup>.

No que concerne aos dois últimos critérios, trata-se de uma inovação relativamente ao diploma anterior. Assim, por um lado, a conformidade passa a aferir-se em função da entrega de todos os acessórios e instruções, em particular as que digam respeito à instalação e, por outro, a depender

---

(39) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 75.

(40) Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 160 e MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 291.

(41) A consagração deste critério de conformidade resultou do alargamento do âmbito de aplicação do DL 84/2021, de 18 de outubro, relativamente ao revogado regime homónimo, aos conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou que com eles estejam interligados.

do fornecimento de todas as atualizações, em ambos os casos nos moldes estabelecidos no contrato.

No que concerne aos requisitos objetivos de conformidade dos bens móveis o art. 7.º do DL 84/2021, de 18 de outubro acrescenta que estes devem:

- Ser adequados ao uso a que os bens da mesma natureza se destinam. Relevam, portanto, todas as utilizações habituais dadas ao bem, devendo, a conformidade, aferir-se objetivamente e não por remissão à intenção de um consumidor individualmente considerado, mas ao uso ou usos comuns desse bem<sup>(42)</sup>;
- Corresponder à descrição e possuir as qualidades da amostra ou modelo que o profissional tenha apresentado ao consumidor antes da celebração do contrato, sempre que aplicável. Releva, por um lado, todo o tipo de declaração dirigida ao público, através de qualquer forma de comunicação comerciais, incluindo a publicidade, excluindo-se, naturalmente, as pouco precisas ou pouco objetivas, devendo tal declaração do vendedor ser interpretada em harmonia com o art. 236.º do CC (veja-se, por ex. uma comunicação de um vendedor de carne, descrevendo a sua carne como a mais tenra de Portugal)<sup>(43)</sup> e, por outro, a vinculação do vendedor às qualidades do bem que tenha apresentado como amostra ou modelo, relativamente ao consumidor, devendo a coisa vendida ser de qualidade equivalente à referida amostra ou modelo<sup>(44)</sup> (veja-se, por ex., quando se verifique falta de coincidência de uma fotografia num catálogo ou de um modelo em exibição com o bem posteriormente vendido);
- Ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber, sempre que aplicável. Verifica-se, pois, um paralelo com o critério de conformidade subjetivo respeitante à entrega conjunta com todos os acessórios

---

(42) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 288, ss. e MENEZES LEITÃO, LUÍS, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 48.

(43) Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 159; CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 85, ss. e MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 285, ss.

(44) MENEZES LEITÃO, LUÍS, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 48.

e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda. No entanto, o legislador foi mais longe na medida em que a conformidade do bem se afere não apenas em função da entrega conjunta com todos os acessórios e instruções, tal como estipulado no contrato de compra e venda, mas, do mesmo modo, em função da legítima expectativa do consumidor em receber os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções;

- Corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo considerando, designadamente, a sua natureza e qualquer declaração pública feita pelo profissional, ou em nome deste, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de negócio, incluindo o produtor, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem<sup>(45)</sup>. Releva, para se aferir da conformidade, as próprias características essenciais e a performance do bem que deve ser apto a satisfazer os fins legitimamente esperados pelo consumidor (no esteio do art. 236.º do CC)<sup>(46)</sup>, não se olvidando que as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito se devem considerar integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão (art. 7.º, n.º 5 da LDC)<sup>(47)</sup>.

Em todo o caso, a falta de conformidade não relevará para a aplicação do regime se, aquando da celebração do contrato, o consumidor tenha sido inequivocamente informado de que uma característica particular do bem se desvia dos requisitos estabelecidos no art. 7.º, n.º 1 e tenha aceitado, separadamente, de forma expressa e inequívoca, esse desvio (art. 7.º, n.º 3), recaindo o ónus da prova do fornecimento da informação sobre o vendedor (art. 342.º, n.º 2 do CC). Trata-se de uma inovação benéfica para

---

<sup>(45)</sup> O profissional não fica vinculado às declarações públicas se demonstrar que não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa, se no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita ou se a decisão de contratar não poderia ter sido influenciada por aquela declaração (art. 7.º, n.º 2).

<sup>(46)</sup> MOTA PINTO, PAULO, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo — a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 240, ss.

<sup>(47)</sup> Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 160 e MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 292, ss.

o consumidor na medida em que se faz recair sobre o profissional um dever de informar inequivocamente o consumidor acerca de uma eventual falta de conformidade ao passo que, ao abrigo do regime anterior, a falta de conformidade não relevava para aplicação do regime se, aquando da celebração do contrato, o consumidor a conhecesse ou não pudesse razoavelmente ignorá-la<sup>(48)</sup> após a realização de um exame diligente, independentemente de informação expressa fornecida pelo profissional da falta de conformidade.

O art. 8.º do DL 84/2021, de 18 de outubro acrescenta ainda uma panóplia de requisitos adicionais de conformidade relativamente aos bens com elementos digitais que se prendem, fundamentalmente, com a nova questão das atualizações<sup>(49)</sup>, consagrando-se, quanto a estas, um dever de comunicação e fornecimento.

Assim, para além dos requisitos de conformidade constantes dos artigos anteriores, o profissional tem o dever de assegurar que as atualizações, incluindo as de segurança, necessárias para colocar os bens em conformidade, são comunicadas e fornecidas ao consumidor, durante o período razoavelmente esperado pelo consumidor, tendo em conta o tipo e finalidade dos bens e dos elementos digitais, bem como as circunstâncias e natureza do contrato de compra e venda, sempre que o mesmo estipule um único ato de fornecimento do conteúdo ou serviço digital.

Por outro lado, tratando-se do fornecimento contínuo de conteúdo ou serviço digital até dois anos, o dever de comunicação e fornecimento das atualizações mencionado no número anterior vigora pelo período de dois anos.

Por sua vez, no caso do fornecimento contínuo de conteúdo ou serviço digital que seja superior a dois anos, o dever de comunicação e fornecimento das atualizações vigora pelo período de duração do contrato.

De realçar que caso o consumidor não proceda à instalação, num prazo razoável, das atualizações fornecidas, o profissional não é responsável por qualquer falta de conformidade que resulte exclusivamente da falta de atualização em causa, se o profissional tiver informado o consumidor da disponibilidade da atualização e das consequências da sua não instalação e a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consu-

---

(48) Excluíam-se, portanto, os defeitos visíveis ou aparentes. Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 93.

(49) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 77.

midor não tenha resultado de deficiências nas instruções de instalação fornecidas ao consumidor.

Em conformidade com art. 8.º, n.º 5, exclui-se a responsabilidade do profissional se, aquando da celebração do contrato, o consumidor tenha sido inequivocamente informado de que uma característica particular do bem se desviava dos requisitos constantes do n.º 1, do referido artigo ou dos requisitos objetivos de atualização, e tenha aceitado, separadamente, de forma expressa e inequívoca, esse desvio, recaindo o ónus da prova do fornecimento da informação sobre o profissional (art. 342.º, n.º 2 do CC).

Ainda na senda da falta de conformidade do bem, o art. 9.º, equiparava à falta de conformidade que resulte da instalação incorreta quando a instalação seja assegurada pelo profissional ou efetuada sob a sua responsabilidade ou quando realizada pelo consumidor e a instalação incorreta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional ou no caso de bens com elementos digitais, a instalação incorreta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional ou pelo fornecedor do conteúdo ou serviço digital<sup>(50)</sup>.

Outra inovação relativamente ao diploma anterior passa pela consagração inequívoca dos vícios de direito como critério para se aferir a falta de conformidade<sup>(51)</sup>. Desta forma, e em conformidade com o art. 10.º, caso uma restrição que resulte de violação de quaisquer direitos de terceiros, em particular direitos de propriedade intelectual, impeça ou limite a utilização dos bens, nos termos dos arts. 6.º a 8.º, o consumidor tem direito aos meios de ressarcimento por falta de conformidade previstos no art. 15.º (exceto nas situações previstas em legislação especial nos termos da qual se determine a invalidade ou a resolução do contrato de compra e venda).

Quanto aos requisitos de conformidade dos bens imóveis<sup>(52)</sup>, o art. 22.º, n.º 1 do DL 84/2021, de 18 de outubro faz recair sobre o profissional o dever genérico de entregar ao consumidor os bens imóveis que sejam conformes

---

<sup>(50)</sup> Ampliam-se e estendem-se, desta forma, a regras relativas à venda de bens de consumo aos serviços de instalação desses bens. Cf. MENEZES LEITÃO, LUÍS, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 53 e CALVÃO DA SILVA, João, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed. Almedina, Coimbra, 2010, pp. 94 e 95.

<sup>(51)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 75.

<sup>(52)</sup> De realçar que o DL 84/2021, de 18 de outubro, relativamente ao anterior regime, não traz propriamente novidades substanciais quanto aos requisitos de conformidade dos bens imóveis para além da sua autonomização quanto aos dos bens móveis. Por outro lado, contrariamente aos requisitos de conformidade dos bens móveis e dos conteúdos e serviços digitais, não se procede à separação entre requisitos subjetivos e objetivos.

com o contrato de compra e venda e que apresentem características de qualidade, de segurança, de habitabilidade, de proteção ambiental e de funcionalidade de modo a assegurar a aptidão dos mesmos ao uso a que se destinam durante o período de vida útil técnica e economicamente razoável<sup>(53)</sup>.

Por sua vez, o n.º 2, estabelece um elenco de presunções de não conformidade sempre que os bens imóveis<sup>(54)</sup>:

- Não sejam conformes com a descrição que deles é feita pelo profissional ou não possuam as qualidades do bem que o profissional tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo. Releva, à semelhança com o critério homónimo para os bens móveis, por um lado, todo o tipo de declaração dirigida ao público, através de qualquer forma de comunicação comerciais, incluindo a publicidade, excluindo-se, naturalmente, as pouco precisas ou pouco objetivas, devendo tal declaração do vendedor ser interpretada em harmonia com o art. 236.º do CC<sup>(55)</sup> e, por outro, a vinculação do vendedor às qualidades do bem que tenha apresentado como amostra ou modelo, relativamente ao consumidor, devendo a coisa vendida ser de qualidade equivalente à referida amostra ou modelo<sup>(56)</sup>;
- Não sejam adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine, desde que o profissional tenha sido informado de tal uso aquando da celebração do contrato e o tenha aceite. Assim, o bem não será conforme se não se adequar a uma utilização específica (e fora da esfera do referido uso habitual), desde que tal especificidade tenha sido previamente acordada pelas partes;

---

<sup>(53)</sup> Segundo o art. 22.º, n.º 3, as características de qualidade, de segurança, de habitabilidade, de proteção ambiental e de funcionalidade mencionadas no n.º 1 são descritas na ficha técnica da habitação a que se refere o art. 4.º do DL 68/2004, de 25 de março.

<sup>(54)</sup> Não deixa de ser curioso que a conformidade dos bens móveis e dos conteúdos e serviços digitais se formule pela positiva por remissão a determinados critérios e, que, relativamente à conformidade dos bens imóveis se mantenha a solução do regime anterior, isto é, uma formulação pela negativa com recurso a um elenco de presunções de não conformidade, é dizer, presume-se a não conformidade do bem com o contrato caso se verifique pelo menos uma das situações, no artigo descritas. Tratam-se, como referimos anteriormente, de presunções inilidíveis pois, se o consumidor provar a falta de conformidade, não será de admitir que o profissional venha a provar a conformidade por remissão a algum dos factos índice de um bem, relativamente ao qual já se havia provado ser desconforme.

<sup>(55)</sup> Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 159; CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 85, ss. e MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 285, ss.

<sup>(56)</sup> MENEZES LEITÃO, LUÍS, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 48.

- Não sejam adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo, isto é, todas as utilizações habituais dadas ao bem, devendo, a conformidade, aferir-se objetivamente e não por remissão à intenção de um consumidor individualmente considerado, mas ao uso ou usos comuns desse bem<sup>(57)</sup>;
- Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo profissional, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade. Releva, pois, para se aferir da conformidade, as próprias características essenciais e a performance do bem que deve ser apto a satisfazer os fins legitimamente esperados pelo consumidor (no esteio do art. 236.º do CC)<sup>(58)</sup>, não se olvidando que as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito se devem considerar integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão (art. 7.º, n.º 5 da LDC)<sup>(59)</sup>.

De realçar que não se considera existir falta de conformidade caso o consumidor tivesse conhecimento dessa falta de conformidade aquando da celebração do contrato, não a pudesse razoavelmente ignorar ou se aquela decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor.

Não deixa de ser estranha a divergência nesta matéria entre o regime aplicável aos bens móveis e aos imóveis. Se, relativamente aos primeiros, a falta de conformidade não relevará para a aplicação do regime se, aquando da celebração do contrato, o consumidor tiver sido inequivocamente informado de que uma característica particular do bem se desvia dos requisitos estabelecidos no art. 7.º, n.º 1 e tenha aceite, separadamente, de forma expressa e inequívoca, esse desvio (art. 7.º, n.º 3), já quanto aos segundos a solução é igual à do diploma anterior, é dizer, a falta de conformidade não relevará para aplicação do regime se, aquando da

---

(57) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 288, ss. e MENEZES LEITÃO, LUÍS, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 48.

(58) MOTA PINTO, PAULO, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo — a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 240, ss.

(59) Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 160 e MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 292, ss.



celebração do contrato, o consumidor a conhecer ou não a puder, razoavelmente, ignorar<sup>(60)</sup> após a realização de um exame diligente, independentemente de informação expressa fornecida pelo profissional da existência da falta de conformidade. Assim, no que concerne aos bens móveis, o ónus da informação da existência da falta de conformidade, aquando da celebração do contrato, recai sobre o profissional, ao passo que, relativamente aos bens imóveis, cabe ao consumidor levar a cabo um exame diligente, não se aplicando o regime se este não puder, razoavelmente, ignorar tal falta de conformidade, no momento da celebração do contrato.

Por fim, no que diz respeito aos requisitos de conformidade de conteúdos e serviços digitais, o DL 84/2021, de 18 de outubro adota uma sistematização e conteúdo semelhantes à da dos bens móveis, fazendo a divisão entre subjetivos (art. 28.º) e objetivos (art. 29.º).

Não que se criem novos requisitos significativos, mas adaptam-se aos conteúdos e serviços digitais os aplicáveis aos bens móveis e imóveis, em virtude do alargamento do âmbito de aplicação do DL 84/2021, de 18 de outubro ao fornecimento de conteúdos e serviços digitais, acrescentando-se, tal como para os bens com elementos digitais, requisitos de funcionalidade, compatibilidade e interoperabilidade<sup>(61)</sup>.

Quanto aos primeiros, subjetivos, serão conformes com o contrato os conteúdos ou serviços digitais que:

- Correspondam à descrição, à quantidade e à qualidade e detenham a funcionalidade [na aceção do art. 2.º, al. j)], a compatibilidade [na aceção do art. 2.º, al. f)], a interoperabilidade [na aceção do art. 2.º, al. l)] e as demais características previstas no contrato;
- Sejam adequados a qualquer finalidade específica a que o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao profissional, o mais tardar no momento da celebração do contrato, e relativamente à qual o profissional tenha manifestado concordância;
- Sejam fornecidos juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, e apoio ao cliente, tal como estipulado no contrato;
- Sejam atualizados, de acordo com o estipulado no contrato.

---

<sup>(60)</sup> Excluíam-se, portanto, os defeitos visíveis ou aparentes. Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 93.

<sup>(61)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 75.

A conformidade afere-se pois, em primeiro lugar, por remissão a um conjunto de características previstas no contrato, em segundo, pela adequação a uma utilização específica (e fora da esfera do referido uso habitual), desde que tal especificidade tenha sido previamente acordada pelas partes, em terceiro, em função da entrega de todos os acessórios e instruções, em particular as que digam respeito à instalação, e apoio ao cliente, por um lado, e, por outro, pelo fornecimento de todas as atualizações, em ambos os casos nos moldes estabelecidos no contrato.

Quanto às atualizações, em concreto, cabe sublinhar que sempre que contratualmente se estipule um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, o profissional deve assegurar que tais atualizações, incluindo as de segurança, necessárias para manter os conteúdos ou serviços digitais em conformidade, são comunicadas e fornecidas ao consumidor, durante o período razoavelmente esperado pelo mesmo, tendo em conta o tipo e finalidade dos conteúdos ou serviços digitais, as circunstâncias e natureza do contrato (art. 29.º, n.º 3)<sup>(62)</sup>.

Se, por outro lado, o contrato previr o fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais, o dever de comunicação e fornecimento das atualizações vigora pelo período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos (art. 29.º, n.º 4).

Por sua vez, caso o consumidor não proceda à instalação, num prazo razoável, das atualizações fornecidas, o profissional não é responsável por qualquer falta de conformidade que resulte exclusivamente da omissão do dever de proceder à instalação, desde que o profissional tenha informado o consumidor da disponibilidade da atualização e das consequências da sua não instalação e a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor não tiver resultado de deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional (art. 29.º, n.º 5)<sup>(63)</sup>.

No que toca aos segundos, objetivos, serão conformes com o contrato os conteúdos ou serviços digitais que:

- Sejam adequados ao uso a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo se destinam. À semelhança do homónimo critério de conformidade previsto para os bens móveis, relevam todas as

---

<sup>(62)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 77.

<sup>(63)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, pp. 77 e 78.

utilizações habituais dadas aos conteúdos ou serviços digitais, devendo, a conformidade, aferir-se objetivamente e não por remissão à intenção de um consumidor individualmente considerado, mas ao uso ou usos comuns desse conteúdo ou serviço;

- Correspondam à quantidade e possuam as qualidades e as características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, habituais e expectáveis em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo, considerando, designadamente, a sua natureza e qualquer declaração pública feita pelo profissional, ou em seu nome, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de negócio, incluindo o produtor, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem. Releva, por um lado, todo o tipo de declaração dirigida ao público, através de qualquer forma de comunicação comerciais, incluindo a publicidade e, por outro, a vinculação do profissional às qualidades e características, nomeadamente as respeitantes a funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, habituais e expectáveis em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo. De realçar que o profissional não fica vinculado às declarações públicas se demonstrar que não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa ou se no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tiver sido corrigida de forma igual ou equivalente à forma por que tinha sido feita ou a decisão de contratar não puder ter sido influenciada por aquela declaração (art. 29.º, n.º 2);
- Sejam fornecidos com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber em função dos conteúdos ou serviços digitais adquiridos. A conformidade do conteúdo ou serviço digital afere-se, não apenas em função da entrega conjunta com todos os acessórios e instruções, tal como estipulado no contrato (requisito subjetivo), mas, do mesmo modo, em função da legítima expectativa do consumidor em receber tais acessórios e instruções de instalação;
- Sejam conformes às versões de teste ou pré-visualizações disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato. No que concerne a este critério, a conformidade afere-se em função do conteúdo ou serviço digital fornecido ter qualidade equivalente àquela apresentada pelo profissional como versão de teste

ou pré-visualização, vinculando, por sua vez, o profissional a tal qualidade.

Cabe realçar que, por um lado, sempre que o contrato estipule um fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais, estes devem ser conformes durante o período correspondente ao da duração do contrato (art. 29.º, n.º 6) e, por outro que não se verificará falta de conformidade se no momento da celebração do contrato o consumidor tiver sido inequivocamente informado de que uma característica particular dos conteúdos ou serviços digitais se desviava dos requisitos objetivos de conformidade e tenha aceitado, separadamente, de forma expressa e inequívoca, esse desvio. Assim, em conformidade com art. 29.º, n.º 7, exclui-se a responsabilidade do profissional se, aquando da celebração do contrato, o consumidor tiver sido inequivocamente informado de que uma característica particular dos conteúdos ou serviços digitais se desviava dos requisitos constantes dos n.ºs 1 e 3, do referido artigo, e tenha aceitado, separadamente, de forma expressa e inequívoca, esse desvio, recaindo o ónus da prova do fornecimento da informação sobre o profissional (art. 342.º, n.º 2 do CC).

Ainda no que concerne à falta de conformidade, o art. 30.º equiparava à que resulte da integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais no ambiente digital quando a integração tiver sido realizada pelo profissional ou sob a sua responsabilidade ou os conteúdos ou serviços se destinarem a ser integrados pelo consumidor e a integração incorreta se dever a deficiências nas instruções fornecidas pelo profissional. Assim instalação corresponde, neste tipo de contratos, à integração no ambiente digital do consumidor<sup>(64)</sup>.

Como referimos anteriormente, o diploma introduziu uma inovação relativamente ao diploma anterior que passa pela consagração inequívoca dos vícios de direito como critério para se aferir da falta de conformidade<sup>(65)</sup> dos bens móveis. Na mesma senda, e em conformidade com o art. 31.º, em relação aos conteúdos e serviços digitais, caso uma restrição resultante de uma violação de quaisquer direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual, impeça ou limite a utilização dos conteúdos ou serviços digitais, nos termos dos arts. 27.º a 29.º, o consumidor

---

<sup>(64)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 78.

<sup>(65)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 75.

tem direito aos meios de ressarcimento por falta de conformidade previstos no art. 35.º (exceto nas situações previstas em legislação especial nos termos da qual se determine a invalidade ou a resolução do contrato de compra e venda).

#### **4. Entrega do Bem e Obrigação de Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais**

O profissional tem o dever de entregar o bem e de fornecer os conteúdos e serviços digitais que cumpram os requisitos de conformidade, nos termos dos arts. 5.º, 22.º e 27.º do DL 84/2021, de 18 de outubro.

No que concerne aos bens móveis, o art. 11.º do diploma consagrou, especificamente, determinados aspetos relativos ao momento da entrega do bem e à transferência do risco por perda ou dano, anteriormente consagrados nos arts. 9.º-B e 9.º-C da LDC<sup>(66)</sup>.

Assim, o bem considera-se entregue ao consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física do bem, por um lado e, por outro, nos casos em que o contrato de compra e venda preveja a instalação do bem por conta do profissional, considera-se realizada a obrigação de entrega quando a instalação se encontrar concluída (art. 11.º, n.ºs 1 e 2).

Por sua vez, quanto aos bens com elementos digitais, considera-se que o bem é entregue quando a componente física dos bens seja entregue e o ato único de fornecimento seja efetuado ou a componente física dos bens seja entregue e o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital seja iniciado (art. 11.º, n.º 3).

No que concerne ao momento da entrega, cabe realçar que o profissional deve realizar a obrigação de entrega na data ou dentro do período especificado pelo consumidor (salvo convenção em contrário). Na falta de estipulação relativamente à data para a entrega do bem, o profissional deve entregar o bem sem demora injustificada e, no limite, 30 dias após a celebração do contrato (art. 11.º, n.ºs 4 e 5).

Na pendência do incumprimento da obrigação de entrega dos bens na data acordada ou no prazo máximo de 30 dias, não tendo existido estipulação quanto àquela, o consumidor tem o direito de solicitar ao profissional

---

<sup>(66)</sup> Ambos revogados por força do art. 54.º, al. a) do DL 84/2021, de 18 de outubro.

a entrega num prazo adicional adequado às circunstâncias. Subsistindo o incumprimento da obrigação de entrega dentro do prazo adicional o consumidor pode resolver o contrato (art. 11.º, n.ºs 6 e 7).

O diploma (art. 11.º, n.º 8) dispensa a necessidade de o consumidor conceder um prazo adicional para a entrega do bem, podendo resolver imediatamente o contrato, independentemente de tal prazo adicional, em três situações:

- Sempre que o profissional se recuse a entregar os bens;
- Se o prazo fixado para a entrega constituir elemento essencial atendendo a todas as circunstâncias subjacentes à celebração do contrato;
- Caso o consumidor tenha informado o profissional, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo ou em determinada data é essencial.

Se o consumidor exercer o direito de resolução do contrato o profissional fica constituído no dever de restituir ao consumidor a totalidade do montante pago até 14 dias após o exercício do referido direito de resolução. Em caso de incumprimento do dever de restituir nos termos descritos o consumidor tem o direito à devolução em dobro do montante pago, sem prejuízo da indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais a que haja lugar (art. 11.º, n.ºs 9 e 10).

Cabe sublinhar que o ónus da prova do cumprimento da obrigação de entrega, nos termos descritos, recai sobre o profissional (art. 11.º, n.º 11)

Por sua vez, em conformidade com o art. 11.º, n.º 12, no que diz respeito ao risco de perda ou dano, nos contratos em que o profissional envie os bens para o consumidor, transfere-se para o consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física dos bens. Ao invés do regime geral previsto no art. 796.º do CC, apenas no momento da entrega se transfere para o consumidor o risco de perecimento ou deterioração do bem, respondendo o vendedor, antes de tal momento, pelo perecimento ou deterioração<sup>(67)</sup>. Se, por outro lado, o consumidor confiar o transporte a pessoa diferente da proposta pelo profissional, o risco transfere-se para o consumidor com a entrega do bem ao transportador (art. 11.º, n.º 13).

---

(67) Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 99, ss. e MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 310, ss.

Quanto aos conteúdos e serviços digitais, o art. 29.º, n.º 1 constitui o profissional na obrigação de os fornecer ao consumidor sem demora injustificada. A realização de tal obrigação ocorre com a disponibilização ao consumidor dos conteúdos digitais ou dos meios adequados para aceder aos conteúdos digitais ou para os descarregar, por um lado, ou com a disponibilização ao consumidor do acesso aos conteúdos digitais ou a uma instalação física ou virtual escolhida pelo consumidor para o efeito, por outro e, por fim, com a disponibilização ao consumidor do acesso ao serviço digital ou a uma instalação física ou virtual escolhida pelo consumidor para o efeito.

## 5. Falta de Conformidade e Ónus da Prova

Tendo o profissional o dever de entregar o bem e de fornecer os conteúdos e serviços digitais que cumpram os requisitos de conformidade, nos termos dos arts. 5.º, 22.º e 27.º do DL 84/2021, de 18 de outubro, como se disse, responderá perante o consumidor pela falta de conformidade existente no momento da entrega do bem (arts. 12.º, n.º 1 e 23.º, n.º 1) ou do fornecimento, nos moldes do art. 29.º, dos conteúdos ou serviços digitais [art. 32.º, n.º 2 al. a)].

Portanto, em relação aos bens móveis e imóveis a conformidade afere-se no momento da entrega o que, por sua vez, não deve interpretar-se como exonerando o vendedor pela falta de conformidade no momento da entrega, se a celebração do contrato for anterior a tal entrega, e no momento da celebração não existir desconformidade<sup>(68)</sup>, aplicando-se o mesmo raciocínio os conteúdos e serviços digitais.

Quanto ao revogado DL 67/2003, de 8 de abril, o art. 3.º dispunha que o vendedor responderia perante o consumidor pela falta de conformidade que existisse no momento da entrega do bem, presumindo-se, tal falta de conformidade existente no momento da entrega, quando se manifestasse num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel ou imóvel, respetivamente. Responsabilizava-se, pois, o vendedor por qualquer falta de conformidade que se manifestasse num prazo de dois<sup>(69)</sup> ou de cinco anos

---

<sup>(68)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 310.

<sup>(69)</sup> O legislador português estabeleceu um prazo mais alargado que o de 6 meses previsto na Diretiva 1999/44/CE de 25 de maio (art. 5.º, n.º 3) liberando o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega por mais tempo.

a contar da data de entrega de coisa móvel ou imóvel, respetivamente, presumindo-a já existente nessa data. Cabia, pois, ao consumidor fazer prova da desconformidade, dentro do prazo de garantia (e de denúncia do defeito), para que operasse a presunção. Tal disposição, permitia liberar o consumidor de fazer prova da desconformidade no momento da entrega<sup>(70)</sup>. Caberia ao vendedor, de forma a ilidir a presunção, fazer dupla prova, por um lado, da inexistência da falta de conformidade no momento da entrega e, por outro, revelando-se a falta de conformidade em momento posterior, que esta tivesse resultado de facto que não lhe fosse imputável<sup>(71/72)</sup>.

No atual DL 84/2021, de 18 de outubro, o regime apresenta algumas semelhanças e diferenças relativamente ao anterior.

A saber, no que diz respeito aos bens móveis (onde se incluem os bens com elementos digitais de ato único de fornecimento de conteúdo ou serviço digital), o vendedor responde perante o consumidor pela falta de conformidade que exista no momento da entrega do bem, presumindo-se, tal falta de conformidade existente no momento da entrega, quando se manifeste num prazo de dois anos a contar do referido momento da entrega<sup>(73/74)</sup> (art. 13.º, n.º 1). Assim, pese embora se responsabilize o vendedor por qualquer falta de conformidade que se manifeste num prazo de três anos a contar do momento da entrega (art. 12.º, n.º 1), a presunção de não conformidade apenas aproveita ao consumidor nos dois anos posteriores à entrega. Decorrido o referido prazo, recai sobre o consumidor o ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega (art. 13.º, n.º 4).

Cabe, pois, ao consumidor fazer prova da desconformidade, dentro do prazo de dois anos, para que opere a presunção. Tal disposição, permite liberar o consumidor de fazer prova da desconformidade no momento da entrega<sup>(75)</sup>. Cabe ao vendedor, de forma a ilidir a presunção, fazer dupla

---

<sup>(70)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 101, ss.

<sup>(71)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 315, ss.

<sup>(72)</sup> Cf. Ac. Rel. Guimarães de 17/1/2019. Processo 201/15.7T8BAO.G1; Ac. Rel. Lisboa de 12/3/2009. Processo 993/06-2 e Ac. Rel. Guimarães de 26/1/2017. Processo 1446/15.5T8CHV.G1.

<sup>(73)</sup> O legislador português estabeleceu um prazo mais alargado que o de 1 ano previsto no art. 11.º, n.º 1 da Diretiva (EU) 2019/771 liberando o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega por mais tempo.

<sup>(74)</sup> Tratando-se de bem móvel usado e em relação ao qual as partes tenham acordado a redução do prazo de garantia para dezoito meses, o prazo relativo à presunção de falta de conformidade no momento da entrega é de um ano (art. 13.º, n.º 3).

<sup>(75)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 101, ss.



prova, por um lado, da inexistência da falta de conformidade no momento da entrega e, por outro, revelando-se a falta de conformidade em momento posterior, que esta tivesse resultado de facto que não lhe fosse imputável<sup>(76/77)</sup>.

No que diz respeito aos bens com elementos digitais em que o contrato estipule o fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais durante um determinado período, o ónus da prova relativo à determinação da conformidade do conteúdo ou serviço digital, durante o período referido na parte final da al. a) e na al. b) do n.º 2 do art. 12.º, incumbe ao profissional relativamente a qualquer falta de conformidade que se manifeste no estipulado nas referidas alíneas (art. 14.º). Por outras palavras, recai sobre o profissional o ónus da prova da conformidade, tratando-se de bens com elementos digitais, durante o prazo de três anos a contar da data em que os bens com elementos digitais foram entregues, quando o contrato estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período até três anos<sup>(78)</sup> ou durante todo o período do contrato, quando este estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período superior a três anos. Libera-se, pois, nos casos descritos, o consumidor de fazer prova da existência da desconformidade no momento da entrega, uma vez que o art. 14.º faz recair o ónus da prova da existência de conformidade sobre o profissional. O consumidor deve provar a existência da falta de conformidade, dentro dos prazos previstos, e esta presume-se existente no momento da entrega, cabendo, por sua vez, ao profissional ilidir tal presunção.

Quanto aos bens imóveis, o vendedor responde perante o consumidor pela falta de conformidade que exista no momento da entrega do bem, presumindo-se, tal falta de conformidade como existente no momento da entrega, quando se manifeste num prazo de dez ou cinco anos a contar do referido momento da entrega (art. 23.º, n.º 1). Assim, responsabiliza-se o vendedor por qualquer falta de conformidade que se manifeste num prazo de 10 anos, em relação às faltas de conformidade respeitantes a elementos construtivos estruturais, ou de 5 anos, em relação às restantes faltas de conformidade, ambos a contar do momento da entrega, presumindo-se

---

<sup>(76)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 315, ss.

<sup>(77)</sup> Cf. Ac. Rel. Guimarães de 17/1/2019. Processo 201/15.7T8BAO.G1; Ac. Rel. Lisboa de 12/3/2009. Processo 993/06-2 e Ac. Rel. Guimarães de 26/1/2017. Processo 1446/15.5T8CHV.G1.

<sup>(78)</sup> O legislador português estabeleceu um prazo mais alargado que o de 2 anos previsto no art. 11.º, n.º 3 da Diretiva (EU) 2019/771 liberando o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega por mais tempo.

existentes, durante todos os prazos referidos, no momento da entrega do bem (art. 23.º, n.º 4). Cabe, pois, ao consumidor fazer prova da desconformidade, dentro do prazo de dez ou cinco anos, para que opere a presunção. Tal disposição, permite liberar o consumidor de fazer prova da desconformidade no momento da entrega<sup>(79)</sup> durante todo o prazo de garantia. Cabe ao vendedor, de forma a ilidir a presunção, fazer dupla prova, por um lado, da inexistência da falta de conformidade no momento da entrega e, por outro, revelando-se a falta de conformidade em momento posterior, que esta tivesse resultado de facto que não lhe fosse imputável<sup>(80/81)</sup>.

Quanto aos conteúdos e serviços digitais, o profissional responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista, por um lado, no momento do fornecimento ou que se manifeste no prazo de dois anos, nos contratos em que seja estipulado um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento e, por outro, quando ocorra ou se manifeste no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos, nos contratos em que seja estipulado um fornecimento contínuo. Assim, na segunda situação, caso as partes tenham acordado um fornecimento contínuo durante um determinado período, o vendedor é responsável se a desconformidade se manifestar durante todo esse período<sup>(82)</sup>.

No que concerne ao ónus da prova do fornecimento dos conteúdos e serviços digitais, nos termos do art. 26.º, o mesmo recai sobre o profissional (art. 33.º, n.º 1).

Por sua vez, nos contratos em que seja estipulado um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, o ónus da prova de que o conteúdo ou serviço digital fornecido estava em conformidade no momento do fornecimento recai sobre o profissional relativamente às faltas de conformidade que se manifestem durante o prazo de um ano a partir do momento do fornecimento (art. 33.º, n.º 2). Assim, durante o prazo de um ano a contar do momento do fornecimento, o consumidor é dispensado de provar a existência da falta de conformidade existente no

---

(79) Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 101, ss.

(80) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 315, ss.

(81) Cf. Ac. Rel. Guimarães de 17/1/2019. Processo 201/15.7T8BAO.G1; Ac. Rel. Lisboa de 12/3/2009. Processo 993/06-2 e Ac. Rel. Guimarães de 26/1/2017. Processo 1446/15.5T8CHV.G1.

(82) Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 78.

momento do fornecimento, devendo apenas invocar e provar a existência da não conformidade. Por outras palavras, o consumidor, invocando e provando a falta de conformidade durante o prazo referido, presume-se que esta existia no momento do fornecimento, cabendo ao profissional ilidir tal presunção.

Decorrido o referido prazo, recai sobre o consumidor o ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento do fornecimento.

Por outro lado, nos contratos em que seja estipulado um fornecimento contínuo, o ónus da prova de que o conteúdo ou serviço digital fornecido se encontra em conformidade recai sobre o profissional nas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual devam ser fornecidos os conteúdos ou serviços digitais (art. 33.º, n.º 3). Libera-se, pois, o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade por todo o período durante o qual devam ser fornecidos os conteúdos ou serviços digitais.

## 6. Direitos do Consumidor

No que diz respeito aos direitos do consumidor em virtude da falta de conformidade<sup>(83)</sup>, o art. 4.º, n.º 1 do revogado DL 67/2003, de 8 de abril, estabelecia que aquele teria direito a que esta fosse reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, redução adequada do preço ou resolução do contrato.

Contrariamente à revogada Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, o diploma português não estabelecia uma hierarquia ou priorização relativamente aos direitos. Portanto, o consumidor poderia escolher qualquer um deles, apenas com as limitações impostas pelo n.º 5 do art. 4.º, que se prendiam, por um lado, com a impossibilidade (nomeadamente quando se trate de coisa infungível) e, por outro, com o abuso de direito (art. 334.º do CC)<sup>(84/85)</sup>.

---

(83) De realçar que num desvio ao regime geral previsto no art. 914.º do CC, o consumidor tem direito à reposição da conformidade independentemente de culpa do vendedor, não relevando, assim, que o vendedor invoque o desconhecimento sem culpa da desconformidade. Cf. Ac. Rel. Guimarães de 31/1/2019. Processo 1618/17.8T8BRG.G1.

(84) Neste sentido cf. MORAIS CARVALHO, “Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12, 2017, p. 38. No sentido da existência da hierarquia dos direitos cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 105, ss.

(85) A posição dominante acolhida na jurisprudência foia a de desconsiderar a existência de

No que concerne ao DL 84/2021, de 18 de outubro, pese embora não tenha trazido grandes alterações no que concerne ao elenco dos direitos do consumidor, propriamente ditos, na pendência da falta de conformidade, veio estabelecer, na senda das Diretivas que transpõe, uma hierarquia quanto ao seu exercício<sup>(86)</sup>, sempre que se trate de bens móveis ou conteúdos e serviços digitais, bem como consagrar um direito de rejeição relativamente aos primeiros<sup>(87)</sup>.

Quanto à falta de conformidade de bens imóveis, o regime manteve-se igual ao anterior.

Assim, o consumidor tem direito, em caso de falta de conformidade, e nos termos dos arts. 15.º, 24.º e 35.º, à:

- Reposição da conformidade dos bens móveis, imóveis, conteúdos digitais ou serviços digitais (através de reparação ou substituição no caso de bens);
- Redução do preço;
- Resolução do contrato.

Tratando-se de falta de conformidade de bens móveis, conteúdos e serviços digitais e atendendo à hierarquia estabelecida nos arts. 15.º e 35.º do DL 84/2021, de 18 de outubro, o consumidor terá direito, em primeiro lugar, à reposição da conformidade do bem, por via de reparação ou substituição (arts. 15.º, n.º 2 e 35.º, n.º 2) sendo impostos limites para o seu exercício que se prendem com a impossibilidade do direito ou a desproporcionalidade dos custos (arts. 15.º, n.º 2 e 35.º, n.º 2)<sup>(88/89)</sup>.

---

hierarquia. Cf. Ac. Rel. Coimbra de 15/12/2016. Processo 1638/11.6TBACB.C1; Ac. Rel. Lisboa de 29/4/2014. Processo 2491/11.5 YXLSB.L1-6; Ac. Rel. Lisboa de 17/12/2015. Processo 1473/11.1YXLSB.L1-2 e Ac. Rel. Guimarães de 14/2/2019. Processo 995/16.2T8BGC.G2.

<sup>(86)</sup> Tal hierarquia conduz a uma diminuição do nível de proteção do consumidor, na medida em o regime anterior previa a possibilidade de o consumidor poder exercer qualquer um deles, estando apenas sujeito aos limites referidos. Cf. G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER e WILHELMSSON, T., *Rethinking EU Consumer Law*, 2018, p. 186.

<sup>(87)</sup> De realçar que independentemente dos deveres que recaem sobre o profissional ou produtor, decorrentes da falta de conformidade, o produtor é obrigado a disponibilizar as peças necessárias à reparação dos bens adquiridos pelo consumidor, durante o prazo de 10 anos após a colocação em mercado da última unidade do respetivo bem (art. 21.º). Vincula-se, pois, o produtor à disponibilização de peças, durante o período referido, de forma que, em caso de falta de conformidade, o profissional a possa repor durante o prazo de garantia.

<sup>(88)</sup> Cf. MORAIS, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 82.

<sup>(89)</sup> Quanto aos bens móveis os limites ao exercício dos direitos de reparação e substituição

Por sua vez, nos termos dos arts. 15.º, n.º 4 e 35.º, n.º 4, o consumidor tem direito à resolução do contrato<sup>(90)</sup> ou à redução proporcional do preço sempre que o profissional:

- Não tenha efetuado a reparação ou a substituição do bem;
- Tenha recusado repor a conformidade dos bens face a impossibilidade ou daquela resultar custos desproporcionados;
- Declare, ou resulte evidente das circunstâncias, que não vai repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor<sup>(91)</sup>; ou,
- A falta de conformidade tenha reaparecido apesar da tentativa do profissional de repor os bens em conformidade;
- Ocorra uma nova falta de conformidade; ou
- A gravidade da falta de conformidade justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato de compra e venda.

O DL 84/2021, de 18 de outubro introduz uma novidade relativamente ao regime anterior que se prende com a atribuição de um direito de rejeição ao consumidor tendo aplicabilidade apenas relativamente a faltas de conformidade de bens móveis. Assim, segundo o art. 16.º, em caso de falta de conformidade que se manifeste no prazo de 30 dias após a entrega do bem, o consumidor pode solicitar a imediata substituição ou a resolução do contrato.

No que concerne aos direitos do consumidor em virtude de falta de conformidade dos bens imóveis, o regime não estabeleceu qualquer diferença em comparação com o anterior. Portanto, segundo com o art. 24.º, n.os 1 e 2, o consumidor pode optar por qualquer um dos direitos, apenas com as limitações impostas que se prendem, por um lado, com a impossi-

---

devem aferir-se em função do valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade, da relevância da falta de conformidade e da possibilidade de recurso ao meio de reposição da conformidade alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor. No que concerne aos conteúdos e serviços digitais tais limites aferem-se atendendo ao valor que os conteúdos ou serviços digitais teriam se não se verificasse a falta de conformidade e à relevância da falta de conformidade.

<sup>(90)</sup> De realçar que o consumidor pode, igualmente, resolver o contrato em caso de não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais, em consonância com o disposto no art. 34.º.

<sup>(91)</sup> Relativamente aos bens móveis o prazo limite para a realização de operações de reparação ou substituição é de 30 dias, salvo nas situações em que a natureza e complexidade dos bens, a gravidade da falta de conformidade e o esforço necessário para a conclusão da reparação ou substituição justifiquem um prazo superior (art. 18.º, n.º 3).

bilidade (nomeadamente quando se trate de coisa infungível) e, por outro, com o abuso de direito (art. 334.º do CC)<sup>(92/93)</sup>.

Cabe proceder a uma análise de algumas vicissitudes associadas a cada um dos direitos atribuídos ao consumidor em caso de falta de conformidade.

### 6.1. Reparação e Substituição

Quanto à reparação ou substituição do bem, tratando-se de um bem imóvel, conteúdo ou serviço digital estas devem ser realizadas dentro de um prazo razoável<sup>(94)</sup>, tendo em conta a natureza do defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias<sup>(95)</sup> (salvo nas situações em que a natureza e complexidade dos bens, a gravidade da falta de conformidade e o esforço necessário para a conclusão da reparação ou substituição justifiquem um prazo superior), em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor [arts. 18.º, n.º 3, 24.º n.º 3 e 35.º, n.º 3, al. a)].

O incumprimento do prazo legitima o consumidor a optar pelo exercício do direito de resolução ou de redução proporcional do preço, no respeitante a bens móveis [art. 15.º, n.º 4, al. a) subal. ii e iv)] e conteúdos ou serviços digitais [art. 35.º, n.º 4, al. a) subal. ii)] e, no caso de bens imóveis, a optar pelo exercício do direito de qualquer outro dos direitos.

Da reparação ou substituição não deve resultar quaisquer custos para o consumidor [arts. 15.º, n.º 2, al. a), 24.º, n.º 1 e 35.º, n.º 3 al. b)], nomeadamente que se traduzam em despesas de despesas de transporte, de mão-de-obra e material.

---

<sup>(92)</sup> Neste sentido cf. MORAIS CARVALHO, “Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12, 2017, p. 38. No sentido da existência da hierarquia dos direitos cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 105, ss.

<sup>(93)</sup> A posição dominante acolhida na jurisprudência é a de desconsiderar a existência de hierarquia. Cf. Ac. Rel. Coimbra de 15/12/2016. Processo 1638/11.6TBACB.C1; Ac. Rel. Lisboa de 29/4/2014. Processo 2491/11.5 YXLSB.L1-6; Ac. Rel. Lisboa de 17/12/2015. Processo 1473/11.1 YXLSB.L1-2 e Ac. Rel. Guimarães de 14/2/2019. Processo 995/16.2T8BGC.G2.

<sup>(94)</sup> Apenas se alude a um conceito vago, o prazo razoável. Como explica Morais Carvalho, deve, no caso, proceder-se à análise da situação concreta, que permita concluir sobre o prazo normal para efetuar aquela reparação ou substituição. Cf. MORAIS CARVALHO, “Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12, 2017, p. 46.

<sup>(95)</sup> O prazo máximo de 30 dias deve ser interpretado no sentido de não causar grave inconveniente ao consumidor, pois, este terá direito à reparação ou substituição em prazo inferior se os 30 dias se revelarem excessivos, causando-lhe grave inconveniente.

## 6.2. Resolução do Contrato e Redução Proporcional do Preço

O art. 4.º, n.º 4 do revogado DL 67/2003, de 8 de abril estabelecia que os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podiam ser exercidos mesmo que o bem tivesse perecido ou se tivesse deteriorado por motivo não imputável ao consumidor. A mesma possibilidade é agora consagrada, relativamente aos bens móveis, no art. 15.º, n.º 9<sup>(96)</sup> do DL 84/2021, de 18 de outubro. Pese embora, relativamente aos bens imóveis tal possibilidade não esteja expressamente consagrada, por uma questão de coerência consideramos que a estes se deve estender-se.

Por sua vez, o consumidor não poderá optar pela resolução se a falta de conformidade revestir escassa importância pois tal constituiria abuso de direito (art. 802.º do CC conjugado com o art. 15.º, n.º 6, 24.º, n.º 2 e 35.º, n.ºs 7 e 8)<sup>(97)</sup>, cabendo ao profissional o ónus da prova de que a falta de conformidade é mínima.

Apesar da resolução do contrato ter efeito retroativo (434.º, n.º 1 do CC), parece-nos que deva acarretar uma redução do preço a restituir pelo vendedor em virtude da utilização do bem<sup>(98)</sup>, pois, se assim não fosse, a restituição integral do preço (e a correspondente devolução do bem), com o uso e desgaste entretanto sofrido, constituiria, na realidade, enriquecimento sem causa (art. 473.º do CC) por parte do consumidor e, igualmente, violador da boa fé contratual<sup>(99)</sup>.

Quanto ao modo de exercício do direito de resolução, os arts. 20.º, n.ºs 1 e 2 e 35.º, n.ºs 9 e 10 do DL 84/2021, de 18 de outubro estabelece que o mesmo deve ser exercido através de declaração ao profissional, por carta, correio eletrónico, ou por qualquer outro meio suscetível de prova, nos termos gerais, na qual o consumidor informa da sua decisão de pôr termo ao contrato de compra e venda.

---

<sup>(96)</sup> Desde logo a norma afasta-se do regime geral previsto no art. 432.º, n.º 2 do CC que estabelece que a parte que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato. Por outras palavras, perecendo ou deteriorando-se o bem, o consumidor poderá resolver o contrato independentemente da falta de conformidade ser ou não imputável ao vendedor.

<sup>(97)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 109.

<sup>(98)</sup> Em sentido inverso cf. MORAIS CARVALHO, “Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12, 2017, p. 54. No mesmo sentido cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 109.

<sup>(99)</sup> Cf. Ac. Rel. Guimarães de 1/2/2018. Processo 783/15.3T8FAF.G1 e Ac. Rel. Porto de 2/3/2015. Processo 9455/09.7TBMAI.P1.

No que diz respeito aos efeitos da resolução do contrato, tratando-se de bens móveis, o exercício do direito de resolução do contrato em relação a alguns dos bens, determina, segundo o art. 20.º, n.º 4:

- A obrigação de o consumidor devolver os bens ao profissional, a expensas deste;
- A obrigação de o profissional reembolsar o consumidor do preço pago pelos bens após a sua receção ou de prova do seu envio, apresentada pelo consumidor.

Por sua vez, o profissional deve efetuar o reembolso através do mesmo meio de pagamento que tiver sido utilizado pelo consumidor na transação inicial, salvo havendo acordo expresse em contrário e desde que o consumidor não incorra em quaisquer custos como consequência do reembolso (art. 20.º, n.º 5).

O reembolso de todos os pagamentos recebidos, incluindo custos de entrega do bem, deve ser efetuado no prazo máximo de 14 dias a contar da data em que o profissional for informado da decisão de resolução do contrato (art. 20.º, n.º 6)<sup>(100)</sup>.

Por sua vez, o art. 20.º, n.º 7 consagra a possibilidade do profissional poder proceder à retenção do reembolso enquanto os bens não forem devolvidos ou o consumidor faça prova do seu envio, salvo nas situações em que incumba ao profissional a recolha do bem.

Por fim, o profissional deve proceder à remoção dos bens sempre que a resolução do contrato de compra e venda assim o exija, a título gratuito (art. 20.º, n.º 8). É dizer, recai sobre o profissional o dever de remover o bem do local onde tiver sido instalado.

No que concerne aos efeitos da resolução do contrato, tratando-se de conteúdos e serviços digitais, o profissional deve reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos (art. 36.º, n.º 1).

Nos casos em que o contrato estipular o fornecimento contínuo ou de uma série de atos individuais de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em troca do pagamento de um preço e os conteúdos ou serviços digitais tiverem estado em conformidade durante um período anterior à resolução do contrato, o profissional deve reembolsar o consumidor, segundo o art. 36.º, n.º 2):

---

<sup>(100)</sup> O atraso no reembolso constituirá o profissional na obrigação de reparar os danos causados ao consumidor.



- No montante proporcional do preço correspondente ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais não estiveram em conformidade, e
- Sendo o caso, da parte do preço pago antecipadamente pelo consumidor, relativa ao período remanescente do contrato caso este não tivesse cessado.

Nos termos do art. 38.º, o reembolso dos pagamentos deve ser efetuado sem demora indevida e, em qualquer caso, no prazo de 14 dias a contar da data em que o profissional foi informado da decisão do consumidor de resolver o contrato (ou reduzir o preço) através do mesmo meio de pagamento utilizado pelo consumidor na transação inicial, salvo acordo expresso em contrário e desde que o consumidor não incorra em quaisquer custos como consequência do reembolso sendo que o profissional não pode impor ao consumidor qualquer encargo referente ao referido reembolso.

O profissional deve abster-se, uma vez resolvido o contrato, de utilizar quaisquer conteúdos, que não configurem dados pessoais, facultados ou criados pelo consumidor aquando da utilização dos conteúdos ou serviços digitais fornecidos, com exceção das situações previstas no art. 36.º, n.º 3, devendo, por sua vez, a pedido do consumidor, disponibilizar-lhe quaisquer conteúdos fornecidos ou criados durante a utilização dos conteúdos ou serviços digitais, que não configurem dados pessoais, a título gratuito, sem entraves, num prazo razoável e num formato e dados de uso corrente que permita a sua leitura (art. 36.º, n.ºs 3, 4 e 5).

O art. 37.º estabelece um conjunto de obrigações que recaem sobre o consumidor, na sequência da resolução do contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, que passam pela imposição de abstenção de utilizar os conteúdos ou serviços digitais e de os colocar à disposição de terceiros; pelo dever de devolver, sem demora injustificada, o suporte material ao profissional sempre que os conteúdos digitais tenham sido fornecidos em tal suporte, a expensas do profissional. O pedido do profissional deve ser efetuado no prazo de 14 dias a contar da data em que o mesmo tenha sido informado do exercício, pelo consumidor, do direito de resolução do contrato.

Por sua vez, o consumidor não pode ser responsabilizado pelo pagamento correspondente a qualquer utilização dos conteúdos ou serviços digitais no período anterior à resolução do contrato, durante o qual aqueles não estiveram em conformidade.

No que concerne à redução proporcional do preço (arts. 15.º, n.º 5, 19.º e 35.º, n.ºs 5 e 6), pode dizer-se que pressupõe o interesse do consumidor na manutenção do contrato. Portanto, o consumidor, ficando com o

bem desconforme, opta pela redução do seu preço. Os critérios para se proceder à operação de redução devem atender à desvalorização do bem em virtude da sua desconformidade com o contrato. O vendedor reembolsará o consumidor no montante resultante da referida operação de redução de molde a reequilibrar as prestações<sup>(101)</sup>.

### 6.3. Indemnização e Exceção de Não Cumprimento

O DL 67/2003, de 8 de abril, não consagrava expressamente um direito do consumidor à reparação dos danos resultantes da falta de conformidade. No entanto, tal resultava da LDC tratando-se de um princípio de responsabilidade subjetiva que emergia do art. 12.º, n.º 1 da LDC<sup>(102)</sup>.

No DL 84/2021, de 18 de outubro, o direito do consumidor à reparação dos danos resultantes de falta de conformidade é consagrado expressamente no art. 52.º, n.º 2.

Portanto, o vendedor é responsável pelo prejuízo que tenha causado ao consumidor, for falta culposa do cumprimento da obrigação de conformidade<sup>(103)</sup>. Tratando-se de responsabilidade civil contratual, a culpa presume-se (art. 799.º do CC), cabendo ao consumidor provar a falta de conformidade, o dano e o nexo de causalidade.

É de sublinhar que a privação do uso do bem durante operações de reparação ou substituição é, igualmente, indemnizável<sup>(104)</sup>. O consumidor terá de provar o dano resultante da privação e o nexo de causalidade entre este e a falta de conformidade.

Quanto ao prazo para a interposição da ação de indemnização devem ser os mesmos que os previstos nos arts. 17.º, n.º 1, 25.º, n.º 1, sob pena de incoerência do sistema<sup>(105)</sup>.

<sup>(101)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, “Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12, 2017, pp. 55 e 56.

<sup>(102)</sup> Cf. Ac. Rel. Porto de 14/12/2017. Processo 3293/16.8T8MTS.P1 e Ac. Rel. Guimarães de 1/2/2018. Processo 783/15.3T8FAF.G1.

<sup>(103)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, “Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12, 2017, pp. 59 e 60.

<sup>(104)</sup> Cf. Ac. Rel. Évora de 5/3/2009. Processo 2612/08-3; Ac. Rel. Guimarães de 12/10/2017. Processo 250/16.8T8VRL.G1 e Ac. Rel. Porto de 9/7/2009. Processo 2027/08.5TJPRT.P1.

<sup>(105)</sup> Neste sentido cf. Ac. STJ de 12/1/2010. Processo 2212/06.4TBMAL.P1.21; Ac. Rel. Guimarães de 1/2/2018. Processo 783/15.3T8FAF.G1 e Ac. Rel. Lisboa de 5/6/2012. Processo 3497/11.0TCLRS-A.L1-7. Em sentido contrário cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 340 e 341.

Cabe ainda realçar a consagração da exceção de não cumprimento<sup>(106)</sup> prevista no art. 15.º, n.º 6, relativamente a bens móveis, estabelecendo-se que o consumidor tem o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ao profissional até que este cumpra os deveres (previstos no diploma).

#### 6.4. Transmissão dos Direitos

Uma das inovações introduzidas pelo legislador português relativamente à revogada Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, foi a da transmissão dos direitos conferidos pelo revogado DL 67/2003, de 8 de abril ao consumidor a terceiro adquirente do bem. Desta forma, dissiparam-se as dúvidas em torno da questão. Assim, o art. 4.º, n.º 6, introduzido pelo DL 84/2008, de 21 de maio, estabeleceu que os direitos atribuídos pelo ao consumidor se transmitiam a terceiro adquirente do bem<sup>(107/108)</sup>. Portanto, fazendo uso da prerrogativa conferida pelo art. 8.º da Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, o legislador português estabeleceu uma proteção mais elevada ao consumidor<sup>(109)</sup>.

À semelhança da revogada Diretiva 1999/44/CE, as Diretivas (UE) 2019/770 e 2019/771 não preveem a transmissão dos direitos conferidos ao consumidor a terceiro adquirente do bem. No entanto, o legislador português, na senda do regime anterior, consagrou tal prerrogativa no DL 84/2021, de 18 de outubro, em particular nos arts. 15.º, n.º 10, 24.º, n.º 4 e 35.º, n.º 12, relativamente a bens móveis, imóveis e conteúdos e serviços digitais, respetivamente.

---

<sup>(106)</sup> Cf. art. 428.º do CC.

<sup>(107)</sup> Sublinhe-se que o art. 9.º, n.º 4, a propósito dos direitos conferidos pela garantia voluntária, se transmitem a terceiro adquirente do bem, exceto declaração em contrário.

<sup>(108)</sup> Cf. Ac. Rel. Lisboa de 17/1/2017. Processo 826/07.4TCFUN.L1-1.

<sup>(109)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 114.

## 7. Responsabilidade do Profissional e Prazos

Como vimos anteriormente, o profissional responderá perante o consumidor pela falta de conformidade existente no momento da entrega do bem (arts. 12.º, n.º 1 e 23.º, n.º 1) ou do fornecimento, nos moldes do art. 29.º, dos conteúdos ou serviços digitais [art. 32.º, n.º 2 al. *a*)], mas tal responsabilidade está dependente de prazos para a manifestação da falta de conformidade<sup>(110)</sup>: Prazos de garantia ou de conformidade, que analisaremos seguidamente.

### 7.1. Prazo de Garantia (ou de Conformidade)

Relativamente ao revogado DL 67/2003. De 8 de abril, o prazo de garantia legal era de dois anos<sup>(111)</sup>, tratando-se de coisa móvel e, de cinco anos, tratando-se de coisa imóvel, a contar da data da respetiva entrega (art. 5.º, n.º 1). Portanto, o consumidor podia exercer os direitos de reparação, substituição, redução adequada do preço ou resolução do contrato se a falta de conformidade se revelasse dentro dos prazos referidos. O legislador nacional ao ter feito coincidir os prazos de garantia previstos no art. 5.º, n.º 1 e os prazos de presunção de existência de falta de conformidade no momento da entrega, estabelecidos no art. 3.º, n.º 2, liberava o consumidor do ónus da prova da existência de falta de conformidade no momento da entrega, tendo, este, apenas de provar que a falta de conformidade se revelou dentro do respetivo prazo<sup>(112)</sup>. O prazo de presunção da existência de falta de conformidade dos bens móveis no momento da entrega era mais alargado do que o de 6 meses previsto na revogada Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio (art. 5.º, n.º 3)<sup>(113)</sup>, o que, por sua vez, liberava o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega durante mais tempo, é dizer, ao abrigo da

---

<sup>(110)</sup> Cf. MORAIS, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 78.

<sup>(111)</sup> Fora das relações de consumo, o prazo é de 6 meses, em conformidade com o art. 916.º, n.º 2 do CC.

<sup>(112)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 336 e 337.

<sup>(113)</sup> Recorde-se que a Diretiva 1999/44/CE de 25 de maio exclui do seu âmbito de aplicação os bens imóveis.

revogada Diretiva, decorridos seis meses da entrega do bem, o ónus da prova da falta de conformidade existente no momento da entrega recairia sobre o consumidor.

O atual diploma, DL 84/2021, de 18 de outubro estabelece um prazo de garantia de 3 anos para os bens móveis<sup>(114)</sup> (art. 12.º, n.º 1), e no caso de bens com elementos digitais o prazo será, igualmente, de 3 anos a contar da data em que os bens com elementos digitais foram entregues, quando o contrato estipule um único ato de fornecimento do conteúdo ou serviço digital ou quando o contrato estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período até três anos [art. 12.º, n.º 2, al. a)]. Por sua vez, ainda relativamente a bens com elementos digitais, o prazo de garantia durará durante o período do contrato, quando este estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período superior a três anos.

O legislador português, lançando mão da prerrogativa prevista no art. 10.º, n.º 3 da Diretiva (UE) 2019/771 estabeleceu um prazo de garantia mais longo que o de 2 anos previsto na Diretiva (art. 10.º, n.ºs 1 e 2).

Por outro lado, relativamente aos bens móveis (onde se incluem os bens com elementos digitais de ato único de fornecimento de conteúdo ou serviço digital), a falta de conformidade presume-se existente no momento da entrega, quando se manifeste num prazo de dois anos a contar do referido momento da entrega<sup>(115/116)</sup> (art. 13.º, n.º 1). Assim, pese embora se responsabilize o vendedor por qualquer falta de conformidade que se manifeste num prazo de três anos a contar do momento da entrega (art. 12.º, n.º 1), a presunção de não conformidade apenas aproveita ao consumidor nos dois anos posteriores à entrega. Uma vez decorrido o referido prazo, cabe ao consumidor provar a existência da falta de conformidade no momento da entrega (art. 13.º, n.º 4), uma vez que o prazo de garantia e o de presunção de desconformidade no momento da entrega não coincidem.

Compete, pois, ao consumidor fazer prova da desconformidade, dentro do prazo de dois anos, para que opere a presunção. Tal disposição, permite liberar o consumidor de fazer prova da desconformidade no momento

---

<sup>(114)</sup> Onde se incluem os bens recondicionados e os usados caso as partes não tenham acordado na redução do prazo para 18 meses, no último caso (art. 12.º, n.º 3).

<sup>(115)</sup> O legislador português estabeleceu um prazo mais alargado que o de 1 ano previsto no art. 11.º, n.º 1 da Diretiva (EU) 2019/771 liberando o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega por mais tempo.

<sup>(116)</sup> Tratando-se de bem móvel usado e em relação ao qual as partes tenham acordado a redução do prazo de garantia para dezoito meses, o prazo relativo à presunção de falta de conformidade no momento da entrega é de um ano (art. 13.º, n.º 3).

da entrega<sup>(117)</sup> recaindo sobre o vendedor, de forma a ilidir a presunção, o ónus de fazer dupla prova, por um lado da inexistência da falta de conformidade no momento da entrega e, por outro, revelando-se a falta de conformidade em momento posterior, que esta tivesse resultado de facto que não lhe fosse imputável<sup>(118/119)</sup>.

O legislador português, também a este propósito lançou mão da prerrogativa prevista no art. 10.º, n.º 2 da Diretiva (UE) 2019/771 alargando o prazo de 1 ano, aí previsto, para 2 anos relativamente à presunção de falta de conformidade no momento da entrega.

No que diz respeito aos bens com elementos digitais em que o contrato estipule o fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais durante um determinado período, o ónus da prova relativo à determinação da conformidade do conteúdo ou serviço digital, durante o período referido na parte final da al. a) e na al. b) do n.º 2 do art. 12.º, incumbe ao profissional relativamente a qualquer falta de conformidade que se manifeste no estipulado nas referidas alíneas (art. 14.º). Por outras palavras, recai sobre o profissional o ónus da prova da conformidade, tratando-se de bens com elementos digitais, durante o prazo de três anos a contar da data em que os bens com elementos digitais foram entregues, quando o contrato estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período até três anos<sup>(120)</sup> ou durante todo o período do contrato, quando este estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período superior a três anos. Libera-se, pois, nos casos descritos, o consumidor de fazer prova da existência da desconformidade no momento da entrega, uma vez que o art. 14.º faz recair o ónus da prova da existência de conformidade sobre o profissional. O consumidor deve provar a existência da falta de conformidade, dentro dos prazos previstos, e esta presume-se existente no momento da entrega, cabendo, por sua vez, ao profissional ilidir tal presunção.

Por sua vez, no que concerne aos bens móveis, o art. 12.º, n.º 3 prevê a faculdade de redução do prazo de garantia legal a 18 meses, mediante a observância de dois pressupostos:

---

<sup>(117)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 101, ss.

<sup>(118)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 315, ss.

<sup>(119)</sup> Cf. Ac. Rel. Guimarães de 17/1/2019. Processo 201/15.7T8BAO.G1; Ac. Rel. Lisboa de 12/3/2009. Processo 993/06-2 e Ac. Rel. Guimarães de 26/1/2017. Processo 1446/15.5T8CHV.G1.

<sup>(120)</sup> O legislador português estabeleceu um prazo mais alargado que o de 2 anos previsto no art. 11.º, n.º 3 da Diretiva (EU) 2019/771 liberando o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega por mais tempo.

- Tratar-se de bem móvel usado; e
- Haver acordo das partes em reduzir tal prazo.

Como explica Calvão da Silva, a redução do prazo de garantia dos bens móveis usados, nos termos descritos, fundamenta-se na expectativa mais baixa que o consumidor terá relativamente à sua qualidade e performance<sup>(121)</sup>.

Cabe realçar que, como novidade relativamente ao regime anterior, o atual diploma consagra que, em caso de reparação, ao consumidor assiste uma dilatação de 6 meses do prazo de garantia por cada reparação, com o limite de quatro reparações, recaindo sobre o profissional o dever de fornecer ao consumidor, aquando da entrega do bem reparado, tal informação (art. 18.º, n.º 4)<sup>(122)</sup>.

Associada à vicissitude relativa à prorrogação do prazo de garantia, e numa solução igual à já prevista no diploma anterior, prevê-se a sua suspensão a partir da data da denúncia da falta de conformidade e durante o período em que o consumidor estiver privado do uso dos bens, recomeçando a contagem após a reposição da conformidade e desde a entrega do bem ao consumidor<sup>(123/124)</sup>.

Em caso de substituição do bem originário, o profissional será responsável por qualquer falta de conformidade que ocorra no bem sucedâneo, nos termos previstos no art. 12.º, não podendo ser cobrado ao consumidor qualquer custo inerente à normal utilização do bem substituído. Por outras palavras, relativamente ao bem sucedâneo os prazos de garantia são os previstos no art. 12.º.

No que concerne aos bens imóveis, o vendedor responde perante o consumidor pela falta de conformidade que exista no momento da entrega do bem e nos 10 ou 5 anos posteriores à entrega do bem, consoante se trate de faltas de conformidade relativas a elementos construtivos estrutu-

---

<sup>(121)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 116. Defendendo uma posição contrária, de que a valia de um bem usado pode, justamente, fundar-se no facto de ser antigo, não se podendo concluir por uma menor exigência de qualidade cf. MOTA PINTO, ALEXANDRE, “Venda de Bens de Consumo e Garantias — O Direito Vivido nos Tribunais”, *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 194.

<sup>(122)</sup> Portanto, ao prazo de garantia de 3 anos pode acrescer, no limite, 24 meses (acrescendo ainda os períodos em que o consumidor se encontrar privado do uso do bem para efeito de operações de reparação ou substituição).

<sup>(123)</sup> Consagra-se uma interrupção do prazo de garantia, na medida em que tal prazo se reinicia a partir do momento da substituição do bem. Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 117.

<sup>(124)</sup> Cf. Ac. Rel. Guimarães de 22/10/2015. Processo 193/13.7TBFAF.G1.

rais<sup>(125)</sup> ou respeitantes às restantes faltas de conformidade, respetivamente (art. 23.º, n.º 1).

Por sua vez, presume-se, tal falta de conformidade como existente no momento da entrega, quando se manifeste num prazo de dez ou cinco a contar do referido momento da entrega (art. 23.º, n.º 1). Portanto, responsabiliza-se o vendedor por qualquer falta de conformidade que se manifeste num prazo de 10 anos, em relação às faltas de conformidade respeitantes a elementos construtivos estruturais, ou de 5 anos, em relação às restantes faltas de conformidade, ambos a contar do momento da entrega, presumindo-se existentes, durante todos os prazos referidos, no momento da entrega do bem (art. 23.º, n.º 4). Cabe, pois, ao consumidor fazer prova da desconformidade, dentro do prazo de dez ou cinco anos, para que opere a presunção. Tal disposição, permite liberar o consumidor de fazer prova da desconformidade no momento da entrega<sup>(126)</sup> durante todo o prazo de garantia. Cabe ao vendedor, de forma a ilidir a presunção, fazer dupla prova, por um lado, da inexistência da falta de conformidade no momento da entrega e, por outro, revelando-se a falta de conformidade em momento posterior, que esta tivesse resultado de facto que não lhe fosse imputável<sup>(127)</sup>.

Os prazos de garantia suspendem-se a partir da data da comunicação da falta de conformidade pelo consumidor ao profissional e durante o período em que o consumidor estiver privado do uso do bem para efeito de operações de reposição da conformidade.

Havendo substituição do bem imóvel, sucedâneo goza dos prazos de garantia de 10 ou 5 anos previstos no art. 23.º, n.º 1 (art. 23.º, n.º 2).

Quanto aos conteúdos e serviços digitais, o profissional responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista, por um lado, no momento do fornecimento ou que se manifeste no prazo de dois anos, nos contratos em que seja estipulado um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento e, por outro, quando ocorra ou se manifeste no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos, nos contratos em que seja estipulado um fornecimento contínuo. Assim, na segunda situação, caso as partes tenham acordado um fornecimento contínuo durante um determinado

---

(125) O diploma prevê a possibilidade de o Governo poder aprovar, por portaria, uma lista exemplificativa dos elementos construtivos estruturais dos bens imóveis, de forma a clarificar-se o alcance do sentido de defeito construtivo estrutural (art. 23.º, n.º 5).

(126) Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 101, ss.

(127) Cf. Ac. Rel. Guimarães de 17/1/2019. Processo 201/15.7T8BAO.G1; Ac. Rel. Lisboa de 12/3/2009. Processo 993/06-2 e Ac. Rel. Guimarães de 26/1/2017. Processo 1446/15.5T8CHV.G1.



período, o vendedor é responsável se a desconformidade se manifestar durante todo esse período<sup>(128)</sup> (art. 32.º, n.º 2).

Por sua vez, nos contratos em que seja estipulado um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, o ónus da prova de que o conteúdo ou serviço digital fornecido estava em conformidade no momento do fornecimento recai sobre o profissional relativamente às faltas de conformidade que se manifestem durante o prazo de um ano a partir do momento do fornecimento (art. 33.º, n.º 2). Assim, durante o prazo de um ano a contar do momento do fornecimento, o consumidor é dispensado de provar a existência da falta de conformidade existente no momento do fornecimento, devendo apenas invocar e provar a existência da não conformidade. Por outras palavras, o consumidor, invocando e provando a falta de conformidade durante o prazo referido, presume-se que esta existia no momento do fornecimento, cabendo ao profissional ilidir tal presunção.

Decorrido o referido prazo, recai sobre o consumidor o ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento do fornecimento.

Por outro lado, nos contratos em que seja estipulado um fornecimento contínuo, o ónus da prova de que o conteúdo ou serviço digital fornecido se encontra em conformidade recai sobre o profissional nas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual devam ser fornecidos os conteúdos ou serviços digitais (art. 33.º, n.º 3). Libera-se, pois, o consumidor do ónus da prova da existência da falta de conformidade por todo o período durante o qual devam ser fornecidos os conteúdos ou serviços digitais, devendo, tão-somente, comunicar a sua existência.

## 7.2. Prazos Para o Exercício dos Direitos

### 7.2.1. Denúncia da Falta de Conformidade

O revogado DL 67/2003, de 8 de abril fazia recair sobre o consumidor o ónus de denunciar a falta de conformidade num prazo de dois meses<sup>(129)</sup>, caso se tratasse de bem móvel, ou de um ano, se se tratasse de bem imóvel,

---

<sup>(128)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *RED*, n.º 3, 2019, p. 78.

<sup>(129)</sup> Fora das relações de consumo o prazo é de 30 dias (art. 916.º, n.º 2 do CC).

a contar da data em que a tivesse detetado (art. 5.º-A, n.º 2), sob pena de caducidade dos direitos atribuídos pelo art. 4.º, n.º 1 (art. 5.º-A, n.º 1)<sup>(130)</sup>.

É nosso entender, que os prazos de denúncia da falta de conformidade, tinham uma tripla função:

- Primeira, informativa<sup>(131)</sup>;
- Segunda, evitar o agravamento do defeito e, conseqüentemente, o eventual aumento de prejuízos desnecessários para o vendedor com a reposição da conformidade;
- Terceira, garantir a reposição da conformidade num curto espaço de tempo<sup>(132)</sup>.

Com o novo diploma, os prazos para efetuar a denúncia, sob pena de caducidade dos direitos do consumidor, desapareceram. Em abono da verdade, parece-nos uma solução mais prejudicial para o profissional que benéfica para o consumidor, na medida em que a denúncia tardia pode acarretar um agravamento do defeito, onerando-se, por sua vez, desnecessariamente o profissional pelos prejuízos resultantes de tal agravamento.

### 7.2.2. Caducidade do Direito de Ação

No respeitante ao revogado DL 67/2003, de 8 de abril, os prazos de caducidade do direito de ação eram de dois ou três anos<sup>(133)</sup> a contar da data da denúncia<sup>(134)</sup>, consoante se tratasse de bem móvel ou imóvel, respetivamente<sup>(135)</sup>.

---

<sup>(130)</sup> Cf. Ac. Rel. Porto de 14/12/2017. Processo 3293/16.8T8MTS.P1; Ac. Rel. Coimbra de 15/12/2016. Processo 1638/11.6TBACB.C1 e Ac. Rel. Guimarães de 1/2/2018. Processo 783/15.3T8FAF.G1.

<sup>(131)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 341.

<sup>(132)</sup> Cf. ROMANO MARTINEZ, PEDRO, “Empreitada de Bens de Consumo — A transposição da Diretiva n.º 199/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003”, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 33.

<sup>(133)</sup> O DL 67/2003, de 8 de abril, antes de alterado e republicado pelo DL 84/2008, de 21 de maio, previa no seu art. 5.º, n.º 4, um prazo para interposição da ação de, somente, seis meses, independentemente da natureza do bem. Com a referida alteração, procurou-se harmonizar o regime com a Diretiva 1999/44/CE de 25 de maio. Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 122.

<sup>(134)</sup> Fora das relações de consumo o prazo para a interposição da ação é, por interpretação extensiva do art. 917.º do CC, de 6 meses.

<sup>(135)</sup> Cf. Ac. Rel. Porto de 5/3/2018. Processo 177/15.0T8CPV-A.P1 e Ac. Rel. Guimarães de 12/10/2017. Processo 4001/15.6T8VCT.G1.

Com a entrada em vigor do DL 84/2021, de 18 de outubro os prazos relativos aos bens móveis e imóveis mantêm-se (arts. 17.º, n.º 1 e 25.º, n.º 1).

Curiosamente, o diploma não contempla prazo de caducidade do direito de ação relativamente ao regime dos conteúdos e serviços digitais. Tratando-se, em nossa opinião de uma lacuna, deve ser integrada por recurso à analogia. Nesse sentido, o prazo a considerar deve ser o mesmo aplicável aos bens móveis (com elementos digitais) de dois anos.

De realçar que os prazos de caducidade do direito de ação se suspendem desde a data de comunicação da falta de conformidade ao profissional até à conclusão das operações de reparação ou substituição e durante o período temporal em que durar a tentativa de resolução extrajudicial do conflito de consumo que opõe o consumidor ao profissional ou ao produtor<sup>(136)</sup> (arts. 17.º, n.º 2 e 25.º, n.º 2).

## 8. Responsabilidade do Produtor

Como analisámos anteriormente, o produtor responde objetivamente pelos danos resultantes de morte e lesão pessoal e pelos causados em coisa distinta da defeituosa.

Para além do princípio de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 12.º, n.º 2 da LDC e 8.º do DL 383/89, de 6 de novembro, o consumidor pode optar por exigir ao produtor a reposição da conformidade do bem com o contrato (art. 40.º, n.º 1). Portanto, o consumidor pode exigir a reposição da conformidade ao vendedor, produtor ou a ambos<sup>(137/138)</sup>. Esta responsabilidade direta do produtor pela reposição da conformidade, apenas tem aplicação quanto aos direitos de reparação ou substituição pois, não existindo relação contratual entre consumidor e produtor, não faria sentido a extensão do âmbito do artigo à resolução do contrato ou redução adequada do preço<sup>(139)</sup>, uma vez que estes devem ser exercidos junto do vendedor.

---

<sup>(136)</sup> Excetua-se a arbitragem, na medida em que, sendo um MRAL adjudicatório, o litígio ficará resolvido por esta via, pelo que não fará sentido falar-se em suspensão do prazo para interposição da ação judicial caso as partes decidam recorrer a este meio.

<sup>(137)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 347 e 345.

<sup>(138)</sup> No caso de bens reconicionados o consumidor apenas pode exigir diretamente do produtor a sua reparação ou substituição nos casos em que o produtor seja o responsável pelo recondicionamento do bem (art. 40.º, n.º 3).

<sup>(139)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 130.

Por outro lado, a faculdade de exigir a reposição da conformidade diretamente ao produtor é excluída se se manifestar impossível ou desproporcionada tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor (art. 40.º, n.º 1).

A responsabilidade direta do produtor está, logicamente, dependente da possibilidade de lhe ser imputável a falta de conformidade (veja-se, por ex., defeitos de fabrico)<sup>(140)</sup>. Neste sentido, o art. 40.º, n.º 2 consagra um conjunto de factos que permitem excluir a responsabilidade do produtor, legitimando, consequentemente, a sua oposição ao exercício dos direitos pelo consumidor, a saber:

- A não conformidade resulte exclusivamente de declarações do profissional sobre o bem, conteúdo e serviço digital e sua utilização, ou de má utilização;
- Não ter colocado o bem, conteúdo ou serviço digital em circulação;
- Possa considerar-se, tendo em conta as circunstâncias, que a não conformidade não existia quando colocou o bem, conteúdo ou serviço digital no mercado;
- Não tenha produzido o bem, conteúdo ou serviço digital nem para venda ou fornecimento, nem para qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não o tenha fabricado ou distribuído no quadro da sua atividade profissional;
- Tenham decorrido mais de 10 anos sobre a colocação do bem, conteúdo ou serviço digital no mercado.

O DL 84/2021, 18 de outubro, introduziu um regime de responsabilidade do prestador de mercado em linha (art. 44.º).

Assim, o prestador de mercado em linha, na aceção do art. 2.º als. *m*) e *n*) que, atuando para fins relacionados com a sua atividade, seja parceiro contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital é solidariamente responsável, perante o consumidor, pela falta de conformidade daqueles nos termos do diploma. Por sua vez, considera-se que o prestador de mercado em linha é parceiro contratual do profissional

---

<sup>(140)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 349 e 350 e CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 132.

sempre que exerça influência predominante na celebração do contrato, o que se verifica, designadamente, nas seguintes situações:

- O contrato é celebrado exclusivamente através dos meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha;
- O pagamento é exclusivamente efetuado através de meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha;
- Os termos do contrato celebrado com o consumidor são essencialmente determinados pelo prestador de mercado em linha ou o preço a pagar pelo consumidor é passível de ser influenciado por este;
- A publicidade associada é focada no prestador de mercado em linha e não nos profissionais.

## 9. Garantias Comerciais (Voluntárias)

O art. 2.º, al. *k*), define garantia voluntária (ou comercial) como o compromisso ou declaração, de carácter gratuito ou oneroso, assumido pelo profissional, pelo produtor, ou por qualquer intermediário («o garante») perante o consumidor, para além das obrigações legais do profissional de garantia de conformidade, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem, conteúdo ou serviço digital no caso de este não ser conforme com as especificações ou qualquer outro elemento<sup>(141)</sup>.

Conjugando o art. 2.º, al. *k*), como o art. 43.º, cumpre tecer alguns comentários.

Em primeiro lugar, a garantia voluntária acresce à garantia legal, não a podendo afetar<sup>(142)</sup>, e vincula juridicamente o seu emitente<sup>(143)</sup> ao reembolso do preço pago, substituição, reparação ou ocupação de qualquer modo de um bem de consumo, conteúdo ou serviço digital no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade.

---

<sup>(141)</sup> Cf. Ac. Rel. Coimbra de 1/3/2016. Processo 1684/08.7TBCBR.C1.

<sup>(142)</sup> Cf. MORAIS CARVALHO, JORGE, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 354.

<sup>(143)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 150.

Em segundo lugar, pode ter caráter gratuito ou oneroso.

Em terceiro lugar, deve ser entregue ao consumidor por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro a que aquele tenha acesso até ao momento da entrega do bem (art. 43.º, n.º 5) impondo-se que seja redigida de forma clara e inteligível em língua portuguesa, contendo obrigatoriamente as seguintes menções (art. 43.º, n.º 6): Declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos no diploma e de que tais direitos não são afetados pela garantia<sup>(144)</sup>; Informação clara e expressa acerca do objeto da garantia comercial, benefícios atribuídos ao consumidor por meio do exercício da garantia, bem como as condições para a atribuição desses benefícios, incluindo a enumeração de todos os encargos, nomeadamente os relativos às despesas de transporte, de mão-de-obra e de material, e ainda os prazos e a forma de exercício da garantia, incluindo a quem incumbe provar a falta de conformidade e o prazo aplicável a tal ónus; O nome e o endereço do garante; O procedimento a seguir pelo consumidor para executar a garantia comercial; A designação dos bens aos quais a garantia comercial se aplica; Duração e âmbito territorial.

De realçar que a violação do disposto nos n.ºs 5 e 6 não acarreta a invalidade da garantia comercial podendo o consumidor continuar a invocá-la e a exigir a sua aplicação (art. 43.º, n.º 8). Parece-nos uma solução adequada, uma vez que, a invalidade da garantia seria prejudicial para o consumidor e benéfica para o seu emitente que dela se desonerava.

Em quarto lugar, a garantia comercial pode transmitir-se a terceiro adquirente do bem, nos termos do art. 43.º, n.º 7. A principal diferença relativamente ao regime anterior prende-se com a imperatividade da transmissão da garantia comercial a terceiro, uma vez que no DL 67/2003, de 8 de abril tal transmissão dependia da vontade das partes.

As garantias voluntárias têm como principal finalidade o aumento da confiança do consumidor conduzindo, consequentemente, ao aumento do volume de negócios<sup>(145)</sup>.

---

<sup>(144)</sup> Cf. Ac. Rel. Lisboa de 31/5/2007. Processo 3862/2007-6.

<sup>(145)</sup> Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 177.

## 10. Imperatividade

O art. 51.º, n.º 1 estabelece a nulidade do acordo ou de cláusula contratual mediante o qual se excluam ou limitem os direitos do consumidor previstos no presente diploma<sup>(146)</sup>. O artigo consagra, portanto, por um lado, a inderrogabilidade das normas previstas no diploma e, por outro, a exclusão da faculdade de renúncia prévia aos direitos, por este, atribuídos<sup>(147)</sup>.

Por sua vez, o n.º 2 do art. 51.º manda aplicar à nulidade referida o disposto nos arts. 16.º, n.ºs 2 e 3 da LDC. Trata-se de uma nulidade atípica, uma vez que, só pode ser invocada pelo consumidor ou seus representantes, podendo, no entanto, o consumidor optar pela manutenção do contrato, devendo a cláusula considerar-se substituída pela norma imperativa em vigor<sup>(148)</sup>.

---

<sup>(146)</sup> O artigo ressalva ainda a aplicação do regime das CCG.

<sup>(147)</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 155.

<sup>(148)</sup> Cf. Ac. Rel. Coimbra de 25/10/2011. Processo 35110.6TBPCV.C1.





# CESSÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO NA PENDÊNCIA DA AÇÃO EXECUTIVA

Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto  
(3.<sup>a</sup> secção) de 24 de outubro de 2019<sup>(1)</sup>

*Pelo Prof. Doutor Fernando Silva Pereira*<sup>(2)</sup>

## *SUMÁRIO:*

1. Apresentação do Acórdão sob anotação. 1.1. Exposição do caso. 1.2. Factos dados como assentes. 1.3. Fundamentação e sentido da decisão. 2. Exposição do problema. 3. Da legitimidade na ação executiva e da sucessão no direito (antes da propositura da ação executiva). 4. Norma do artigo 263.º, n.º 1 CPC. 5. Do regime jurídico da cessão de créditos. 6. Transmissão na pendência da ação executiva: aplicação da norma do artigo 263.º, n.º 1 CPC? 7. Conclusão.

## **1. Apresentação do Acórdão sob anotação**

### **1.1. Exposição do caso**

A., S.A. intentou ação executiva para pagamento de quantia certa, sob a forma de processo comum, contra B e outros. Na pendência da ação, A. S.A. cedeu o crédito exequendo a C, SARL, tendo a cessão sido comunicada aos devedores-executados. O executado B deu conhecimento ao

---

(1) Relator Carlos Portela, relatores adjuntos, Joaquim Correia Gomes e Filipe Carço, disponível em <www.dgsi.pt>.

(2) Professor Auxiliar convidado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica.

Tribunal de que o crédito exequendo deixou de constar da Central de Responsabilidades do Banco de Portugal, arguindo a falta de legitimidade da exequente para prosseguir com a execução. O Tribunal convidou a exequente a prestar esclarecimentos, não tendo a exequente oferecido qualquer resposta. Na sequência disso, o Tribunal, através de despacho de 6 de dezembro de 2018, concedeu um novo prazo, de 10 dias, para que a exequente promovesse a habilitação de cessionário, sob pena de extinção da execução por ilegitimidade ativa superveniente da exequente, nos termos dos arts. 356.º, 53.º e 54.º do Código de Processo Civil (CPC). Decorrido este prazo, não foi requerida a habilitação.

Entretanto, por apenso à execução comum, C., SARLS veio requerer habilitação de cessionário contra os executados. Alegou, em suma, que, por força de contrato de cessão de créditos celebrado com a exequente original, datado de 28 de setembro de 2017, esta lhe cedeu o crédito exequendo. Fez juntar aos autos vários documentos. Os requeridos foram notificados para contestar, nos termos do art. 356.º CPC. Contestou o requerido B, pugnando pela improcedência do incidente e extinção da execução, nos termos da comunicação que resulta do despacho judicial proferido nos autos principais a 6 de dezembro de 2018. A requerente não apresentou resposta a esta contestação.

Os autos prosseguiram os seus termos tendo sido proferida sentença na qual e por se considerar que o processo continha já todos os elementos necessários para ser proferida decisão de mérito e atento o disposto no art. 356.º, n.º 1, alínea b) CPC, se julgou do seguinte modo:

*Totalmente procedente a contestação apresentada nos autos pelo requerido, B, e, em consequência, se julgou totalmente improcedente o presente incidente, não julgando habilitada a requerente, C, SARL, para, em lugar da até então exequente, A, S.A., prosseguir na execução de que estes autos constituem um apenso nessa qualidade e posição processual e se determinou ainda a absolvição da instância executiva do executado, B, por força da ilegitimidade superveniente da referida exequente e a consequente extinção da execução de que estas autos constituem um apenso.*

Foi desta decisão que a requerente C, SARL interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto.

## 1.2. Factos dados como assentes

São os seguintes os factos dados como assentes no incidente de habilitação:

- a) Por documento autenticado, denominado “Contrato de Cessão de Créditos”, outorgado a 28 de setembro de 2017, em que a exequente originária A, S.A. assumiu a posição de “cedente”, ao passo que a aqui requerente assumiu a posição de “cessionária”, foi, além do mais, declarado por aquela ceder a esta o crédito que se encontra reclamado nos autos de execução de que estes autos constituem um apenso e em que são executados os aqui requeridos.
- b) Por meio de carta registada, datada de 29 de dezembro de 2017, a aqui requerente comunicou ao aqui requerido/executado a cessão de créditos referida em 1.
- c) Por despacho proferido a 6-12-2018 (e notificado às partes no dia 7-12-2018, via *Citius*) foi a exequente convidada «a requerer a habilitação de cessionário respetiva, por forma a que o novo titular do crédito exequendo requeira a sua necessária habilitação, em 10 dias, sob pena de extinção desta execução por ilegitimidade ativa superveniente da exequente — vide arts. 356.º, 53.º e 54.º do CPC».
- d) Este incidente foi instaurado a 10-01-2019.

## 1.3. Fundamentação e sentido da decisão

Dadas as conclusões de recurso apresentadas pela recorrente C., SARLS, o Tribunal da Relação do Porto considerou serem duas as questões a resolver, a saber, (i) se podia ser fixado pelo Tribunal *a quo* um prazo (perentório) para a dedução, no processo principal, do incidente de habilitação de cessionário; e, (ii) se existe erro de julgamento quando se considerou procedente a ilegitimidade superveniente ativa da exequente B, S.A., se absolveu o executado B da instância executiva e se julgou extinta a execução de que a presente habilitação de cessionário é dependente.

De acordo com a posição adotada no Acórdão sob anotação, o despacho proferido pelo Tribunal de primeira instância, de 6 de dezembro de 2018, convidando a exequente a promover a habilitação de cessionário, sob pena de absolvição da exequente da instância e conseqüente extinção

da ação executiva, por ilegitimidade ativa superveniente desta última, merece reparo. Referindo a norma do art. 356.º CPC<sup>(3)</sup>, pode ler-se no Acórdão:

*“Em face de tal disposição legal, pode, pois, concluir-se o seguinte, seguindo os ensinamentos de A. Abrantes Geraldés, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, Código de Processo Civil Anotado, Almedina, Vol. I, pp. 412/413: Enquanto nos casos de falecimento de pessoa singular ou de extinção da pessoa colectiva (com excepção das sociedades comerciais, nos termos do art. 162.º do CSC), o tribunal deve determinar a suspensão da instância para efeitos de habilitação de sucessores, já nos casos de cessão da coisa ou direito ou de outras formas de transmissão, o conhecimento desses factos não exerce directa influência na tramitação processual.*

*Para além disso, nos termos do disposto no art. 263.º do CPC, a transmissão da coisa ou direito em litígio não afecta a legitimidade do transmitente.*

*Mais, a sentença que vier a ser proferida pode produzir efeitos na esfera do transmissário da coisa ou do direito, sem prejuízo dos casos em que a acção esteja sujeita a registo e o adquirente registe a aquisição antes do registo da acção.*

*Por fim, atenta a norma especial de legitimidade ad causam do antes referido art. 263.º, a dedução deste incidente é facultativa: o cessionário fica vinculado à sentença com a ressalva da parte final do seu n.º 3.*

*Deste modo, por via do incidente de habilitação de cessionário, permite-se que o cedente seja substituído no processo pelo cessionário, o qual adquire a posição processual in totum que o cedente tinha no pleito, não sendo admissível que ambos continuem na lide.*

*A este propósito, cumpre também recordar aqui o defendido pelo Prof. José Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, 1982, Coimbra Editora, p. 604 e Comentário ao Código de Processo Civil, Vol. 3.º, pp. 74 a 76), segundo o qual, “a habilitação do adquirente ou cessionário reveste carácter facultativo, não sendo, assim, condição indispensável ao prosseguimento da causa”.*

*Assim, “se a habilitação não for requerida, ou enquanto o adquirente não for, por meio de habilitação, admitido a substituir o transmitente, este continua a ter legitimidade para a demanda até ao final do processo, ou até o adquirente ser admi-*

---

<sup>(3)</sup> É a seguinte a redação da norma do art. 356.º CPC, sob epígrafe “Habilitação do adquirente ou cessionário”:

*“1 — A habilitação do adquirente ou cessionário da coisa ou direito em litígio, para com ele seguir a causa, faz-se nos termos seguintes:*

*Lavrado no processo o termo da cessão ou junto ao requerimento de habilitação, que é atuado por apenso, o título da aquisição ou da cessão, é notificada a parte contrária para contestar; na contestação pode o notificado impugnar a validade do acto ou alegar que a transmissão foi feita para tornar mais difícil a sua posição no processo;*

*Se houver contestação, o requerente pode responder-lhe e em seguida, produzidas as provas necessárias, é proferida decisão; na falta de contestação, verifica-se se o documento prova a aquisição ou a cessão e, no caso afirmativo, declara-se habilitado o adquirente ou cessionário.*

*2 — A habilitação pode ser promovida pelo transmitente ou cedente, pelo adquirente ou cessionário, ou pela parte contrária; neste caso, aplica-se o disposto no número anterior, com as necessárias adaptações”.*

*tido a substituí-lo, produzindo a sentença, neste caso, efeitos em relação ao adquirente”.*

*No mesmo sentido vai alguma da nossa jurisprudência da qual são exemplos, entre outros, os acórdãos citados pela apelante C SARL nas suas alegações de recurso, designadamente o da Relação do Porto de 30.01.2012, processo n.º 115/09.0TBCHV-A.PI, o da Relação de Guimarães de 21-06.2018, processo n.º 7153/15.1T8GMR-B.G1 e os da Relação de Coimbra de 30.04.2002, processo n.º 2/02 e de 09.05.2017, processo n.º 1062/14-9TBPBL-B.C1, todos publicados em <www.dgsi.pt>.*

*Ora, contrariamente ao que defende o apelado B, não vemos quaisquer razões para não aplicar o regime que decorre da previsão legal do art. 263.º, n.ºs 1 e 3 do CPC, ao processo executivo, não valendo, pois, em nossa opinião os argumentos que o mesmo aponta nos pontos 20 a 26 das suas contra-alegações”.*

A partir daqui louva-se o Acórdão sob anotação no Acórdão da Relação de Coimbra de 09.05.2017, transcrevendo-o nos segmentos que consideramos mais importantes, e que são:

*“Como é sabido, vigora no nosso ordenamento jurídico o princípio (geral) da estabilidade da instância no sentido de que, citado o réu, a instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei (art. 265.º do actual CPC, e cujo diploma nos referimos sempre que doravante mencionarmos somente o normativo sem a indicação da sua fonte).*

*Como excepção a essa regra prevê-se a possibilidade de a instância se modificar quanto às pessoas (e é de modificação subjectiva que estamos a falar), nomeadamente em consequência da substituição de alguma das partes, quer por sucessão, quer por ato entre vivos, na relação substantiva em litígio [cf. art. 262.º al. a)].*

*Tal contende, além do mais, com a questão da legitimidade das partes.*

*No que a tal diz respeito, e mais particularmente (por ter a ver mais com o caso em apreço) também nas execuções — depois de no art. 53.º, n.º 1 se dispor que a execução tem que ser promovida pela pessoa que no título executivo figure como credor e que deve ser instaurada contra a pessoa que nesse título tenha a posição de devedor — como resquício daquela excepção, se consagra, no art. 54.º, n.º 1, um desvio à regra geral da determinação da legitimidade, ao estatuir-se que tendo havido sucessão no direito ou na obrigação, deve a execução correr entre os sucessores das pessoas que no título figuram como credor ou devedor da obrigação executada.*

*À semelhança do que sucede na aludida excepção do citado art. 262.º, al. a) — e tal como se escreve no Ac. do TRL de 04/12/2014, in “CJ, Ano XXIX, T5, p. 123”, proferido na vigência do revogado CPC de 61, a propósito dos arts. 55.º e 56.º com idêntica redacção àqueles normativos que vimos citando — a palavra sucessão, referida naquele art. 54.º, n.º 1, é utilizada em sentido genérico, abrangendo tanto a sucessão mortis causa, como a sucessão inter vivos.*

*Por outro lado, que a expressão ali utilizada “tendo havido sucessão no direito ou na obrigação” dever considerar-se como equivalente a “tendo havido sucessão na posição activa ou passiva expressa no título”. Se a posição constante no título se transmitiu, a acção executiva deve ser instaurada por quem ou contra quem*

foi colocado no lugar que ocupava o originário credor aparente ou o primitivo pretenso devedor (vide o prof. Alberto dos Reis, in “CPC Anotado, Vol. 1, p. 182”).

Se a sucessão se verificar na obrigação e tiver ocorrido antes de se ter dado início ao processo, o exequente terá (tal como ressalta expressamente da 2.ª parte do n.º 1 do art. 54.º) de, logo no requerimento inicial, deduzir os factos constitutivos da sucessão (a qual abrange tanto os casos de legitimidade ativa, como passiva, muito embora para o caso sub júdice apenas a primeira nos interessa). Vide, a propósito, ainda aquele acórdão do TRL e o prof. Lebre de Freitas, in “Código de Processo Civil Anotado, 1999, Coimbra Editora, Vol. 1.º, p. 113”.

Já, porém, se a sucessão ocorrer na pendência do processo executivo (ou mesmo tendo ocorrido antes só dela foi tomado conhecimento no decurso do mesmo) o exequente ou adquirente terá então de promover o incidente de habilitação previsto e regulado no art. 351.º, ss. (vide, por todos, o prof. Lebre de Freitas, in “A Acção Executiva, 4.ª ed., p. 173, e nota 5”).

O incidente de habilitação surge, assim, também como um dos meios de modificar subjectivamente (isto é, quanto às pessoas) a instância (vide, por ex., Lopes Cardoso, in “Manual dos Incidentes da Instância em Processo Civil, 1999, p. 296”).

Genericamente, pode dizer-se (citando, em adaptação atualizada ao NCPC, os Acs. do TRL de 06/03/2007 e de 17/09/2009, embora este, in proc. 18-C/2002-2, remetendo para o primeiro, publicitados in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que, por sua vez, citam aquele último mestre naquela obra) que “a habilitação consiste na prova da aquisição, por sucessão ou transmissão, da titularidade dum direito ou complexo de situações jurídicas, com vista à substituição de alguma das partes previstas no art. 262.º do CPC, ou seja, a substituição determinada, quer por sucessão, quer por acto entre vivos, em causa pendente”, ou então (na esteira do afirmado no Ac. do TRL de 02/12/2015, in “proc. 691711.7TYSB-C.L1-2, <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>”) que é um meio processual que visa «certificar que determinada pessoa sucedeu a outra na posição jurídica que esta ocupava na lide, já que se prescreve no n.º 1 do art. 263.º do CPC que “no caso de transmissão, por acto entre vivos, da coisa ou direito litigioso, o transmitente continua a ter legitimidade para a causa, enquanto o adquirente não for, por meio de habilitação, admitido a substituí-lo».

Dentre a habilitação inter vivos encontra-se, como incidente próprio, a habilitação de cessionário prevista no art. 356.º, onde se estabelece que:

“1.— A habilitação do adquirente ou cessionário da coisa ou direito em litígio, para com ele seguir a causa, faz-se nos termos seguintes:

Lavrado no processo o termo de cessão ou junto ao requerimento, que é autuado por apenso, o título da aquisição ou da cessão, é notificada a parte contrária para contestar; na contestação pode o notificado impugnar a validade do ato ou alegar que a transmissão foi feita para tornar mais difícil a sua posição no processo;

Se houver contestação, o requerente pode responder-lhe e em seguida, produzidas as provas necessárias, é proferida decisão; na falta de contestação, verifica-se se o documento prova a aquisição ou a cessão e, no caso afirmativo, declara-se habilitado o adquirente ou cessionário;

2.— A habilitação pode ser promovida pelo transmitente ou pelo cedente, pelo adquirente ou cessionário, ou pela parte contrária; neste caso, aplica-se o disposto no número anterior, com as adaptações necessárias”.

*Normativo esse que, tal como vem constituindo entendimento prevalecente, deverá ser conjugado e harmonizado com o art. 263.º (vide, por todos, o prof. Lebre de Freitas, in “Código de Processo Civil Anotado, 1999, Coimbra Editora, Vol. 1.º, pp. 481 e 645” — embora referenciado aos arts. 376.º e 271.º do CPC de 61, mas que correspondem aos dois últimos preceitos do NCPC —, e o Ac. do TRL de 02/12/2015, atrás citado), onde se estatui que:*

*“1. — No caso de transmissão, de ato entre vivos, da coisa ou direito em litigioso, o transmitente continua a ter legitimidade para causa, enquanto o adquirente não for, por meio de habilitação, admitido a substituí-lo.*

*2. — A substituição é admitida quando a parte contrária esteja de acordo e, na falta de acordo, só deve recusar-se a substituição quando se entenda que a transmissão foi efectuada para tornar mais difícil, no processo, a posição da parte contrária.*

*3. — A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que esse não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da acção”.*

*Resulta, assim, desde logo, da referida conjugação de normativos, que ao contrário do que sucede no caso de transmissão mortis causa, a transmissão inter vivos não determina a suspensão da causa, sendo facultativa a habilitação do adquirente, ou seja, no caso de transmissão inter vivos a habilitação do adquirente/cessionário reveste-se de natureza facultativa, não sendo condição necessária do prosseguimento da causa, pois que, enquanto tal não correr, o transmitente continua a ter legitimidade para demanda, até ao final do pleito, sendo certo que, por um lado, a dedução do incidente não susta o andamento da causa principal e da instância e, por outro, que, nessa situação, se produzirá, de qualquer modo, caso julgado contra o referido adquirente.*

*Poder-se-á, em jeito de síntese, dizer que a admissibilidade do incidente de habilitação do adquirente, nos termos do art. 356.º depende da verificação dos seguintes pressupostos:*

- a) Da pendência da acção;*
- b) Da existência de uma coisa ou de um direito litigioso;*
- c) Da transmissão, por acto inter vivos, dessa coisa ou direito em litígio na pendência da acção, ou do seu conhecimento no decurso da mesma (independentemente da sua espécie/natureza declarativa ou executiva).*

*Por fim, resulta também da harmonização de tais normativos [arts. 263.º, n.º 2 e 356.º, n.º 1 al. a)], que a parte contrária pode opor-se à substituição do transmitente pelo adquirente/cessionário, com base nos seguintes dois fundamentos:*

*Entender que o acordo subjacente à transmissão/cessão não é válido (validade formal ou substancial);*

*Entender que a transmissão foi feita para tornar mais difícil a sua posição no processo.*

*Aquí chegados — e não se questionando no caso a validade do negócio através do qual o primitivo/originário exequente transmitiu/cedeu o crédito exequendo ao cessionário habilitando (cf. arts. 577.º, ss. do CC) e que o mesmo ocorreu na pendência da acção executiva —, perante tudo aquilo que se deixou exarado, a resposta final à questão controvertida acima colocada (e que constitui a única a conhecer*

*como objecto do presente recurso) só poderá ser afirmativa, ou seja, de considerar que, in casu, não só é legalmente admissível o incidente de habilitação do cessionário do referido crédito na acção executiva, como ele é o meio processual adequado para o fazer intervir, na qualidade de exequente (em substituição do primitivo/originário), na referida acção.*

*Salvo o devido respeito, à luz da lei processual e da jurisprudência dos interesses, não se vislumbra razão suficientemente válida e convincente para assim não acontecer.*

*Como se viu, aos executados/requeridos é-lhes concedido (como sucedeu no caso) todos os meios legais para defenderem os seus interesses.*

*Ao contrário, não admitir a habilitação representaria (como escreve o prof. Lebre de Freitas, in “Acção Executiva, 4.ª ed., p. 173, nota 5.”) “ofensa do princípio da economia processual e possibilidade de grave lesão dos interesses do credor forçá-lo à propositura de nova acção executiva” ou que, no dizer de Paula Costa e Silva (in “Um Desafio à Teoria Geral do Processo — Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio — Ainda um Contributo Para o Estudo da Substituição Processual, Coimbra Editora, 2009, p. 39”) “a tutela da parte estranha à transmissão não tem de ser obtida à custa de uma amputação do poder de disposição da parte processual, geradora de uma paralisação injustificada de parte do tráfego jurídico”.*

Com base neste conjunto de razões, o Tribunal da Relação do Porto julgou procedente o recurso apresentado pela requerente C, SARL, revogando a decisão proferida. De acordo com a opinião do Tribunal, não podia ter sido estipulado, pelo juiz de primeira instância, prazo para a exequente promover o incidente de habilitação, já que o mesmo reveste carácter facultativo, fazendo desde logo constar do respetivo despacho que a falta de dedução do incidente no prazo fixado levaria sem mais à extinção da instância executiva, por força da ilegitimidade ativa superveniente da exequente. Para além da natureza facultativa deste incidente, salienta ainda o Tribunal o facto de o mesmo poder ser deduzido pelo cedente, cessionário ou devedor, nos termos do art. 356.º, n.º 2 CPC. Em suma, tendo a cessionária C, SARL deduzido o incidente de habilitação de cessionário, caberia ao Tribunal *a quo* apreciar os fundamentos de facto e de direito alegados pela habilitante, decidindo a final pela procedência ou pela improcedência do incidente<sup>(4)</sup>.

---

(4) É o seguinte o sumário do Acórdão (art. 663.º, n.º 7 CPC):

Ao contrário do que sucede no caso de transmissão *mortis causa*, a transmissão *inter vivos* não determina a suspensão da causa. Sendo facultativa a habilitação do adquirente, ou seja, no caso de transmissão *inter vivos* a habilitação do adquirente/cessionário reveste-se de natureza facultativa, não sendo por isso condição necessária do prosseguimento da causa. Deste modo, enquanto o incidente não for deduzido, o transmitente continua a ter legitimidade para a demanda, até ao final do pleito, sendo certo que, a dedução do incidente não susta o andamento da causa principal e da instância. Assim, nos autos não podia o Tribunal “a quo” ter estipulado um prazo para o exequente vir promover o incidente



## 2. Exposição do problema

Não se questiona, no Acórdão sob anotação, a natureza perentória do prazo, fixado pelo Tribunal *a quo*, para a abertura do incidente de habilitação do cessionário. O que se discute, isso sim, é se o Tribunal de primeira instância podia fixar um tal prazo, com a cominação de absolvição do executado da instância executiva. O Tribunal *ad quem* entende que não, aplicando para o efeito a norma do art. 263.º, n.º 1 CPC, que confere legitimidade (extraordinária) ao transmitente/cedente da coisa ou direito litigioso, no caso de ser conhecida a transmissão/cessão<sup>(5)</sup>, para prosseguir na ação como substituto processual do transmissário/cessionário<sup>(6)</sup>. O que coloca a questão de saber se esta norma se aplica à ação executiva.

Problema diferente — importa notá-lo — é o de saber se, existindo transmissão/cessão da coisa ou direito litigioso na pendência da ação executiva, é possível habilitar para a ação o adquirente/cessionário, nos termos da norma do art. 356.º CPC. É um problema que não se subsume àquele, ainda que com ele se entrecruze.

Com efeito, caso se entenda que a norma do art. 263.º, n.º 1 CPC se aplica à ação executiva, o recurso a este incidente (de habilitação) será meramente facultativo, dado o cessionário poder manter-se na ação ao coberto de uma legitimidade extraordinária. É o entendimento sufragado pelo Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão sob anotação. Pelo contrário, entendendo-se que esta norma aqui não se aplica, cessando, portanto, a legitimidade do exequente-cedente, coloca-se um ulterior problema, que é o de saber se a falta (superveniente) deste pressuposto processual pode ser sanada através do incidente de habilitação<sup>(7)</sup>.

---

de habilitação do cessionário, fazendo desde logo constar no despacho proferido, que a falta da sua dedução no prazo fixado, levaria sem mais à extinção da instância executiva por força da sua ilegitimidade activa superveniente.

<sup>(5)</sup> Salientando que o conhecimento da transmissão da coisa ou direito litigioso constitui requisito de aplicação da norma do atual art. 263.º CPC, veja-se PAULA COSTA E SILVA, *A Transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*, Coimbra Editora, 1992, p. 79, ss., e PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo, Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um Contributo para o estudo da substituição processual (uma 2.ª edição?)*, Coimbra Editora, 2009, p. 91, ss.

<sup>(6)</sup> No sentido de que estamos aqui perante um caso de substituição processual pode ver-se, por ex., LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4.ª ed., GestLegal, 2017, p. 78, nota 5A, e PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo, cit.*, p. 337, ss. Sobre a possibilidade de aplicação da figura da substituição processual à ação executiva, veja-se JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, Vol. 1.º, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1982, pp. 211-218.

<sup>(7)</sup> Tratar-se-á de uma forma atípica de sanção, já que a falta de legitimidade singular, por

A doutrina e jurisprudência maioritárias aceitam a possibilidade de recurso ao incidente do art. 356.º CPC, no caso de transmissão do crédito ou da dívida na pendência da ação executiva<sup>(8)</sup>. Também somos desta opinião, por razões de economia processual. Mas, não decorre logicamente daqui, como vimos, a aceitação de que o cedente possa atuar como substituto processual do cessionário<sup>(9)</sup>. São — já o referimos —, problemas distintos. O problema de fundo prende-se, assim, com a questão de saber se, conhecida na ação a cessão do crédito, o exequente-cedente perde a legitimidade executiva, ou se, pelo contrário, o mesmo pode agir como substituto processual do cessionário (art. 263.º, n.º 1 CPC). É disto que se ocupa o presente artigo.

### 3. Da legitimidade na ação executiva e da sucessão no direito (antes da propositura da ação executiva)

Nos termos da norma do art. 53.º, n.º 1 CPC, a execução tem de ser promovida pela pessoa que no título executivo figure como credor e deve ser instaurada contra a pessoa que no título tenha a posição de devedor<sup>(10)</sup>. A indagação a fazer, em termos de legitimidade singular executiva, resolve-

---

regra, não é sanável. Note-se que o problema não se coloca no âmbito da ação declarativa, no caso de transmissão da coisa ou direito litigioso, justamente porque a norma do art. 263.º, n.º 1 CPC atribui ao transmitente/cedente legitimidade (extraordinária) para prosseguir na ação como substituto processual do transmissário/cessionário, enquanto este não for admitido a substituí-lo.

<sup>(8)</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Ação Executiva Singular*, LEX, 1998, p. 136; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva, À luz do Código de 2013*, 7.ª ed., GestLegal, 2017, p. 146; RUI PINTO, *A Ação Executiva*, AAFDL Editora, 2018, p. 283 (esta transmissão pode ter lugar mesmo depois de já estarem penhorados os bens); JOSÉ LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Editora, 1999, pp. 112-113, em anotação ao art. 56.º, na redação anterior à publicação da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, 2000, p. 111; FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 5.ª ed., Almedina, 2003, p. 57; EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Ação Executiva*, 3.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1996, p. 99; VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO e SÉRGIO REBELO, *A Ação Executiva Anotada e Comentada*, 2.ª ed., 2017, Almedina, comentário ao art. 54.º, pp. 32-33, e comentário ao art. 356.º, p. 107, ss.

<sup>(9)</sup> POR EX., VIRGÍNIO DA COSTA e SÉRGIO REBELO (*A Ação Executiva Anotada e Comentada*, cit., comentário ao art. 54.º, pp. 32-33, e comentário ao art. 356.º, p. 107, ss.) aceitam essa possibilidade, embora considerem que estamos perante um caso de falta (superveniente) de legitimidade do transmitente/cedente.

<sup>(10)</sup> ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, Vol. 1.º, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1982, pp. 218-221; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., LEX, 1997, p. 608; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Ação Executiva Singular*, cit. p. 135, ss.; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, cit., p. 143, ss.; RUI PINTO, *A Ação Executiva*, cit., p. 276, ss.; VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO e SÉRGIO REBELO, *A Ação Executiva Anotada e Comentada*, cit., comentário ao art. 53.º, p. 27, ss.

-se, assim, no confronto entre as partes e o título executivo, com apelo à literalidade do título: em certo sentido, afirma RUI PINTO, pode dizer-se que a legitimidade se apura por confronto entre o título executivo e as partes da causa<sup>(11)</sup>.

Esta regra de legitimidade carece, no entanto, de ser adaptada nos casos de sucessão<sup>(12)</sup>. Nos termos da norma do art. 54.º, n.º 1 CPC, quando tenha ocorrido sucessão, singular ou universal, na titularidade da obrigação, quer do lado ativo, quer do lado passivo, a execução deve ser promovida por ou contra os sucessores da pessoa que figura no título como credor/devedor, cabendo ao exequente, no próprio requerimento para a execução, alegar os factos constitutivos da sucessão<sup>(13)</sup>. Conforme afirma ALBERTO DOS REIS, numa referência à sucessão ativa, se a pessoa que pretende promover a execução não é a que figura como credor no título executivo, para ser parte legítima como exequente tem de demonstrar que é a legítima sucessora de quem o título designa como credor. Depois de invocar o título executivo e de individualizar a pessoa que, segundo o título, tinha a posição de credor, o exequente deverá, assim, alegar os factos tendentes a mostrar que sucedeu a essa pessoa como titular do direito de crédito<sup>(14)</sup>.

---

(11) RUI PINTO, *A Ação Executiva*, cit., p. 278; FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, cit., p. 56, ss; EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, cit., p. 95, ss.

(12) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, cit., p. 144, ss. Sobre a matéria da sucessão, pode ver-se VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO e SÉRGIO REBELO, *A Acção Executiva Anotada e Comentada*, cit., anotação ao art. 54.º, p. 30, ss.

(13) EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, cit., 3.ª ed., p. 99: “o termo «sucessão» é empregado em sentido amplo e abrange todos os modos de transmissão das obrigações previstos no art. 703.º do Código Civil, isto é, tanto *mortis causa* como entre vivos. Compreende, portanto, não só a «sucessão» assim denominada pelo Código Civil e regulada no título II, livro III, da sua parte II, mas também a subrogação e a cessão (arts. 778.º e seguintes, e 705.º e seguintes do Código Civil). Não abrange, porém, a transmissão da dívida por título singular, posto que tal transmissão só pode operar-se mediante novação, que importa a constituição duma obrigação nova, por um título também novo. Este título é que terá de dar-se à execução contra quem figure nele como devedor”. Diferente posição tem PAULA COSTA E SILVA («Acção Executiva fundada em sentença e substituição processual», in *Estudos em memória do professor doutor João de Castro Mendes*, pp. 153-173, pp. 160-162). Entende a autora que o regime do art. 56.º, n.º 1 (que equivale à do atual art. 54.º, n.º 1 CPC) não se aplica nos casos de sucessão *mortis causa*: “Seria, no entanto, estranho que o legislador tivesse previsto um regime tão simples de habilitação aplicável à sucessão *mortis causa* quando se fala da legitimidade para a execução, consistindo a habilitação motivada pela morte de uma parte na acção declarativa num verdadeiro incidente. Tendemos, assim, a considerar que no caso de falecer uma das partes na pendência ou em momento anterior à propositura da acção executiva, deverá proceder-se à habilitação dos respectivos sucessores nos termos dos arts. 371.º a 375.º do Código de Processo Civil. (...) Do exposto infere-se que a transmissão ocorrida entre a conclusão dos autos ao juiz na acção declarativa e a instauração da acção executiva implica a determinação da legitimidade, activa ou passiva, de acordo com o regime constante do art. 56.º/1 do Código de Processo Civil”.

(14) ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, cit., pp. 222-223. E o mesmo se aplica no caso

Não era assim no Código de 1876. Neste, o art. 798.º conferia exequibilidade às escrituras públicas «somente com relação às pessoas que nelas se obrigassem»<sup>(15)</sup>. No caso de sucessão no crédito ou na dívida, não podia, portanto, o sucessor habilitar-se ou ser habilitado no requerimento para a execução. Antes, o credor devia lançar mão do processo de declaração para obter sentença que depois pudesse executar<sup>(16)</sup>. Já o art. 56.º do Código de 1939, estabeleceu, para o caso de sucessão no crédito ou na dívida antes de proposta a ação executiva, uma habilitação a deduzir no requerimento inicial da execução e que, até ser julgada, suspendia os termos da execução propriamente dita<sup>(17)</sup>. Tratava-se de um caso de habilitação-legitimidade, mas que seguia os termos de uma tramitação incidental.

Como nota EURICO LOPES CARDOSO, o Código atual aboliu esse preliminar<sup>(18)</sup>. A habilitação, afirma o autor, aparece-nos agora, não como incidente do processo de execução, mas como ato inicial destinado a verificar e certificar a legitimidade do exequente. Ou seja, a lei dispensa, no caso de sucessão ocorrida antes da propositura da ação executiva, o incidente de habilitação, tendo a habilitação lugar no próprio requerimento (*habilitação-legitimidade*)<sup>(19/20)</sup>.

---

de sucessão do lado passivo da relação jurídica: o exequente terá de demonstrar que o executado sucedeu à pessoa que no título figura como devedor.

<sup>(15)</sup> ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, cit., pp. 221-231; EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, cit., pp. 99-100.

<sup>(16)</sup> ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, cit., pp. 221-231, em particular, p. 222 (“Daí que, então, alguns consideravam tais escrituras absolutamente inexequíveis com relação aos sucessores das ditas pessoas, enquanto outros admitiam a execução movida por ou contra sucessores, sob condição de que estes fossem previamente habilitados, predominando a opinião de que a habilitação devia fazer-se em acção ordinária, visto não haver processo próprio para ela e não ser aplicável o de habilitação incidental”); EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, cit., pp. 99-100.

<sup>(17)</sup> EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, cit., pp. 99-100. Veja-se, para maiores desenvolvimentos, ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, cit., pp. 221-231. O autor entende tratar-se de um caso atípico de habilitação-legitimidade, dado o facto de a lei remeter para a tramitação do regime da legitimidade incidente, com suspensão da instância.

<sup>(18)</sup> EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, cit., pp. 99-100.

<sup>(19)</sup> LEBRE DE FREITAS, *Ação executiva*, cit., pp. 144-145, e nota 4: “Mas tal não dispensa o exequente de, liminarmente, provar, como nele faria, os factos constitutivos que alega. Outros autores entendem que não é necessário fazer prova destes factos, bastando a sua alegação. O executado pode, no entanto, pôr em causa que tenha ocorrido a sucessão, através da oposição à execução”. “Outra é a posição de EURICO LOPES CARDOSO, *Manual*, p. 117, perfilhada por FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso*, cit., n.º 11 (p. 76): a prova dos fundamentos da sucessão só é necessária no caso de o executado embargar com fundamento na sua ilegitimidade”. EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, cit., pp. 99-100: “O exequente continua a ter que alegar no requerimento inicial a dita sucessão, sempre que a haja, como tem que alegar todas as outras condições da sua legitimidade ou da do executado (...). Não tem que oferecer logo prova deles, embora seja lícito apresentá-la, quando meramente documental”.

<sup>(20)</sup> Como vimos supra (cf. nota 21), já anteriormente ALBERTO DOS REIS entendia tratar-se de

A sucessão no direito ou na obrigação pode ter lugar entre o momento da formação do título executivo e o momento da propositura da ação executiva — tratando-se de título extrajudicial —, mas também ter lugar na pendência da ação declarativa, antes, portanto, da formação do título (neste caso, uma sentença condenatória), uma vez que a sucessão entre vivos no direito litigioso pode não dar lugar à habilitação do adquirente na pendência da instância, nos termos do art. 365.º CPC<sup>(21)</sup>. Ora, não sendo habilitado o cessionário/transmissário, continuando o transmitente na ação ao abrigo da legitimidade extraordinária conferida pela norma do art. 263.º, n.º 1 CPC, coloca-se a questão de saber quem, neste caso, se encontra legitimado para desencadear a fase executiva do respetivo processo (*fase de execução de sentença*)(<sup>22</sup>).

---

um caso atípico de habilitação-legitimidade, porque sujeita ao regime da habilitação incidente. Agora a solução é outra. Conforme refere EURICO LOPES CARDOSO, (*Manual da Acção Executiva, cit.*, pp. 99-100): “Agora, na acção executiva, o problema da legitimidade resultante de sucessão no crédito ou na dívida é discutido e dirimido por forma semelhante àquela pela qual se discute e dirime na acção declarativa”.

(<sup>21</sup>) LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva, cit.*, p. 144.

(<sup>22</sup>) Note-se que se, pelo contrário, a sucessão ocorreu na pendência da ação declarativa, mas teve lugar a habilitação do transmissário/cessionário (ou seja, se foi deduzido e julgado procedente o incidente de habilitação), então o problema não se coloca: operou-se uma modificação subjetiva na instância, tendo o sucessor sido colocado no lugar do autor ou réu originários. Conforme afirma PAULA COSTA E SILVA (PAULA COSTA E SILVA, «Acção Executiva fundada em sentença e substituição processual», *cit.*, pp. 153-173, p. 157), a sentença proferida na ação declarativa foi-o, neste caso, indubitavelmente em nome do transmissário, titular da relação material controvertida (art. 53.º, n.º 1 CPC). Já no caso de ter existido habilitação do transmissário/cessionário na pendência da ação declarativa — nota a mesma autora — usava a doutrina entender que a legitimidade do transmissário/cessionário para intentar, ou para contra si ser intentada ação executiva, decorria da aplicação da norma do (atual) art. 55.º CPC (*exequibilidade da sentença contra terceiros*), já nos termos do (atual) art. 263.º, n.º 3 CPC, e sem prejuízo da exceção nele prevista, a sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo (assim, ANSELMO CASTRO, *A acção executiva singular, comum e especial*, Coimbra, 1970, p. 73, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.º ed., LEX, 1997, p. 605. Era esta também a posição de LEBRE DE FREITAS, [*A acção Executiva*, Coimbra, 1993, pp. 74-75], mas a posição do autor alterou-se [veja-se a atual edição desta obra, pp. 144-145]). Seria um caso em que a execução pode correr não apenas contra o devedor, mas também contra as pessoas atingidas pelo caso julgado, que sobreveio da fase declarativa (PAULA COSTA E SILVA, «Acção Executiva fundada em sentença e substituição processual», *cit.*, p. 157). Outra solução — aquela atualmente adotada, entre outros, por LEBRE DE FREITAS —, consiste em aplicar diretamente a norma do art. 54.º, n.º 1, CPC. Conforme afirma o autor: “Esta extensão da eficácia subjetiva passiva do título executiva, de caráter, também ela, excepcional, não abrange, por já ser abrangido pela norma do art. 54.º-1, o caso de transmissão da situação jurídica do réu, por ato entre vivos, sem subsequente intervenção do adquirente no processo, em que há caso julgado perante o adquirente, desde que a transmissão seja posterior à propositura da ação ou, estando sujeita a registo, seja registada depois do registo da ação (art. 263.º-3)”. “Quer porque a habilitação não seja requerida, quer porque, na falta de acordo das partes, o juiz não admita a substituição, quer ainda porque, requerida ela pelo cedente a admitida, o adquirente não intervenha no processo. Encontramo-nos perante uma situação de substituição processual. Nas três primeiras edições desta obra, aceitei, na sequência do que a doutrina usava entender (por todos: ARTUR ANSELMO DE CASTRO,

Segundo PAULA COSTA E SILVA, a norma do (atual) art. 263.º, n.º 1 CPC não tem aplicação nos casos em que a transmissão ocorra em momento posterior ao encerramento da discussão em ação declarativa<sup>(23)</sup>. Decorreria, então daquele preceito — afirma a autora — uma perpetuação da legitimidade do transmitente para uma eventual fase executiva. Ora, tal entendimento é rejeitado pela lei portuguesa, resultando, pelo contrário, do (atual) art. 54.º, n.º 1 CPC que, tendo havido sucessão no direito ou na obrigação, a execução deverá correr entre os sucessores das pessoas que figuram no título como credor ou devedor. Os antecessores são partes ilegítimas na ação<sup>(24)</sup>. O mesmo aspeto é sublinhado por TEIXEIRA DE SOUSA<sup>(25)</sup>. O cessionário que foi substituído na ação declarativa, afirma o autor, é o único legitimado para propor a ação executiva, não podendo a substituição processual manter-se na ação executiva. Ou seja, tendo o transmitente/cedente permanecido como parte (formal) na ação declarativa (art. 263.º, n.º 1 CPC), a legitimidade extraordinária que lhe é conferida por esta norma não se mantém numa eventual fase executiva. A substituição processual não pode continuar nesta fase. É ponto assente na doutrina portuguesa.

Conforme afirmam, por sua vez, LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO<sup>(26)</sup>, tendo havido sucessão, entre vivos ou *mortis causa*, na titularidade da obrigação exequenda, entre o momento da formação do título e o da propositura da ação executiva, seja do lado ativo, seja do lado passivo, devem tomar, desde logo, a posição de parte, como exequentes ou como

---

*A ação executiva, cit.*, p. 77), que a situação integrava o atual art. 55.º, defendendo, para a transmissão da situação jurídica do autor, a aplicação analógica do atual art. 54.º-1. Sou hoje da opinião (...) de que o art. 54.º-1 se aplica diretamente às situações jurídicas de transmissão das posições jurídicas do autor e réu no decorrer da instância declarativa, pelo que a segunda não é abrangida pelo art. 55.º” (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva, cit.*, p. 152 e nota 20). Outro ainda é o entendimento de PAULA COSTA E SILVA (PAULA COSTA E SILVA, «Acção Executiva fundada em sentença e substituição processual», *cit.*, p. 157, ss.). Segundo a autora, a determinação da legitimidade ativa ou passiva para uma execução fundada em sentença proferida em ação declarativa, durante a qual foi transmitido o objeto do litígio, sem que se procedesse a uma habilitação do transmissário, não constitui uma exceção ao regime previsto no atual art. 53.º, n.º 1 CPC. Neste caso, porque a relação material é subjetivamente delimitada pela pessoa do transmissário, é em seu nome que o tribunal conhece do pedido. Desta forma, e dado que a decisão conhece do fundo da causa em nome do adquirente, é ele quem figura no título como credor ou devedor. Deve notar-se, no entanto, que, segundo a autora, o conhecimento da transmissão da coisa ou direito litigioso deve conduzir sempre a uma modificação dos elementos objetivos da ação, pedido e causa de pedir (PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo, cit.*, p. 201, ss).

<sup>(23)</sup> PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo, cit.*, pp. 73-74.

<sup>(24)</sup> *Ibidem*.

<sup>(25)</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva Singular, cit.*, p. 137.

<sup>(26)</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, cit.*, pp. 112-113, em anotação ao art. 56.º, na redação anterior à publicação da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

executados, os sucessores das pessoas que figuram no título como credores ou devedores (art. 54.º, n.º 1 CPC). Este enunciado já comporta uma especialidade da ação executiva no que respeita ao caso da transmissão por ato entre vivos do direito litigioso: enquanto na ação declarativa o transmitente continua a ter legitimidade para a causa enquanto não for admitido a substituí-lo (atual art. 263.º, n.º 1 CPC), na ação executiva apenas este tem legitimidade para litigar<sup>(27)</sup>.

O problema que aqui nos ocupa prende-se, no entanto, com os casos de cessão na pendência da ação executiva. Ou seja: é ponto assente que a legitimidade (extraordinária) do transmitente/cedente, nascida na ação declarativa, nos termos do art. 263.º, n.º 1 CPC, não se conserva numa eventual fase executiva. *Quid iuris*, no entanto, no caso de a cessão ocorrer na pendência da ação executiva? Para dar resposta a esta questão, olhe-mos, em primeiro lugar, para a norma do art. 263.º, n.º 1 CPC, procurando perceber, em particular, qual a razão de ser da mesma.

#### 4. Norma do artigo 263.º, n.º 1 CPC

Resulta da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC que, ao contrário do que sucede nos casos de sucessão *mortis causa*, ocorrendo sucessão *inter vivos* da coisa ou direito litigioso, a instância não se suspende, continuando o transmitente a ter legitimidade para a causa enquanto o adquirente não for, por meio de habilitação, admitido a substituí-lo. O nosso ordenamento jurídico adota, assim, um *sistema de relevância da transmissão da coisa ou direito em litígio*<sup>(28)</sup>. O sistema contrário, nota PAULA COSTA E SILVA,

---

(27) Compreende-se porquê. Com efeito, “no caso de transmissão do direito na pendência da ação declarativa sem subsequente habilitação do adquirente, a manutenção da legitimidade do transmitente encontra justificação na proteção da parte contrária contra a excessiva dilação da ação em curso em consequência da dificuldade de fazer nela intervir o adquirente, máxime quando a transmissão do direito ocorra já na iminência de uma decisão favorável (atual art. 263.º n.º 2 CPC). E a formação de caso julgado quanto ao adquirente (atual art. 263.º, n.º 3 CPC) constitui obstáculo à eventualidade de nova ação declarativa instaurada por este, ou à necessidade de o autor vir a propor contra ele nova ação declarativa. Mas na ação executiva, que visa a reparação material coativa do direito do credor/exequente, postulando por isso o emprego, efetivo ou potencial, da força, é necessário garantir, no caso de sucessão na parte ativa da obrigação, a vontade do credor atual de recorrer aos dispositivos coercitivos e, no caso de sucessão da parte passiva, a eficácia dessas medidas, pois, sendo o devedor o adquirente, apenas os seus bens estão sujeitos à execução (arts. 601.º e 821.º CC)” (*ibidem*).

(28) PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit.

amputando o poder de disposição, conduziria a uma paralisação de parte significativa do tráfego jurídico, sendo, por isso, de excluir<sup>(29)</sup>. Mas, embora a transmissão seja relevante, podendo originar uma modificação subjetiva da instância<sup>(30)</sup>, o transmitente/cedente mantém legitimidade para prosseguir a ação. Mediante a verificação (cumulativa) dos pressupostos de aplicação da norma<sup>(31)</sup>, resulta, assim, da sua aplicação que o processo não será suspenso, agindo o transmitente/cedente como substituto processual do transmissário/cessionário, que fica diretamente vinculado ao caso julgado (art. 263.º, n.º 3 CPC)<sup>(32)</sup>.

Não ocorrendo a habilitação do transmissário/cessionário<sup>(33)</sup>, o transmitente/cedente continua a ser o *dominus litis*, detendo na íntegra a qualidade de parte processual<sup>(34)</sup>, embora se trate de uma parte meramente formal. Com efeito, o transmitente deixa de ser titular da relação material controvertida, perdendo a legitimidade direta na ação em curso<sup>(35)</sup>. O mesmo passa assim a agir ao abrigo de uma legitimidade extraordinária, como substituto processual do transmissário/cessionário. Ou seja, sendo a

---

<sup>(29)</sup> PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., p. 39: “a proibição de transmissão de direitos ou coisas em litígio cria graves entraves ao comércio jurídico, que não se justificam com a mera necessidade de proteção aos interesses da parte estranha à transmissão. Seja qual for a escolha do legislador relativa ao grau de interferência das alterações da relação material sobre a relação adjetiva, a proteção da parte estranha à transmissão é passível de ser obtida através de mecanismos puramente processuais. Tal proteção é, não apenas suficiente, mas mais consentânea com os interesses em conflito em situações como esta do que a tutela da parte estranha à transmissão à custa de uma amputação do poder de disposição, geradora de uma paralisação de parte significativa do tráfego jurídico”.

<sup>(30)</sup> E originando, no entendimento da autora, uma modificação dos elementos objetivos da ação. Na verdade — nota —, o facto de o art. 263.º CPC acolher a teoria da relevância não decorre apenas do facto de o transmissário ou cessionário poder habilitar-se ou ser habilitado na ação em curso, mas também da ocorrência de modificações objetivas na instância (PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., pp. 98-99). Nas palavras da autora: “Ora, se a concepção de legitimidade extraordinária depende, desde logo, do conhecimento da transmissão, a vinculação do transmissário ao caso julgado pressupõe que se tenha litigado por um direito que lhe pertence, pois que lhe foi transferido na pendência da acção. Assim, a vinculação do transmissário aos efeitos da sentença, prevista no art. 263.º, n.º 3, pressupõe que o objecto da acção tenha deixado de ser constituído pelo direito do transmitente, para passar a ser integrado pelo direito do transmissário”.

<sup>(31)</sup> São quatro os pressupostos de aplicação do art. 263.º CPC: a pendência de uma ação; a existência de uma coisa ou de um direito litigioso; a transmissão da coisa ou direito litigioso na pendência da ação por ato entre vivos; o conhecimento da transmissão durante a ação (PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., pp. 69-70).

<sup>(32)</sup> *Ibidem*, pp. 69-70.

<sup>(33)</sup> Por não ser requerida, ou por ser julgada improcedente.

<sup>(34)</sup> PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., p. 60.

<sup>(35)</sup> PAULA COSTA E SILVA, *A Transmissão da coisa ou direito em litígio, Contributo para o estudo da substituição processual*, cit., p. 133. Sobre o conceito de legitimidade direta, pode ver-se PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., p. 41, nota 27.



legitimidade para a ação declarativa determinada nos termos da norma do art. 30.º, n.º 3 (*titularidade da relação material controvertida, nos termos da configuração da mesma feita pelo autor*), o transmitente/cedente, deixando de ser parte (material) desta relação, deixaria de ter legitimidade para a ação, verificando-se a falta superveniente de um pressuposto processual<sup>(36)</sup>.

Por que razão, então, a lei atribui ao transmitente/cedente esta legitimidade extraordinária?

Conforme nota PAULA COSTA E SILVA, o regime do art. 263.º, n.º 1 CPC resulta, por um lado, da finalidade de não paralisação do tráfego jurídico e, por outro, da necessidade de proteção da parte estranha à transmissão. Note-se, no entanto, que a primeira finalidade poderia ser prosseguida sem atribuição de legitimidade extraordinária ao transmissário/cessionário: sendo relevante a transmissão, a instância poderia ser suspensa, e, no caso de não ser promovida a habilitação daquele, ou de a mesma ser julgada improcedente, o réu seria absolvido da instância. A solução em causa, através da atribuição de legitimidade ao transmissário/cessionário, prende-se assim, fundamentalmente, com a necessidade de proteger a parte estranha à transmissão dos resultados negativos decorrentes da perda de legitimidade processual por parte do transmitente<sup>(37)</sup>. Apesar de outros interesses estarem presentes, em particular razões de economia processual, é esta, segundo a doutrina, a principal razão de ser da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC.

Na verdade, ao transmitir a coisa ou direito em litígio, o transmitente deixaria de ser o alegado titular da relação material controvertida, passando a ser uma parte processual ilegítima. Verificada a falta do pressuposto processual, o tribunal absolveria o réu da instância, sendo necessário que o transmissário propusesse uma nova ação, com conteúdo idêntico ao da primeira, a fim de ver satisfeito o seu direito. A maior desvantagem sofrida pela parte estranha à transmissão traduzir-se-ia assim na perda dos resultados dos atos processuais até então praticados e na necessidade da sua repetição. Desvantagem, esta, que se torna ainda mais patente se pen-

---

(36) Conforme afirma PAULA COSTA E SILVA, “resulta, assim, da norma do atual art. 263.º CPC (conjugado com o atual art. 356.º CPC) uma figura muito peculiar. Na verdade, apesar de ocorrer uma transferência na titularidade ou disponibilidade do objeto do litígio, a instância não se extingue, por ilegitimidade superveniente, nem se suspende até à substituição de partes principais na ação. Antes se atribui uma legitimidade extraordinária ao transmitente a fim de este continuar a litigar por uma relação jurídica substantiva, na qual já não é parte” (PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., p. 106. Ver, no mesmo sentido, pp. 143-144, p. 185, ponto 141).

(37) PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., pp. 92-94. Quanto às demais funções da norma veja-se *ob. cit.*, 106-107, 108, ss., 110, ss., 191-193.

sarmos que a transmissão pode ocorrer para invalidar um processo, que se mostra favorável à parte estranha à transmissão. Com efeito, ao perceber que a ação decorria de um modo que lhe era desfavorável, a parte poderia transmitir a coisa ou direito em litígio, a fim de conseguir uma decisão absolutória formal<sup>(38)</sup>. A proteção da parte estranha à transmissão, ocorrendo esta do lado ativo da relação processual, ocorre, assim, através da atribuição de legitimidade ao transmitente para prosseguir a ação, protegendo-se o réu da eventualidade de ver intentadas contra si diversas ações<sup>(39/40)</sup>.

Vista a razão de ser da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC, cabe agora olhar, com brevidade, para o regime jurídico da cessão de créditos, para depois nos pronunciarmos sobre o problema em análise, ou seja, sobre a questão de saber se, sendo o crédito exequendo transmitido pelo exequente na pendência da ação executiva, o executado pode, nos termos desta norma, permanecer na ação, agindo, em nome próprio, como substituto processual do cessionário. Assim.

## 5. Do regime jurídico da cessão de créditos

A cessão de créditos, regulada nos arts. 577.º e ss. do Código Civil (CC), consiste numa forma de transmissão singular do crédito, que se opera por virtude de um negócio jurídico causal, normalmente um contrato celebrado entre o credor e um terceiro<sup>(41)</sup>. Verifica-se, assim, uma suces-

---

<sup>(38)</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>(39)</sup> *Ibidem*, p. 49, nota 52. No mesmo sentido, LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, cit., pp. 144-145.

<sup>(40)</sup> Se virmos bem, o desiderato de proteção da parte estranha à transmissão não implica necessariamente a atribuição de legitimidade extraordinária ao transmitente/cedente. Mesmo no caso de esta legitimidade não lhe ser atribuída, poderia essa proteção ser obtida através da aplicação de um regime semelhante ao da sucessão *mortis causa*, ou seja, a suspensão da instância, e a possibilidade de habilitação do transmissário/cessionário. Essa proteção existia, na medida em que essa parte se encontra legitimidade a requerer a habilitação, a qual não pode ser recusada no caso de a mesma com ela concordar.

<sup>(41)</sup> LUÍS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 285, 291. Sobre o tema, para além desta obra, veja-se: ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Cessão de créditos ou de outros direitos”, in *BMJ* n.º especial 1955; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão de posição contratual*, reimp., Coimbra, Almedina, 1982, pp. 225 a 269; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Os contratos de cessão financeira (Factoring)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 272 a 323; *Idem*, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência — Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 367 a 541; TIAGO AZEVEDO RAMALHO, in *Código Civil Anotado*, Ana Prata (Coord.), Almedina, 2017, anotação aos arts. 577.º, ss., pp. 737, ss.

são do lado ativo da relação obrigacional, adquirindo o cessionário o direito, tal como este existia na esfera jurídica do cedente, ou seja, com a mesma “identidade objetiva”(42). Realçaremos agora alguns aspetos do regime da cessão de crédito, que podem ser relevantes do ponto de vista do presente estudo.

Para a cessão de créditos não se exige o consentimento do devedor, nem ele tem de prestar qualquer colaboração para que esta venha a ocorrer (art. 577.º CC): conforme afirma MENEZES LEITÃO, o crédito é uma situação jurídica suscetível de transmissão negocial, sem que o devedor tenha de outorgar ou por alguma forma colaborar no negócio transmissivo(43). Estando em causa obrigações contratuais, a alteração da pessoa do credor constitui uma alteração unilateral dos termos contratuais, a qual, em princípio, estaria vedada pela regra *pacta sunt servanda* (art. 406.º CC)(44). Existe, assim, na cessão de créditos uma restrição da liberdade contratual do devedor. Para ser admitida esta ingerência na liberdade contratual, necessária perante a configuração do crédito como um bem suscetível de transmissão, há que compensar a situação do devedor através da concessão de uma especial proteção(45). O regime jurídico da cessão de créditos apresenta-se assim como uma simbiose destas duas vertentes(46).

A cessão de crédito, sublinha, por sua vez, PESTANA DE VASCONCELOS, dado o seu específico objeto, põe em contacto as esferas jurídicas do cedente, cessionário e devedor, justificando uma autónoma disciplina positiva. Um dos princípios que atravessa todo o regime estabelecido para o instituto em causa diz respeito à proteção da posição do devedor cedido (arts. 583.º, n.º 2, e 585.º CC)(47), cuja posição não deve poder piorar ou agravar-se, em virtude da transferência do crédito(48). Este princípio, afirma o autor, constitui a espinha dorsal do regime da cessão de créditos.

Ao contrário da cessão do contrato, para a qual é necessário o consentimento do outro contraente (art. 424.º CC), a transferência do crédito dispensa, portanto, o assentimento do devedor cedido(49). Em relação às par-

---

(42) L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, cit., pp. 485-486.

(43) LUÍS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., pp. 286-287; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, cit., pp. 386-390.

(44) LUÍS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., pp. 286-287.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*.

(47) L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, cit., p. 378.

(48) *Ibidem*, p. 433.

(49) *Ibidem*, pp. 386-390.

tes, a cessão tem como efeito principal a transmissão do crédito para o cessionário, efeito este que ocorre apenas por efeito do contrato (art. 578.º CC)<sup>(50)</sup>. O cessionário torna-se o novo titular do crédito (art. 577.º CC), sendo consequentemente quem tem a faculdade de exigir a prestação ao devedor, ocorrendo simultaneamente a transmissão para o cessionário de pelo menos uma parte da posição contratual, ainda que outra parte se mantenha na esfera do cedente<sup>(51)</sup>. Contudo, é da maior relevância que o devedor tenha conhecimento da alteração do seu credor<sup>(52)</sup>.

Na verdade, a transmissão do crédito não é imediatamente oponível ao devedor, uma vez que a lei dispõe que a cessão só produz os seus efeitos em relação a este após a sua notificação, aceitação (art. 583.º, n.º 1 CC) ou conhecimento (art. 583.º, n.º 2 CC)<sup>(53)</sup>. Verifica-se, pois, conforme nota MENEZES LEITÃO, uma diferenciação temporal na eficácia da cessão de créditos — que, em relação às partes, opera no momento da celebração do contrato, mas em relação ao devedor só ocorre em momento posterior, quando o devedor é notificado da cessão, ainda que extrajudicialmente, a aceita, ou dela tem conhecimento<sup>(54)</sup>.

No que diz respeito ao pagamento feito pelo devedor ao cedente, ou à celebração com este de negócio relativo ao crédito, em data posterior à da cessão, há, desta feita, que fazer uma distinção. Se o devedor, antes da notificação ou aceitação, por ignorar a cessão de créditos, pagar ao cedente ou celebrar com ele algum negócio relativo ao crédito, quer o pagamento, quer o negócio têm efeitos sobre o crédito, podendo inclusivamente produzir a sua extinção — e esses efeitos são oponíveis ao cessionário<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> *Ibidem*. Sobre o ponto, discutindo se a cessão produz efeitos imediatos entre cedente e cessionário, e dando conta da posição de MANCINI, que entende que não, contra a posição doutrinal italiana maioritária, veja-se L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, cit., p. 390, ss. O autor conclui: “não nos oferece qualquer dúvida que o crédito se transfere por mero efeito do negócio jurídico celebrado entre cedente e cessionário, produzindo efeitos tanto *inter partes* como face a terceiros, com exceção do devedor cedido (antes da notificação, aceitação ou conhecimento) e do terceiro adquirente do mesmo crédito (antes da notificação ou aceitação)” (*ob. cit.*, p. 395). Veja-se também, particularmente, sobre a questão de saber se a cessão produz de imediato não apenas efeitos entre as partes mas igualmente perante o devedor cedido, como defende uma parte importante da doutrina italiana, mas considerando que não, veja-se *ob. cit.*, p. 399, ss. (defende o autor que o negócio é ineficaz face ao devedor antes da notificação ou conhecimento, como forma de o proteger, estando-se assim perante um negócio com eficácia relativa).

<sup>(51)</sup> LUÍS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., p. 314, ss.

<sup>(52)</sup> Veja-se sobre este ponto, L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, cit., pp. 386-390.

<sup>(53)</sup> TIAGO AZEVEDO RAMALHO, TIAGO AZEVEDO RAMALHO, in *Código Civil Anotado*, cit., p. 749.

<sup>(54)</sup> LUÍS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., p. 316.

<sup>(55)</sup> LUÍS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., p. 359, ss., e pp. 364-365.

A oponibilidade do pagamento ao cessionário só não se verificará se ele demonstrar que o devedor tinha conhecimento da cessão (art. 583.º, n.º 2 CC)<sup>(56)</sup>. A posição do cessionário que veja o seu direito afetado pelo pagamento ou outro negócio celebrado com o cedente, antes da notificação ou aceitação, resume-se à possibilidade de instaurar uma ação de enriquecimento sem causa contra o cedente<sup>(57)</sup>, ou pedir uma indemnização ao abrigo do regime da responsabilidade delitual<sup>(58)</sup>, ou da responsabilidade contratual<sup>(59)</sup>. É por isso do interesse do cessionário fazer a notificação ao devedor. Em suma, o regime da cessão de créditos prevê, para proteção do devedor, a atribuição de valor liberatório ao cumprimento realizado ao cedente ou o reconhecimento da eficácia de atos modificativos ou extintivos do crédito praticados antes do momento da eficácia da cessão perante o credor<sup>(60)</sup>.

No entanto, depois da notificação da cessão ao devedor, ou da sua aceitação<sup>(61)</sup>, o pagamento ao cedente não tem valor liberatório em relação ao cessionário<sup>(62)</sup>. A partir do momento da notificação ou aceitação, o devedor só pode exonerar-se realizando a prestação ao cessionário. Se houver pagamento ou for praticado outro ato destinado à extinção da obrigação que beneficie o cedente, o devedor só poderá obter reparação ao abrigo do instituto do enriquecimento sem causa. Em suma, a partir do

---

<sup>(56)</sup> *Ibidem*. “A razão para esta última restrição reside na má fé do devedor que, sabendo que ocorreu a cessão, decide pagar ao cedente ou celebrar com ele qualquer negócio relativo ao crédito. A alegação desse conhecimento por parte do cessionário equivale assim a uma *exceptio doli*. É, por isso, necessário que tenha ocorrido um conhecimento efectivo, não bastando o desconhecimento por negligência. Verificando-se, no entanto, esse conhecimento, ele impedirá o devedor de efectuar o pagamento ou celebrar qualquer negócio jurídico com o cedente, mas não se pode considerar que ele tenha o mesmo efeito que a notificação, uma vez que a esta só é equiparada a aceitação pelo devedor” (*ibidem*).

<sup>(57)</sup> *Ibidem*. Neste caso, tratar-se-ia de um enriquecimento por intervenção através da disposição eficaz de um direito alheio.

<sup>(58)</sup> LUIS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., p. 365, nota 215: “Entre nós, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, pp. 320-321 considera estar-se aqui ou perante um caso de enriquecimento por prestação (art. 476.º, n.º 2) ou perante um caso de responsabilidade civil delitual por disposição ilícita de direito alheio (art. 483.º)”.

<sup>(59)</sup> *Ibidem*. Já para L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS [*Os contratos de cessão financeira (Factoring)*], cit., p. 295 e nota 734, “nesta circunstância o cedente viola, ao aceitar o pagamento, a garantia de exigibilidade do crédito (art. 587.º) e o dever de notificar o devedor, pelo que deverá ficar sujeito antes à responsabilidade contratual”.

<sup>(60)</sup> TIAGO AZEVEDO RAMALHO, in *Código Civil Anotado*, cit., p. 750, ponto 8.

<sup>(61)</sup> Diferente é o regime do conhecimento, cf. *supra*, nota 39.

<sup>(62)</sup> Para o tratamento a dar aos casos em que, tendo existido pagamento ao cedente, o negócio de cessão de créditos seja ineficaz por qualquer causa, veja-se TIAGO AZEVEDO RAMALHO, in *Código Civil Anotado*, cit., pp. 751-752, ponto 10.

momento em que a cessão seja comunicada ao devedor ou este a aceitou, o pagamento ao cedente, bem como a celebração com este de qualquer negócio relativo ao crédito, é inoponível ao cessionário<sup>(63)</sup>.

## 6. Transmissão na pendência da ação executiva: aplicação da norma do artigo 263.º, n.º 1 CPC?

Tendo ocorrido a cessão do crédito na pendência da ação executiva<sup>(64)</sup>, e tendo a mesma sido notificada ou conhecida do devedor, verifica-se uma perda de legitimidade do exequente-cedente<sup>(65)</sup>, ou, pelo contrário, pode o mesmo permanecer na ação executiva como substituto processual do cessionário (art. 263.º, n.º 1 CPC)<sup>(66)</sup>, sendo facultativa a habilitação deste último?

Pode encontrar-se um argumento para a aplicação da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC à ação executiva no facto de a mesma se encontrar, sistematicamente, integrada no Livro II, consagrado ao Processo, entre as disposições gerais (Título II) relativas à instância<sup>(67)</sup>. Integrando-se nas disposições gerais aplicáveis a todo o processo, poderia, assim, decorrer, de uma interpretação sistemática, que a norma abrange as transmissões ocorridas na pendência de qualquer ação, quer esta seja declarativa, quer seja executiva<sup>(68)</sup>. Porém, há que ir para além do elemento sistemático, até por existirem outras matérias, também inseridas na parte geral, como é o caso dos incidentes da instância, que não se aplicam à ação executiva<sup>(69)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO e SÉRGIO REBELO, *A Ação Executiva Anotada e Comentada*, cit., pp. 32-33 (e nota 19).

<sup>(64)</sup> Sobre a admissibilidade de transmissão do direito litigioso na pendência da ação executiva, sendo tais transmissões válidas e eficazes (salvo, claro, nos casos em que o direito material sanciona tais negócios translativos com a invalidade ou com a ineficácia), veja-se PAULA COSTA E SILVA, “Acção executiva fundada em sentença e substituição processual”, cit., pp. 162-166.

<sup>(65)</sup> Nesse sentido, VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO e SÉRGIO REBELO, *A Ação Executiva Anotada e Comentada*, cit., pp. 32-33 (e nota 19): “nesta hipótese, se a cessão foi comunicada ao devedor ou esta a aceitou (art. 583.º CC), o exequente passou a ser parte ilegítima”.

<sup>(66)</sup> Ou pode o executado agir como substituto processual do novo devedor, no caso de sucessão no lado passivo da relação jurídica?

<sup>(67)</sup> Seguimos PAULA COSTA E SILVA, “Acção executiva fundada em sentença e substituição processual”, cit., pp. 167-168.

<sup>(68)</sup> *Ibidem*.

<sup>(69)</sup> *Ibidem*. A autora salienta que, se o Título I contém disposições gerais, ele parece ter sido gizado em vista a fase declarativa do processo. E nota em roda (nota 57): “recordem-se os incidentes de intervenção de terceiros, cuja aplicação à acção executiva não é admitida pela doutrina, na medida

Haverá, pois, que verificar se o regime contido no art. 263.º CPC é compatível com a ação executiva<sup>(70)</sup>.

PAULA COSTA E SILVA entende que sim, embora com restrições<sup>(71)</sup>. A alternativa, afirma a autora, consiste na imediata extinção da instância por ilegitimidade superveniente do transmitente (solução que a autora rejeita liminarmente), ou na aplicação à transmissão *inter vivos* do regime legal previsto para a sucessão *mortis causa*, ou seja, a suspensão da instância até à habilitação do adquirente. Esta última solução teria a grande vantagem de permitir uma coincidência entre as partes da ação e os titulares da relação material controvertida, a qual seria assegurada através do incidente de habilitação, de dedução obrigatória<sup>(72)</sup>. Mas, podem, segundo a autora, ser-lhe opostos dois argumentos: por um lado, a suspensão da instância, até ao julgamento do incidente, implica uma demora no processo, e, por outro, esta solução parte de um pressuposto errado, qual seja: o de que, ao contrário do que acontece no caso de morte de uma parte na pendência da ação — em que haverá obrigatoriamente que suspender o processo, já que não existe qualquer suporte subjetivo que permita a prossecução da execução —, isso não se verifica no caso de transmissão ou de sucessão *inter vivos*. Neste caso, o transmitente continua a ter existência física, sendo-lhe possível assegurar o normal decorrer do processo, e a prática de atos até à eventual habilitação do transmissário<sup>(73)</sup>.

Pese embora a vantagem desta solução, dada a coincidência entre as partes da ação e os titulares da relação material controvertida, entende, portanto, a autora que a mesma deve ser evitada, se existir uma forma de proceder à habilitação do transmitente sem suspensão do processo. Tal, no entanto, só se afigura possível com a aplicação da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC à ação executiva (só nesse caso a habilitação é facultativa). Donde, o problema de fundo se mantenha: esta norma aplica-se à ação executiva? Evidentemente, o facto de existir um suporte subjetivo não per-

---

em que nesta fase processual a legitimidade tem que estar assente, decorrendo do título executivo. Assim, haverá que verificar se o regime contido no art. 271.º é compatível com a execução”. De notar que, na sistematização do atual Código, o art. 263.º CPC insere-se no Capítulo I, do Título II, do Livro II, ao passo que os incidentes da instância estão regulados no Capítulo I do Título III, do Livro II. Cremos, no entanto, que o argumento continua a ter aplicação.

<sup>(70)</sup> Claro está que o problema só se coloca se a transmissão produzir efeitos em relação à parte a ela estranha. Só nestas hipóteses haverá que adaptar a execução à nova situação substantiva (PAULA COSTA E SILVA, “Acção executiva fundada em sentença e substituição processual”, *cit.*, p. 166).

<sup>(71)</sup> PAULA COSTA E SILVA, “Acção executiva fundada em sentença e substituição processual”, *cit.*, p. 162, ss.

<sup>(72)</sup> *Ibidem*.

<sup>(73)</sup> *Ibidem*.

mite ultrapassar o problema da falta de legitimidade do transmitente/cedente, caso se entenda que a norma não se aplica aqui. Voltamos, assim, ao ponto de partida. Continuemos a seguir o pensamento da ilustre processualista, em cuja obra o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão sob anotação, se louva.

Segundo PAULA COSTA E SILVA<sup>(74)</sup>, a relutância em aplicar a norma do (atual) art. 263.º CPC à ação executiva desaparece se atendermos à diferente natureza das ações (declarativas e executivas). Com efeito, se em alguma destas ações se não deveria admitir que litigasse uma parte meramente formal, tal deveria acontecer na ação declarativa, em que tudo se discute, inclusivamente a existência ou inexistência do direito que o autor se arroga contra o réu. Ora, na ação executiva, já tudo está definido, não sendo seu escopo reabrir a apreciação da situação material definida na ação declarativa<sup>(75)</sup>. Parece viável, portanto, que, ocorrendo a transmissão da coisa ou do direito litigioso na pendência da execução, se aplique o regime contido no atual art. 263.º CPC, com as necessárias adaptações<sup>(76)</sup>.

No entanto, a possibilidade de fazer funcionar o mecanismo constante do art. 263.º CPC encontra-se, sempre segundo a autora, subjetiva e temporalmente delimitada. Com efeito, o regime do art. 263.º CPC pressupõe um total aproveitamento de atos adjetivos, traduzido como que numa fungibilidade dos sujeitos processuais<sup>(77)</sup>. Ora, na execução, só se poderá falar nesta infungibilidade de sujeitos enquanto os atos processuais se não repercutirem sobre um património em concreto. A partir do momento em que a atuação judicial atinge determinado património, este deverá permanecer imutável para que se possa falar de uma substituição processual do adquirente pelo alienante<sup>(78)</sup>. Os limites à aplicação do art. 263.º CPC

---

<sup>(74)</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>(75)</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>(76)</sup> No mesmo sentido, EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 2. ed., *cit.*, p. 100, e nota 3.

<sup>(77)</sup> PAULA COSTA E SILVA, “Acção executiva fundada em sentença e substituição processual”, *cit.*, p. 168. “O legislador parte do princípio que é indiferente, em casos de transmissão da coisa ou do direito litigioso, que se encontre a litigar o transmitente ou o transmissário. Visando a ação declarativa ultrapassar um litígio, que eclodiu entre as partes de uma relação material, é esta que constitui o objeto do processo e não os sujeitos seus titulares. A apreciação judicial recairá sobre um objeto, não sobre os sujeitos da relação controvertida”.

<sup>(78)</sup> *Ibidem*, pp. 170-171: “Do que anteriormente se afirma deverá concluir-se que só é possível aplicar o mecanismo previsto no art. 271.º à ação executiva quando a troca de patrimónios ocorrer antes de ser atingido aquele que, em dado momento, é responsável pela dívida exequenda. Na verdade, se esta troca acontece após terem-se repercutido actos da apreensão sobre determinados bens, ao mudarem os titulares da relação material controvertida, mudar-se-á o património, que responde pela dívida exequenda, inutilizando-se toda a actuação judicial, que atingiu os bens do antigo devedor.



existem, assim, se a transmissão tiver lugar do lado passivo da relação processual, ou seja, se estivermos perante uma transmissão da dívida exequenda<sup>(79)</sup>, tendo por referência, do ponto de vista temporal, a fase da penhora<sup>(80)</sup>. Ou seja, o transmitente/cedente pode agir como substituto processual do transmissário/cessionário, mas, no caso de sucessão na obrigação, dado que o património da parte sucedida não responde pela dívida exequenda, essa substituição não pode abarcar a prática de atos de execução forçada. No caso de a sucessão ter ocorrido depois desta fase (da penhora), o processo deve suspender-se até que ocorra a habilitação<sup>(81)</sup>.

Não pode deixar de notar-se as virtualidades desta construção, dado o aproveitamento, no caso de sucessão na obrigação, de todo o processado, até à prática de atos de execução forçada<sup>(82)</sup>. Mas cremos, ainda assim, poderem ser-lhe colocadas algumas objeções.

Em primeiro lugar, no que diz respeito à delimitação subjetiva do funcionamento da norma do art. 263.º. Na verdade, entendemos que, no caso de sucessão do lado ativo da relação jurídica, tão-pouco podem ser praticados atos de execução forçada, no caso de permanecer na ação um sujeito, o exequente-cedente, que não é o titular do direito à prestação<sup>(83)</sup>. Concretamente, no caso de cessão do crédito exequendo, resulta do regime de direito material, como vimos, que o pagamento feito ao cedente, após a notificação ou conhecimento da cessão, não tem valor liberatório em relação ao cessionário. Donde, não possa, do nosso ponto de vista, admitir-se o prosseguimento da execução, com a prática de atos de execução forçada, depois de ser conhecida

---

Assim, já não será viável a aplicação a estas transmissões do regime contido no art. 271.º CPC, uma vez que este pressupõe uma continuação da acção com aproveitamento de toda a actividade processual anterior”.

(79) Já no caso de transmissão do lado ativo da relação jurídica, a autora afirma: “Se a transmissão ocorrer do lado activo da relação processual e material, porque esta vicissitude nenhuma repercussão tem sobre o património responsável pela dívida exequenda, a aplicação do art. 271.º é sempre possível” (*ibidem*).

(80) “Afirmámos que este momento estará directamente relacionado com a prática de actos de apreensão de bens em determinado património, a saber, o património do devedor. Assim sendo, a fase do processo executivo que funcionará como limite à transmissão com substituição processual é a fase da penhora. É nesta fase que se atinge directamente o património do devedor/executado, pelo que, ocorrendo a transmissão em momento posterior a ela, porque se altera o património onerado com o pagamento da dívida exequenda, haverá que repetir todos os actos de apreensão de bens” (*ibidem*).

(81) *Ibidem*, p. 171.

(82) Estes não podem, evidentemente, atingir o património de um sujeito que não tem a titularidade material da relação jurídica, *i.e.*, que não é devedor.

(83) MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, p. 601: “os direitos a uma prestação (ou pretensões), são direitos à realização de uma prestação por um devedor (como, por exemplo, os direitos de crédito). No direito a uma prestação contém-se uma faculdade de exigir a prestação ao devedor e um correspondente poder de adquirir a prestação realizada”.

no processo a cessão do crédito exequendo, já que esses atos se destinam a dar reparação efetiva ao direito violado, e, neste caso, os atos de pagamento ou adjudicação de bens penhorados não satisfariam o direito do (atual) credor, em face do qual estes atos não têm valor liberatório<sup>(84)</sup>. Haveria, assim, um enriquecimento sem causa do exequente à custa do executado, não se extinguindo a dívida deste face ao cessionário. Que mais não fosse, a ação executiva teria de se suspender na fase do pagamento, o que demonstra que a habilitação, ao contrário do que a autora afirma, não é, neste caso, facultativa, e que também aqui existiriam limites à aplicação do art. 263.<sup>o</sup><sup>(85)</sup>.

Pode objetar-se que o devedor-executado tem legitimidade, nos termos da norma do art. 356.<sup>o</sup> CPC, para requerer a habilitação do cessionário. Não o fazendo, o mesmo arriscava-se a sofrer as consequências de uma ação executiva na qual figura, como parte meramente formal, o exequente-cedente. Mas este argumento não procede. Na verdade, não existe um *onus* de requerer a habilitação<sup>(86)</sup>. No caso da cessão de crédito, um dos princípios fundamentais do regime de direito material consiste, já o vimos, no não pioramento ou agravamento da situação do devedor, em virtude da cessão do crédito. Ora, a situação deste último agravar-se-ia, caso se afirmasse a existência de um *onus* de requerer a habilitação<sup>(87)</sup>. Em todo o caso, não cremos que fosse razoável, em nenhuma circunstância, admitir uma solução que permitisse ao exequente-cedente enriquecer sem causa à custa do devedor. Seria, sempre, uma consequência excessiva para a inércia deste último<sup>(88)</sup>, com prejuízo, para além do mais, para o cessionário, que pode não ter conhecimento da existência da ação executiva, vendo diminuída a garantia patrimonial do seu crédito (art. 601.<sup>o</sup> CC).

---

<sup>(84)</sup> Note-se, traçando um paralelismo com a matéria dos embargos do executado, que, no caso de o recebimento dos embargos não suspender o prosseguimento da execução, como é de regra (art. 733.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1 CPC), nem o exequente nem qualquer outro credor pode obter pagamento, na pendência dos embargos, sem prestar caução (art. 733.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4 CPC).

<sup>(85)</sup> Poderia defender-se a aplicação de um regime análogo ao do art. 733.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4 CPC, mas cremos que tal não tem razão de ser. Pelo contrário, o argumento demonstra justamente o que defendemos em texto, *i.e.*, que não é possível, no caso de ser conhecida no processo a cessão do crédito exequendo, dar satisfação do crédito ao exequente-cedente.

<sup>(86)</sup> Note-se que, se o argumento fosse correto, deveria também aplicar-se aos casos de sucessão do lado passivo da relação jurídica. Também aqui o executado — devedor sucedido — teria o *onus* de chamar o atual devedor, sob pena de sofrer as consequências da ação executiva em curso. Mas, tal *onus* não existe.

<sup>(87)</sup> Pode discutir-se, isso sim, se há um *onus* de comunicar no processo o facto da cessão, e das consequências do seu incumprimento, mas esse é um problema diferente. Veja-se, neste sentido, LUIS T. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, *cit.*, pp. 367-368.

<sup>(88)</sup> No sentido de não promover, por iniciativa sua, a habilitação do cessionário, através do desencadeamento do incidente de habilitação.

Existe ainda um outro argumento no sentido de não poder a ação executiva prosseguir, com o anterior titular do crédito no lugar de exequente. Com efeito, considerando-se ser meramente facultativa a habilitação do cessionário, em que posição o mesmo ficaria no caso de, requerendo a habilitação, a mesma ser julgada improcedente (art. 263.º, n.º 2 CPC)? Na ação declarativa, no caso de o transmitente/cedente agir em substituição processual do transmissário/cessionário, não sendo este habilitado, o caso julgado material que vier a produzir-se abrangerá diretamente a esfera jurídica deste último. Entretanto, sendo as mesmas as partes (transmitente/transmissário ou cedente/cessionário), do ponto de vista do art. 581.º, n.º 2 CPC, poderá ser invocada a exceção de litispendência, no caso de o transmissário/cessionário intentar nova ação declarativa, com base na mesma causa de pedir. E o que dizer do caso de o cessionário, não habilitado na ação executiva, pretender, com base no mesmo título executivo, e invocando a norma do art. 54.º, n.º 1 CPC, intentar nova ação executiva para obter a satisfação do seu direito? Também nesse caso poderia ser invocada contra ele a exceção de litispendência<sup>(89)</sup>. Donde, e uma vez que o cedente se encontra a litigar, na primeira ação executiva, em nome próprio, o cessionário ficasse impedido, neste caso, de cobrar o seu crédito, hipótese que o Direito não pode tolerar<sup>(90)</sup>.

Mas tem razão de ser, em geral, a aplicação da norma do art. 263.º CPC à ação executiva?

Entendemos que não, pelas seguintes razões.

PAULA COSTA E SILVA salienta que a possível crítica de a solução por si proposta implicar um desvio às regras gerais determinativas da legitimidade das partes singulares na execução, previstas nos (atuais) arts. 53.º a 55.º CPC, não se afigura procedente<sup>(91)</sup>. Com efeito, não se verificando que a transmissão da coisa ou do direito litigioso na pendência da execução deva ser proibida ou declarada ineficaz em relação ao processo, haverá que encontrar regras que regulamentem esta situação. Ora, como estas

---

<sup>(89)</sup> Sobre a noção de causa de pedir na ação executiva, veja-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 606: “No objeto da ação executiva contém-se somente a faculdade de exigir o cumprimento da prestação e o correlativo poder de aquisição dessa prestação. Este poder corresponde à *causa debendi* e, portanto, funciona como causa de pedir da ação executiva, pois os factos dos quais decorre esse poder são os mesmos que justificam a faculdade de exigir a prestação. Na ação executiva, a faculdade de exigir a prestação tem o seu correspondente no pedido do seu cumprimento (arts. 725.º, n.º 1, 859.º, 868.º, n.º 1, e 876.º, n.º 1 CPC)”.

<sup>(90)</sup> Uma possível resposta a esta crítica diz respeito à possibilidade de o art. 263.º, n.º 2 CPC não ter aplicação no caso de habilitação na pendência da ação executiva.

<sup>(91)</sup> PAULA COSTA E SILVA, “Ação executiva fundada em sentença e substituição processual”, cit., p. 169.

regras não estão seguramente contidas naqueles artigos, haverá que procurá-las na norma, cuja *fattispecie* mais se aproxima daquela que pretendemos regular. E esta norma, afirma a autora, é a do art. 263.º CPC<sup>(92)</sup>. Cremos, contudo, que o problema pode ser colocado noutros termos.

Com efeito, a norma do art. 263.º, n.º 1 CPC consagra uma legitimidade extraordinária do transmitente/cedente, constituindo um desvio à regra geral determinativa da legitimidade. Na ação declarativa, essa regra decorre do art. 30.º, n.º 3 CPC, de acordo com a qual, salvo determinação da lei em contrário, têm legitimidade para a ação, como partes principais, os titulares da relação material controvertida, tal como configurada pelo autor. A partir do momento em que a transmissão/cessão é conhecida no processo, ocorreria uma perda de legitimidade do transmitente/cedente, não fosse a aplicação daquela norma, já que o mesmo deixa de ser titular daquela relação. O mesmo passa, assim, a agir como parte meramente formal, deixando de ter legitimidade direta para a ação.

Na ação executiva, por sua vez, a legitimidade afere-se por confronto entre o título executivo e as partes da ação: têm legitimidade como exequente e executado aqueles que, no título, figuram, respetivamente, como credor e devedor. Sendo o título condição necessária e suficiente da ação executiva, a questão da *titularidade do direito*, portanto, não se coloca: parte-se do que consta do título (embora esta independência entre a relação material e a relação adjetiva não seja absoluta, voltando, pelo contrário, a tornar-se relevante em oposição à execução)<sup>(93)</sup>. No caso de sucessão no direito ou na obrigação, esta regra carece de ser adaptada, atribuindo a lei legitimidade ao sujeito que sucede na titularidade da relação jurídica<sup>(94)</sup>. Mas, a legitimidade do transmissário/cessionário deriva do facto de ter sucedido na posição daquele que, à luz do título, tem a disponibilidade material da relação jurídica.

---

<sup>(92)</sup> *Ibidem*, p. 160, nota 61. Importa recordar que, segundo a autora, a aplicação do art. 54.º, n.º 1 CPC pressupõe que a transmissão ocorra antes da propositura da ação executiva, pelo que o seu regime de dedução da habilitação no requerimento inicial é inaplicável sempre que a transmissão ocorre *pendente lite*. Neste caso, entende a autora que a legitimidade do sucessor se determina nos termos da norma do art. 53.º, n.º 1 CPC, o que é totalmente coerente com o entendimento da mesma segundo o qual, nos casos de transmissão da coisa ou direito litigioso, sem habilitação do transmissário, deve ocorrer uma modificação dos elementos objetivos do processo (pedido e causa de pedir), sendo o transmissário diretamente abrangido pelo caso julgado. Por outro lado, a autora rejeita que, em situações de transmissão da coisa litigiosa, se esteja perante uma hipótese de vinculação de terceiros ao caso julgado, pelo que o regime do art. 55.º CPC não resolveria o problema.

<sup>(93)</sup> ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, cit., p. 19.

<sup>(94)</sup> No caso de a ação ser intentada pela parte sucedida, a mesma não terá legitimidade, podendo esse aspeto ser invocado pelo executado como fundamento de oposição à execução [art. 729.º, alínea c), e 731.º CPC].

Ou seja, a presença do título executivo torna indiscutível, salvo oposição à execução, a questão da titularidade da relação material: consideram-se titulares do direito à prestação e obrigado pela mesma os sujeitos que, no título, figuram como credor e devedor. Vendo bem, trata-se de uma regra de legitimidade paralela àquela prevista, para a ação declarativa, pelo art. 30.º, n.º 3 CPC (*titularidade da relação material*). Simplesmente, na ação declarativa parte-se da configuração dada a esta relação, pelo autor, na petição inicial, ao passo que, na ação executiva, se atende àquilo que consta do título executivo<sup>(95)</sup>. É esta a regra geral, de que o art. 54.º, n.º 1 CPC constitui mera adaptação.

Por conseguinte, não cremos que deva perguntar-se se o art. 54.º, n.º 1 CPC tem aplicação no caso de transmissão *pendente lite*. Com certeza, a norma não está pensada para esta hipótese, já que a mesma regula uma situação diferente, ou seja, aquela em que a transmissão ocorre entre o momento da formação do título e o da propositura da ação executiva. Mas, repita-se, esta norma é mera adaptação da regra geral. Sendo conhecida a transmissão/cessão, o transmitente/cedente deixa de ter legitimidade à luz do título<sup>(96)</sup>, uma vez que, ao título, se acrescenta agora o facto jurídico da transmissão. Ou seja, sendo o título condição suficiente da ação executiva, torna-se indiscutido que o transmissário/cessionário, tendo sucedido àquele que no título figura como credor ou devedor<sup>(97)</sup>, é o atual credor ou devedor da obrigação exequenda, para efeitos daquela ação. Dito de outro modo: sendo a regra a da titularidade da relação material à luz do título, uma vez conhecida a transmissão, essa titularidade deixa de existir na esfera jurídica do credor ou devedor originários. Donde, a aplicação da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC constitua, sim, um desvio à regra geral atributiva de legitimidade, através da atribuição de uma legitimidade extraordinária, já que o transmitente/cedente deixou de ser titular da relação material representada no título executivo<sup>(98)</sup>.

---

<sup>(95)</sup> Na ação declarativa, desde que os sujeitos da relação processual correspondam aos sujeitos da relação material, tal como configura pelo autor, o problema da legitimidade (material) configura condição de procedibilidade da ação, e não requisito de admissibilidade processual. No caso de o tribunal apurar que as partes não são titulares da relação material controvertida, o réu deve ser absolvido do pedido, não da instância.

<sup>(96)</sup> Desde que a transmissão seja considerada, como deve ser, adjectivamente relevante.

<sup>(97)</sup> Independentemente de os mesmos serem, efetivamente, credor e devedor.

<sup>(98)</sup> A própria autora acaba por o aceitar: “O último problema que nos cumpre resolver prende-se com a determinação da influência da transmissão da dívida exequenda, que ocorra em momento posterior à nomeação de bens à penhora, sobre a execução. Com efeito, se a aplicação directa do regime previsto no art. 271.º não nos parece viável, perguntar-se-á se o processo entretanto pendente deve ser julgado extinto por ilegitimidade superveniente do devedor/executado ou se, ao invés,

Mas (volte, então, a perguntar-se), tem sentido aplicar esta norma à ação executiva?

Creemos que não, pelas seguintes razões, que se somam àquelas anteriormente invocadas. Em primeiro lugar, vimos que a razão de ser da consagração da norma do art. 263.º, n.º 1 CPC se prende, principalmente, com a necessidade de proteção da parte estranha à transmissão, dada a possibilidade de a parte contrária se servir deste expediente para obter uma decisão absolutória meramente formal (art. 620.º, n.º 1 CPC)<sup>(99)</sup>, em especial, nos casos em que antecipe uma decisão de mérito desfavorável. Para além disso, e considerando os casos de sucessão do lado ativo da relação jurídica, o réu pode ter um interesse legítimo na discussão do mérito da causa. Por outro lado, pode apontar-se como justificação daquela norma uma razão de economia processual. Ora, estas razões não se aplicam à ação executiva. Começando pelas primeiras.

No caso de transmissão no crédito, não existe um interesse do executado no prosseguimento da ação<sup>(100)</sup>. Pelo contrário, o executado estará, em princípio, interessado na extinção da ação. Note-se que, na ação executiva, o Estado se sub-roga ao devedor inadimplente, agredindo o seu património, para dar satisfação ao interesse do credor. Donde, haja interesse do executado em libertar o seu património dos efeitos da ação executiva, propriamente dita. É verdade, ainda, que o devedor corre o risco de ver intentada contra si uma nova ação executiva. Mas, este argumento, por si só, não procede. Desde logo, porque o transmissário/cessionário pode não ter interesse económico em intentar ação executiva<sup>(101)</sup>. Por outro lado, porque o devedor pode ter meios pessoais de defesa contra o transmissário/cessionário (pense-se, por ex., na possibilidade de o mesmo ser titular de um contra-crédito, podendo operar, extrajudicialmente, a compensação)<sup>(102)</sup>.

---

este deve ser apenas suspenso, procedendo-se à construção de uma solução baseada ainda nos mecanismos constantes daquela norma legal” (PAULA COSTA E SILVA, “Ação executiva fundada em sentença e substituição processual”, *cit.*, p. 171).

<sup>(99)</sup> Nada disto tem paralelo na ação executiva. É verdade, no caso de transmissão do lado passivo da relação jurídica que, não sendo aplicável a norma do art. 263.º, n.º 1 CPC, como entendemos não dever ser, a transmissão da dívida poderia ser utilizada como forma de pôr fim à execução, com prejuízo para o credor-exequente. Mas, o problema não se coloca, já que nos termos do direito material, tal transmissão carece do consentimento do credor (art. 595.º, n.º 2 CC).

<sup>(100)</sup> No caso de transmissão do lado passivo, a questão nem se coloca. Evidentemente, o devedor sucedido tem interesse na extinção da ação, ou em ser absolvido da instância.

<sup>(101)</sup> Veja-se, sobre o ponto, ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, *cit.*, pp. 53-54.

<sup>(102)</sup> Note-se, ainda, que o eventual interesse do executado no prosseguimento da ação estaria sempre assegurado, desde que se admita, como nós admitimos, o recurso ao incidente do art. 356.º

Em qualquer caso, não tem paralelo, na ação executiva, o argumento de que o réu (aqui executado) pode ter interesse na discussão de mérito, já que, na ação executiva, propriamente dita, não existe qualquer discussão de mérito. Como se disse, o título da ação executiva constitui condição necessária e suficiente. É outra, como vimos, a natureza desta ação. Vejamos agora o problema do ponto de vista do princípio da economia processual.

Caberia sempre começar por dizer que este não é um princípio absoluto do processo, existindo outros interesses que com ele podem concorrer ou sobrepor-se-lhe.

Em todo o caso, cremos que o argumento de que a solução de não suspensão da instância se afigura mais vantajosa do ponto de vista deste princípio parte de um pressuposto errado. Com efeito, cremos ter demonstrado que, em qualquer caso de transmissão/cessão na pendência da ação executiva, e não apenas nos casos de transmissão na obrigação, a instância, em algum momento, deverá, necessariamente, suspender-se<sup>(103)</sup>. Ou seja, a habilitação nunca será facultativa<sup>(104)</sup>. Ora, dito isto, nada garante que a habilitação tenha efetivamente lugar, seja porque a mesma, implicando uma modificação subjetiva da instância (art. 262.º, alínea *a*) CPC), não pode ser promovida oficiosamente pelo tribunal — dependendo, antes, da iniciativa das partes, ou do transmissário/cessionário (art. 356.º, n.º 2 CPC)<sup>(105)</sup> —, seja porque o incidente pode ser julgado improcedente (art. 263.º, n.º 2 CPC). Donde, exista o risco, no caso de a instância não ser suspensa, de serem praticados atos processuais inúteis. O argumento resultante da aplicação do princípio da economia processual pode, portanto, ser aqui utilizado em sentido contrário.

Em suma, cremos que as razões subjacentes à norma do art. 263.º CPC não se aplicam no caso de transmissão/cessão na pendência da ação executiva<sup>(106)</sup>.

---

CPC, dada a legitimidade que a lei lhe confere para requerer a habilitação do cessionário (art. 356.º, n.º 2 CPC) (cf. a advertência que fizemos, *supra*, na nota 39).

<sup>(103)</sup> No caso de transmissão do lado ativo, a execução não pode, evidentemente, realizar a sua função se não figura como parte o titular do direito à prestação. Já no caso de transmissão do lado passivo, não poderão logicamente, salvas as exceções previstas na lei, ser praticados atos de execução forçada sobre o património de um sujeito que não é o devedor.

<sup>(104)</sup> Quando muito, poderia discutir-se até que ponto a ação poderia prosseguir, sem que houvesse habilitação.

<sup>(105)</sup> Note-se que o transmissário/cessionário pode não ter conhecimento da existência da ação.

<sup>(106)</sup> É, aliás, duvidoso que o requisito de transmissão de direito ou coisa litigiosa esteja verificado no caso de transmissão do crédito ou direito exequendo, já que a existência do direito se encontra acertada no título executivo.

Por outro lado, a ideia de que o transmitente/cedente pode agir como substituto processual do transmissário/cessionário afigura-se, do nosso ponto de vista, incompatível com a função da ação executiva, propriamente dita. Com efeito, ao contrário da ação declarativa, a ação executiva não tem por fim a declaração do direito, mas a realização coativa da obrigação devida (art. 10.º, n.º 4 CPC)<sup>(107)</sup>. Como o dever de prestar que se executa está corporizado num título executivo (art. 10.º, n.º 5 CPC) — afirma TEIXEIRA DE SOUSA — a tramitação do processo executivo orienta-se primordialmente para a satisfação efetiva do direito do exequente e só admite a discussão da existência ou validade da pretensão exequenda num processo declarativo incidental da execução — os embargos do executado (atuais arts. 728.º e ss. CPC)<sup>(108)</sup>.

A função da ação executiva consiste, assim, em assegurar ao credor a efetiva satisfação do interesse patrimonial contido na prestação não cumprida<sup>(109)</sup>. Ora, a satisfação deste interesse só pode ser feita<sup>(110)</sup> na presença dos atuais credor e devedor da respetiva prestação, segundo aquilo que consta no título executivo<sup>(111)</sup>. Sendo conhecida a transmissão, esses sujeitos são aqueles que sucederam àqueles que, no título, figuram como credor e devedor. Não pode dar-se satisfação daquele interesse ao credor originário, porque ele deixou de ser titular do direito. E não pode ser dada essa satisfação à custa do património do devedor originário porque ele deixou de estar obrigado. Sendo relevante o facto da transmissão/cessão, é contraditório, do nosso ponto de vista, afirmar-se que o transmitente/cedente pode agir como substituto processual do transmissário/cessionário na ação executiva, propriamente dita<sup>(112)</sup>.

No nosso entendimento, portanto, a norma do art. 263.º CPC está pensada apenas para a ação declarativa, como, aliás, decorre do seu n.º 3. Nele se prevê que a sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, exceto no caso de a ação estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o

---

<sup>(107)</sup> Veja-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 620.

<sup>(108)</sup> *Ibidem*.

<sup>(109)</sup> *Ibidem*, pp. 606 e 620; ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, cit., 23.

<sup>(110)</sup> Sem prejuízo das exceções previstas na lei (art. 54.º, n.ºs 2 e 4 CPC).

<sup>(111)</sup> E que, como vimos, pode ser posto em causa em oposição à execução. Note-se que a procedência dos embargos do executado tem por consequência a extinção da execução, no todo ou em parte (art. 732.º, n.º 4 CPC).

<sup>(112)</sup> O problema já se põe em moldes diferentes se pensarmos na possibilidade de substituição no que diz respeito aos momentos declarativos que podem ter lugar dentro da ação executiva, como é o caso da oposição à execução, que constitui, como se sabe, uma autêntica ação declarativa que corre por apenso à ação executiva.



registro da ação. Ora, esta norma não tem aplicação na ação executiva, onde não existe qualquer julgamento de mérito. Na ação declarativa, existindo transmissão, o transmitente pode permanecer na ação, ocorrendo uma modificação dos elementos objetivos da instância (o fundamento da condenação deixa de ser o direito do autor originário, passando a ser constituído pelo título do direito do transmissário, havendo igual modificação subjetiva do pedido)<sup>(113)</sup>, e produzindo-se os efeitos do caso julgado diretamente na esfera do transmissário. A ação executiva, por sua vez, tem por objeto um direito a uma prestação, no qual se contém a faculdade de exigir o cumprimento da prestação e o correlativo poder de aquisição dessa prestação<sup>(114)</sup>. Este poder corresponde à *causa debendi* e, portanto, funciona como causa de pedir da ação executiva, pois os factos dos quais ele decorre são os mesmos que justificam a faculdade de exigir a prestação<sup>(115)</sup>. O que está em causa, repita-se, é a efetiva reparação do direito violado. Ora, tendo deixado de ser titular da relação material, o credor originário não pode figurar como parte meramente formal da ação executiva, pois o mesmo não dispõe da faculdade de exigir o cumprimento da prestação, nem do poder de adquirir essa prestação. Este poder encontra-se agora na esfera jurídica do cessionário. E o cedente não se encontra mandatado para cobrar o crédito em nome deste<sup>(116)</sup>.

---

(113) Cf. PAULA COSTA E SILVA, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo*, cit., p. 201, ss. “Seria algo incoerente — afirma a autora — sustentar que o autor que, na pendência da ação, transmite o direito de crédito litigioso a um terceiro, pudesse continuar a litigar por esse direito, enquanto direito próprio. Se da transmissão não resulta uma alteração do conteúdo da prestação, o conteúdo objetivo da sentença de condenação por esse incumprimento também não se terá modificado em virtude da transmissão. Porém, o fundamento dessa condenação deixa de ser o direito do autor originário, passando a ser constituído pelo título do direito do transmissário. Por outro lado, o autor originário não poderá exigir para si o cumprimento da obrigação, uma vez que o devedor teve conhecimento da existência da cessão. Deste modo, se da transmissão também não resulta uma alteração do conteúdo do pedido (a prestação), dela decorre uma modificação na direção subjetiva desse pedido. A pretensão deduzida na ação funda-se no direito do transmissário, pelo que o pedido deverá sofrer as consequentes adaptações. Do exposto decorre que a situação jurídica, que a sentença declara com força de caso julgado, é aquela que existe entre o transmissário e a parte estranha à transmissão. Porque o objeto adjetivo passa a ser constituído pelo direito do transmissário, é relativamente a esse direito que a sentença produzirá os seus efeitos”.

(114) TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 606.

(115) *Ibidem*.

(116) Coisa diferente acontece no caso de a cessão não ser premeditadamente comunicada ao devedor, agindo o cedente como mandatário do cessionário. Sobre a figura da cessão sem notificação ou “cessão silenciosa”, veja-se L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, cit., 441, ss.: “De todo o modo, decorrerá sempre deste contrato legitimidade para o cedente cobrar o crédito (mas mesmo na ausência destes, o devedor cedido cumprindo face ao cedente ficaria liberado por força do art. 583.º, n.º 2), assim como a obrigação de realizar essa cobrança (e nessa medida este contrato encerrará elementos do mandato sem representação. Em nota: E o de-

## 7. Conclusão

Não concordamos com a decisão proferida pelo Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão sob anotação. Com efeito, entendemos que a norma do art. 261.º CPC não se aplica à ação executiva, propriamente dita, não podendo o transmitente/cedente nela agir como substituto processual do transmissário/cessionário. Conhecida a transmissão, cessa a legitimidade do credor ou devedor originário, à luz do título, já que o mesmo deixou de ser titular da relação jurídica nele representada. Discordamos, portanto, do entendimento daquele Tribunal no sentido de que, sendo conhecida a transmissão, o processo pode continuar, com a prática de atos de execução forçada e a realização de pagamentos, sendo facultativa a habilitação.

No entanto, por razões de economia processual, e também como forma de proteger a posição da parte contrária à transmissão, que pode ter interesse na continuação da ação, deve admitir-se o recurso ao incidente regulado no art. 356.º CPC. Mas, a aceitação da sanção da falta deste pressuposto processual constitui um desvio à regra da não sanabilidade da falta de legitimidade singular. Note-se que, na ação declarativa, o problema não se coloca, justamente porque, no caso de transmissão, o art. 261.º, n.º 1 CPC atribui ao transmitente uma legitimidade extraordinária. Do nosso ponto de vista, não está em causa, no entanto, a aplicação do regime da sucessão *mortis causa*, mas de um regime atípico de sanabilidade<sup>(117)</sup>. Concordamos com o entendimento de VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO e SÉRGIO REBELO<sup>(118)</sup>, de acordo com o qual, nos casos em que a cessão do crédito tenha lugar na pendência da ação executiva, verifica-se a ilegitimidade do exequente, se não for requerida a habilitação do cessionário em prazo razoável, após a notificação da cessão ao devedor. Sendo conhecido no processo o facto da cessão, podendo o executado nele deduzir a exceção de ilegitimidade, aquele prazo deve ser fixado pelo juiz. E o mesmo terá, evidentemente, uma natureza perentória<sup>(119)</sup>.

---

dor libera-se por estar a cumprir face ao mandatário do cessionário (actual titular do crédito) e não em virtude da protecção que o art. 583.º, n.º 2 (...) confere ao seu pagamento (embora, mesmo que o cedente não tivesse poderes para o efeito, por essa via também ficaria liberado)" (*ob. cit.*, p. 442, e nota 855).

<sup>(117)</sup> Poderia discutir-se se tem aplicação, *in casu*, as normas dos arts. 261.º, n.ºs 1 e 2 CPC. Cremos, porém, que, estando estas normas pensadas para os casos de absolvição da instância por falta, não sanada, do pressuposto processual da legitimidade plural, a mesma não deve ser aqui aplicada.

<sup>(118)</sup> VIRGÍNIO DA COSTA RIBEIRO e SÉRGIO REBELO, *A Ação Executiva Anotada e Comentada*, cit., comentário ao art. 356.º, p. 107, ss.

<sup>(119)</sup> Veja-se sobre este aspeto, MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Prazos Processuais*, Almedina, 2019, p. 23, ss.: "(...) o prazo perentório (...) é aquele cujo decurso, ressalvadas as exceções previstas

O Tribunal funda a sua decisão no facto de a doutrina e jurisprudência admitirem a aplicação do incidente de habilitação na ação executiva, citando abundantemente o Acórdão da Relação de Coimbra de 09.05.2017. Mas, neste Acórdão apenas se discute este aspeto (o da possibilidade de aplicação do incidente de habilitação)<sup>(120)</sup>, o qual, como referimos no início, não deve ser confundido com o problema de saber se a norma do art. 261.º CPC se aplica à ação executiva (sendo, só nesse caso, meramente facultativa a habilitação). Ora, uma vez conhecida no processo a cessão do crédito, comunicada ao executado-devedor ou por este conhecida, e dado que o pagamento ao cedente não é, neste caso, liberatório face ao cessionário, a ação deve suspender-se, sendo fixado pelo tribunal prazo para o requerimento de habilitação do cessionário, sob pena de absolvição do executado da instância. De outra forma, a ação prosseguiria, com a prática de atos processuais potencialmente inúteis, no caso de a habilitação não vir a ser requerida, ou ser julgada improcedente. Ora, a habilitação do cessionário, no caso de transmissão do crédito exequendo na pendência da ação executiva, não é facultativa, na medida em que, conhecido aquele facto, a ação não pode cumprir a sua função, ou seja, assegurar a efetiva satisfação do interesse patrimonial contido na prestação não cumprida, sem a presença do atual credor, que deve ocupar a posição do cedente na ação em curso.

Uma vez que aquele prazo tem uma natureza perentória, o tribunal deveria aplicar a cominação contida no respetivo despacho, no caso de a habilitação não ser requerida dentro dele, absolvendo o executado da instância. Foi o que fez o Tribunal de primeira instância no caso *sub judicis*, bem, do nosso ponto de vista.

Parece-nos ser esta, em suma, a forma mais equilibrada de atender a todos os interesses aqui em presença.

---

na lei, em que se permite a prática do ato após o termo do prazo (arts. 139.º, n.º 5, e 140.º), implica a extinção, por caducidade, do direito de praticar o ato”.

(120) Pode ler-se no Acórdão citado, em parte transcrita no Acórdão sob anotação: “*Aqui chegados — e não se questionando no caso a validade do negócio através do qual o primitivo/originário exequente transmitiu/cedeu o crédito exequendo ao cessionário habilitando (cf. arts. 577.º, ss. do CC) e que o mesmo ocorreu na pendência da acção executiva —, perante tudo aquilo que se deixou exarado, a resposta final à questão controvertida acima colocada (e que constitui a única a conhecer como objecto do presente recurso) só poderá ser afirmativa, ou seja, de considerar que, in casu, não só é legalmente admissível o incidente de habilitação do cessionário do referido crédito na acção executiva, como ele é o meio processual adequado para o fazer intervir, na qualidade de exequente (em substituição do primitivo/originário), na referida acção. É só isto que resulta do acórdão em que o acórdão sob anotação se louva...*”.



# O PRINCÍPIO DA NÃO-RETROATIVIDADE NO DIREITO FISCAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

*Pelo* Dr. Filipe de Vasconcelos Fernandes<sup>(1)</sup>

## *SUMÁRIO:*

**§1. O princípio da não-retroatividade da lei fiscal e a sua projeção no moderno Direito Fiscal Constitucional. §2. O período anterior à Revisão Constitucional de 1997. §3. O período posterior à Revisão Constitucional de 1997. §3.1.** A distinção entre retroatividade de primeiro, segundo e terceiro grau. *§3.1.1.* O entendimento da doutrina fiscal. *§3.1.2.* Em especial, a jurisprudência do TC. **§3.2.** A distinção face ao âmbito de aplicação dos princípios da não-retroatividade e da proteção da confiança. **§4. As leis interpretativas em Direito Fiscal e a sua admissibilidade na jurisprudência do TC.**

## **§1. O princípio da não-retroatividade da lei fiscal e a sua projeção no moderno Direito Fiscal Constitucional**

A respeito da aplicação das leis no tempo, dispõe o art. 12.º, n.º 1 do Código Civil que “[a] lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular”.

Por seu turno, num sentido que se pode assumir sistematicamente orientado pelo dispositivo geral consagrado no mesmo Código Civil, dis-

---

<sup>(1)</sup> Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre e Doutorando em Direito Fiscal. Inscrito na Ordem dos Advogados como Jurista de Reconhecido Mérito para a Prática de Atos de Consulta Jurídica.

põe o art. 12.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária (“LGT”), que “[a]s normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer impostos retroactivos”.

Em termos interpretativos, da conjugação dos dois preceitos *supra* citados retiram-se, pois, dois princípios basilares relativamente à projeção temporal da lei fiscal:

- (i) Em primeiro lugar, um princípio geral de aplicação imediata da lei fiscal; e
- (ii) Em segundo lugar, um princípio geral de não-retroatividade, tendo como objeto os factos ou atos jurídicos cujos efeitos de algum modo já se produziram ao abrigo da lei anterior — que, por usual convenção, se considera como a lei antiga.

Da conjugação destes dois princípios interpretativos decorre que a lei fiscal nova só tem, em princípio, eficácia (dentro do espaço próprio consentido pela respetiva vigência) relativamente a factos ou complexos normativos futuros.

Nessa medida, poder-se-á referir que no sistema fiscal português é perfeitamente possível aplicar normas fiscais compreendidas entre lei antiga e lei nova a uma relação ou situação jurídica de natureza tributária duradoura, não podendo, todavia, o efeito imediato da lei nova ser considerado, em tais situações, como representando um efeito retroativo.

Foi esta circunstância que, desde cedo, levou a doutrina e o Tribunal Constitucional (“TC”) a suscitar a pertinência constitucional das leis fiscais potencialmente retroativas<sup>(2)</sup>, sobretudo assumindo-se de antemão que o princípio da igualdade — ainda que na sua projeção fiscal — se revela insuficiente para responder aos vários problemas suscitados por este tipo de fenómeno.

Isso mesmo já foi sublinhado pelo TC, de entre outros, no Acórdão n.º 150/2011, em cujos termos “o princípio da igualdade não opera de modo diacrónico em termos de permitir realizar uma comparação entre a posição dos particulares face a regimes jurídicos que se sucedem no tempo. Na verdade, o legislador não está impedido de determinar altera-

---

(2) Em termos pioneiros na doutrina nacional, sem prejuízo das referências que adiante aludiremos, cf. ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, «*Da não retroactividade das leis em matéria tributária*», BFDUC, 9, 1925-26, pp. 53-101. Na doutrina internacional, sobre o problema da retroatividade da lei fiscal, cf. FRANS VANISTENDAEL, «*Legal Framework for Taxation*», in V. Thuronyi (Ed.), «*Tax Law and Drafting*», Vol. 1, IMF 1996, pp. 21-76; H. Gribnau/M. Pauwels (Ed.), «*Retroactivity of Tax Legislation*», Vol. 9, in EATLP International Tax Series IBFD 2013.

ções legislativas neste domínio, com o conseqüente reflexo na alteração dos valores pagos pelos particulares a título de taxa de justiça. É patente que a sucessão no tempo deste tipo de regimes jurídicos, à semelhança com o que sucede genericamente sempre que se alteram os valores das contrapartidas correspondentes a serviços públicos não gratuitos, determina uma diferença no modo como a Administração se relaciona com os cidadãos; mas essa diferença não é relevante para efeito da contabilização inerente à violação do princípio da igualdade tutelado no art. 13.º da Constituição, a menos que surja de forma arbitrária”<sup>(3)</sup>.

Vejamos de que forma tal fenómeno acabou por se expressar ao longo do tempo, tanto no perímetro constitucional como no correspondente perímetro fiscal.

## §2. O período anterior à Revisão Constitucional de 1997

Em termos históricos, apenas na Carta Constitucional de 1826 o princípio da não-retroatividade da lei foi expressamente consagrado, nos termos do respetivo art. 145.º, §2, tendo desaparecido (pelo menos nos moldes gerais aí constantes) de todos os textos constitucionais subsequentes, até se chegar à atual Constituição da República Portuguesa ("CRP").

Assim, quando, na Assembleia Constituinte de 1911, o deputado Bernardino Roque propôs a inclusão do princípio da não retroatividade das leis, que o primeiro projeto de Constituição inserira no n.º 50 do art. 54.º e o segundo eliminara, não houve, além do proponente, quem defendesse tal proposta, que foi, aliás, vivamente combatida pelos deputados constituintes Afonso Costa e Barbosa de Magalhães, tendo sido retirada pelo proponente.

Subsequentemente, quando preceito de idêntico teor foi discutido na Assembleia Constituinte de 1911, foi alvo de oposição pelos deputados Afonso Costa e Barbosa de Magalhães, com base nos seguintes argumentos:

- (i) Em primeiro lugar, o princípio da retroatividade não tinha, na visão dos referidos deputados, a força que tivera no período pré-republicano, quando predominavam uma orientação individualista e a doutrina dos princípios e direitos absolutos;
- (ii) Em segundo lugar, a Constituição da República deveria tomar uma posição de cunho predominantemente social e acompanhar

---

(3) AcTC n.º 150/2011, Processo n.º 606/07, 1.ª Secção.

a evolução jurídica que se fizera no sentido de negar a tais direitos (e princípios) o caráter absoluto e imutável do período pré-republicano;

- (iii) Em terceiro lugar, a necessidade de oferecer a algumas leis efeito retroativo não só em épocas excepcionais, como as de guerra, mas mesmo em épocas de normalidade, para defesa de superiores interesses públicos e creditícios.

Nesse sentido, ainda na visão que predominou a nível constituinte, a proibição da retroatividade deveria considerar-se como (mero) princípio interpretativo das leis ordinárias.

Por estas razões, em matéria de retroatividade, a Constituição de 1911 consagrou apenas o art. 3.º, n.º 21, restrito a matéria penal, nesse se dispondo que “[n]inguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”.

Em termos relativamente semelhantes, também a Constituição de 1933 não possuía qualquer preceito especificamente dedicado à (proibição) da retroatividade da lei fiscal.

Subsequentemente, já no período posterior ao 25 de abril de 1974, a Comissão Constitucional e, posteriormente, o TC<sup>(4)</sup>, tiveram diversas oportunidades de se ocupar desta questão, tendo decidido que, apesar de não se poder retirar da Constituição uma proibição radical de impostos retroativos, tal deveria considerar-se constitucionalmente vedado quando essa retroatividade fosse “arbitrária e opressiva”<sup>(5)</sup> e violasse “de forma intolerável a segurança jurídica e a confiança que as pessoas têm obrigação (e também o direito) de depositar na ordem jurídica que as rege”<sup>(6)</sup>, acrescentando ainda que “[a] retroactividade tributária terá o beneplácito constitucional» se a confiança dos destinatários da norma for “materialmente injustificada” ou se ocorrerem “razões de interesse geral que a reclamem e o encargo para o contribuinte não se mostrar desproporcionado”<sup>(7)</sup>.

Por seu turno ainda segundo o entendimento da Comissão Constitucional, desta vez no Parecer n.º 25/81, “[e]xceptuavam-se apenas como inconstitucionais as normas fiscais impositivas que afectassem a chamada

---

(4) AcTC n.º 11/83, Processo n.º 94/83, n.º 66/84, Processo n.º 39/84 e ainda n.º 141/85, Processo n.º 86/83 e 47/84.

(5) Comissão Constitucional, Parecer n.º 14/82.

(6) Comissão Constitucional, Parecer n.º 14/82.

(7) Comissão Constitucional, Parecer n.º 14/82.



capacidade contributiva estabelecida, como princípio orientador em matéria fiscal, no art. 28.º da referida Constituição, por atingirem situações económicas já extintas à data da sua entrada em vigor, de harmonia com a doutrina e a jurisprudência italianas.

E sem deixar de salientar que a inexistência de regra constitucional expressa ou mesmo não escrita não impedia, antes pelo contrário, impunha que a atribuição de eficácia retroactiva a leis fiscais só se fizesse excepcionalmente, em homenagem aos melhores princípios da política legislativa, tais como o da confiança e boa-fé dos contribuintes e a segurança jurídica”(8).

Subsequentemente, até à explicitação no texto da CRP da proibição da retroatividade em matéria fiscal, levada a cabo no âmbito da Revisão Constitucional de 1997, o TC vinha aferindo a constitucionalidade das leis fiscais potencialmente retroativas com recurso a um método de ponderação alicerçado no princípio da protecção da confiança(9).

No desenvolvimento da orientação fixada, com particular importância, no Parecer da Comissão Constitucional n.º 25/81, firmou-se na jurisprudência constitucional o entendimento segundo o qual a retroatividade das leis fiscais seria constitucionalmente legítima sempre que não ferisse “de forma inadmissível ou intolerável, a certeza e a confiança na ordem jurídica dos cidadãos por ela afetados; ou que não trai[sse], de forma arbitrária e injustificada, as expectativas juridicamente tuteladas e criadas na esfera jurídica dos cidadãos ao abrigo das disposições vigentes à data da ocorrência dos factos que as geraram”(10).

Conforme veremos, este entendimento foi devidamente confirmado na jurisprudência posterior do TC.

---

(8) Comissão Constitucional, Parecer n.º 25/81.

(9) Mesmo na vigência da Constituição de 1933, já Alberto Xavier admitia que “[d]o próprio fundamento político-filosófico do princípio da legalidade resulta a necessidade de se interpretar o art. 70.º da Constituição no sentido de que contém implícita uma proibição constitucional de retroactividade em matéria de impostos”. Assim, cf. ALBERTO XAVIER, «Manual de Direito Fiscal», I, 1981, p. 192.

(10) Comissão Constitucional, Parecer n.º 25/81.

### §3. O período posterior à Revisão Constitucional de 1997

No período que antecedeu a Revisão Constitucional de 1997, foram apresentados vários projetos de revisão a que importa aludir, brevemente, de modo a tornar clara a própria génese do debate constituinte a este nível.

Desde logo, saliente-se a proposta do deputado João Corregedor da Fonseca para a introdução no art. 106.º da regra segundo a qual a “lei que cria ou agrava impostos não pode ter aplicação retroactiva” (Projecto n.º 11/VII)<sup>(11)</sup>, mostrando-se o Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata recetivo a uma nova redação para o art. 106.º, n.º 3, com o acrescento dos impostos “que tenham natureza retroactiva” (Projecto n.º V/VII)<sup>(12)</sup>.

Por seu turno, o Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português revelou a preocupação em fazer consagrar no mesmo art. 106.º a regra de que a “lei que criar ou aumentar impostos não pode ter efeito retroactivo, sendo vedada a tributação relativa a factos geradores decorridos antes da respectiva lei” (Projecto n.º 4/VII)<sup>(13)</sup>, solução esta que também foi sustentada pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista (Projecto n.º 3/VII)<sup>(14)</sup> que, por seu turno, apresentou uma proposta de redação em cujos termos “[a] lei fiscal não pode ser aplicada retroactivamente (...)”.

Com a Revisão Constitucional de 1997 foi expressamente reconhecido o princípio da não-retroatividade da lei fiscal no art. 103.º, n.º 3, onde agora se dispõe expressamente que: “[n]inguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”.

Foi justamente a este enquadramento histórico e legislativo que procurou aludir o TC, no Acórdão n.º 310/2012, nos seguintes termos: “[s]endo o poder de lançar impostos inerente à noção de Estado, como manifestação da sua soberania, perante um longo passado de abusos e arbitrariedades, a introdução do princípio da legalidade nesta matéria veio conferir-lhe um estatuto de cidadania no mundo do Direito.

Assim, para que o Estado possa cobrar um imposto ele terá que ser previamente aprovado pelos representantes do povo e terá que estar perfeitamente determinado em lei geral e abstrata, só assim se evitando que esse

---

(11) DAR II, Série A N.º 27/VII/1 Supl. 1996.03.07 [pp. 484-(97)-484-(103)].

(12) DAR II, Série A N.º 27/VII/1 Supl. 1996.03.07 [pp. 484-(44)-484-(60)].

(13) DAR II, Série A N.º 27/VII/1 Supl. 1996.03.07 [pp. 484-(29)-484-(44)].

(14) DAR II, Série A N.º 27/VII/1 Supl. 1996.03.07 [pp. 484-(10)-484-(28)].

poder possa ser exercido de forma abusiva e arbitrária, indigna de um verdadeiro Estado de Direito.

Por outro lado, o mesmo princípio da legalidade não poderá deixar de impedir que a lei tributária disponha para o passado, com efeitos retroativos, prevendo a tributação de atos praticados quando ela ainda não existia, sob pena de se permitir que o Estado imponha determinadas consequências a uma realidade posteriormente a ela se ter verificado, sem que os seus atores tivessem podido adequar a sua atuação de acordo com as novas regras.

Esta exigência revela as preocupações do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, também ele princípio estruturante do Estado de Direito democrático, refletidas na vertente do princípio da legalidade, segundo o qual, a lei, numa atitude de lealdade com os seus destinatários, só deve reger para o futuro, só assim se garantindo uma relação íntegra e leal entre o cidadão e o Estado”<sup>(15)</sup>.

Efetivamente, é neste sentido que deve ser entendida a opção do legislador constituinte de, na Revisão Constitucional de 1997, consagrar no art. 103.º, n.º 3 da CRP, a expressa proibição da retroatividade da lei fiscal.

Segundo entendemos, com esta alteração constitucional não se visou explicitar uma simples rarefação do princípio geral da proteção da confiança dos cidadãos, inerente a toda a atividade do Estado de Direito Democrático, mas sim expressar uma regra absoluta de definição do âmbito de validade temporal das leis criadoras ou agravadoras de impostos, prevenindo, assim, a existência de um perigo abstrato de grave e patente violação daquela confiança no que especificamente concerne ao perímetro fiscal.

Após tal alteração, o TC passou a interpretar a proibição de leis fiscais retroativas não já na base ponderativa em que o vinha fazendo até 1997, isto é, em função das circunstâncias informadoras da relação jurídico-tributária afetada pela aplicação da lei nova, mas, ao invés, em termos eminentemente objetivos, com base na contraposição entre retroatividade autêntica (ou pura) e retroatividade fraca ou inautêntica (por vezes, embora nem sempre com igual precisão, designada por retrospectividade).

---

(15) AcTC n.º 310/2012, Processo n.º 150/12, 2.ª Secção.

### §3.1. A distinção entre retroatividade de primeiro, segundo e terceiro grau

O TC tem entendido recorrentemente que, no domínio fiscal, não existe lugar a um “direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou a manutenção do regime legal em relações jurídicas duradoiras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados”<sup>(16)</sup>, de tal forma que, ainda no entender do mesmo Tribunal, “o legislador não está impedido de alterar o sistema legal afectando relações jurídicas já constituídas e que ainda subsistam no momento em que é emitida a nova regulamentação, sendo essa uma necessária decorrência da autorevisibilidade das leis. O que se impõe determinar é se poderá haver por parte dos sujeitos de direito um investimento de confiança na manutenção do regime legal”<sup>(17)</sup>.

E é a este nível que surge a oposição entre duas putativas categorias de retroatividade fiscal, a retroatividade forte ou autêntica e a retroatividade fraca ou inautêntica, que doravante se analisarão, tanto ao nível dos contributos da principal doutrina fiscal como, por seu turno, da jurisprudência do TC.

#### §3.1.1. O entendimento da doutrina fiscal

Como começou por sustentar Alberto Xavier, não basta afirmar que a lei fiscal não pode ser retroativa, pois a concretização deste princípio envolve sérias dificuldades, atendendo a que se podem descortinar dentro dele diversos graus, sendo que, do ponto de vista constitucional, alguns são mais gravemente desvalorados do que outros<sup>(18)</sup>.

Assim, um caso em que o facto tributário que a lei nova pretende regular já tenha produzido todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga e um outro caso em que o facto tributário tenha ocorrido ao abrigo da lei antiga, mas os seus efeitos, designadamente os relativos à liquidação e pagamento, ainda não estejam totalmente esgotados, não terão necessariamente o mesmo desvalor constitucional, dado que a primeira situação é, do

---

<sup>(16)</sup> AcTC n.º 18/2011, Processo n.º 204/2010, 3.ª Secção.

<sup>(17)</sup> AcTC n.º 18/2011, Processo n.º 204/2010, 3.ª Secção.

<sup>(18)</sup> Cf. ALBERTO XAVIER, «Manual de Direito Fiscal», cit., p. 196 e ainda em «O problema da retroactividade das leis sobre imposto de renda», in «Textos Seleccionados de Direito Tributário», Coord. de Sampaio Dória, São Paulo, 1983, p. 77, ss. Mais recentemente, cf. AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, «Impostos — Teoria Geral», 3.ª ed., Almedina 2010, p. 142, ss.

ponto de vista da eventual afetação da situação jurídica do contribuinte, mais grave que a segunda.

E estes dois casos diferenciam-se também de um terceiro em que o facto tributário que a lei nova pretende regular na sua totalidade não ocorreu totalmente ao abrigo da lei antiga, antes continua em formação na vigência da lei nova, como acontece nos impostos em que o facto tributário é de formação sucessiva, conforme sucede em casos como o IRS ou o IRC.

Justamente a este propósito, acrescentou Cardoso da Costa que “a linha demarcadora do âmbito da retroatividade fiscal constitucionalmente admissível passará, desde logo, pela distinção entre situações tributárias «permanentes» e «periódicas» e «factos» cuja eficácia fiscal se esgota ou se firma «instantaneamente», para cada um deles «de per si» (maxime, pela distinção entre «impostos periódicos» e «impostos de obrigação única»), e passará provavelmente, depois, no que concerne àquele primeiro tipo de situações, pela distância temporal que já tiver mediado entre o período de produção dos rendimentos e a criação (ou modificação) do correspondente imposto”(19).

Mais recentemente, escreve Ana Paula Dourado que “[n]os casos dos impostos de obrigação única (por exemplo, a compra e venda de um imóvel, sujeito a IMT) a proibição da retroatividade implica o respeito pelos factos tributários passados, ou seja, a não aplicação da lei nova a esses factos, pois a obrigação tributária nasceu e está concluída”(20).

A qualificação que a doutrina atribui a cada uma destas situações não é de todo convergente, verificando-se, todavia, um certo consenso em considerar a primeira situação descrita por Alberto Xavier como retroatividade forte ou autêntica(21).

Já em relação aos segundo e terceiro casos referidos por Alberto Xavier, existem autores que consideram que ambas as situações se enquadram na retroatividade fraca ou inautêntica, enquanto outros apenas incluem a segunda situação nesta categoria, defendendo que o terceiro caso já não se integra em qualquer tipo de retroatividade, mas sim na retrospectividade(22).

---

(19) Cf. J.M. CARDOSO DA COSTA, «*O Enquadramento Constitucional do Direito dos Impostos em Portugal*», cit., p. 418.

(20) Cf. ANA PAULA DOURADO, «*Direito Fiscal — Lições*», cit., p. 175.

(21) Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, «*Direito Fiscal*», cit., p. 147; AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, «*Impostos — Teoria Geral*», cit., p. 145, ss.

(22) Cf. AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, «*Impostos — Teoria Geral*», cit., p. 145, ss.; NUNO SÁ GOMES, «*Manual de Direito Fiscal*», Vol. II, Lisboa, 1996, pp. 419-420.

### §3.1.2. Em especial, a jurisprudência do TC

Ao mesmo tempo, de acordo com o entendimento desde então reiteradamente expresso na jurisprudência do TC “a proibição de retroatividade em matéria de impostos consagrada no art. 103.º, n.º 3 da Constituição, apenas abrange as situações de retroatividade autêntica, mas não já as de retroatividade inautêntica e de retrospectividade”<sup>(23)</sup>.

Mais recentemente, no Acórdão n.º 18/2011, o TC foi particularmente conclusivo ao analisar o escopo do art. 103.º, n.º 3 da CRP “excluindo do seu âmbito aplicativo as situações de retrospectividade ou de retroactividade imprópria, ou seja, aquelas situações em que a lei é aplicada a factos passados mas cujos efeitos ainda perduram no presente, como sucede quando a lei é aprovada até ao final do ano a que corresponde o imposto”<sup>(24)</sup>.

Reproduzindo a formulação seguida no Acórdão n.º 67/2012, tal entendimento foi sintetizado no Acórdão n.º 85/2013, nos termos seguintes:

«(...) sendo o poder de lançar impostos inerente à noção de Estado, como manifestação da sua soberania, perante um longo passado de abusos e arbitrariedades, a introdução do princípio da legalidade nesta matéria veio conferir-lhe um estatuto de cidadania no mundo do Direito».

Assim, para que o Estado possa cobrar um imposto ele terá que ser previamente aprovado pelos representantes do povo e terá que estar perfeitamente determinado em lei geral e abstrata, só assim se evitando que esse poder possa ser exercido de forma abusiva e arbitrária, indigna de um verdadeiro Estado de Direito.

Por outro lado, o mesmo princípio da legalidade não poderá deixar de impedir que a lei tributária disponha para o passado, com efeitos retroativos, prevendo a tributação de atos praticados quando ela ainda não existia, sob pena de se permitir que o Estado imponha determinadas consequências a uma realidade posteriormente a ela se ter verificado, sem que os seus atores tivessem podido adequar a sua atuação de acordo com as novas regras”<sup>(25)</sup>.

Ao mesmo tempo, o TC tem vindo a seguir o entendimento segundo o qual esta proibição da retroatividade, no domínio da lei fiscal, “apenas se dirige à retroatividade autêntica, abrangendo apenas os casos em que o

---

(23) AcTC n.º 128/09, Processo 772/07, 3.ª Secção; AcTC n.º 85/2010, Processo 653/09, 1.ª Secção; AcTC n.º 399/2010, Processo 532/10.

(24) AcTC n.º 18/2011, Processo n.º 204/2010, 3.ª Secção.

(25) AcTC n.º 85/2013, Processo n.º 121/2012, Plenário.

facto tributário que a lei nova pretende regular já tenha produzido todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga, excluindo do seu âmbito aplicativo as situações de retrospectividade ou de retroatividade imprópria, ou seja, aquelas situações em que a lei é aplicada a factos passados mas cujos efeitos ainda perduram no presente, como sucede quando as normas fiscais que produziram um agravamento da posição fiscal dos contribuintes em relação a factos tributários que não ocorreram totalmente no domínio da lei antiga e continuam a formar-se, ainda no decurso do mesmo ano fiscal, na vigência da nova lei”<sup>(26)</sup>.

Pese embora o entendimento recentemente preconizado no Acórdão n.º 171/2017 — de acordo com o qual “o n.º 3 do art. 103.º da Constituição deve ser interpretado como estabelecendo um princípio (...) de não-retroatividade da lei fiscal», sujeito ao «método de ponderação que tem sido reservado para os casos de retroatividade dita inautêntica» —, continua a poder retirar-se da orientação desde há muito sufragada na jurisprudência deste Tribunal que a proibição da retroatividade fiscal consagrada no n.º 3 do art. 103.º da Constituição, para além de «sancionar, de forma automática», «a mera natureza retroativa de uma lei fiscal desvantajosa para os particulares» (Acórdão n.º 128/2009), apenas se dirige à retroatividade autêntica, abrangendo somente os casos em que o facto tributário que a lei nova pretende regular produziu já todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga; excluídas do âmbito de aplicação do art. 103.º, n.º 3, da Constituição, encontram-se, por isso, as situações de retrospectividade ou de retroatividade imprópria, isto é, aquelas em que a lei nova é aplicada a factos passados mas cujos efeitos ainda perduram no presente, como sucede com as normas fiscais que produzem um agravamento da posição fiscal dos contribuintes em relação a factos tributários que não ocorreram totalmente no domínio da lei antiga, continuando a formar-se sob a vigência da nova lei”<sup>(27)</sup>.

E assim sucede porque, nos casos de designada retroatividade fraca ou inautêntica — ou seja, os respeitantes a normas que preveem, de forma inovadora, consequências jurídicas para situações que se constituíram antes da sua entrada em vigor, mas que mantêm a produção de efeitos nessa data — tem o TC reiteradamente sublinhado que as mutações da ordem jurídica não podem atingir as expetativas criadas ao abrigo da lei antiga em termos incompatíveis com aquele mínimo de certeza e de segu-

---

<sup>(26)</sup> AcTC n.º 399/2010, Processo n.º 523/10.

<sup>(27)</sup> AcTC n.º 617/12, Processo n.º 150/12; AcTC n.º 85/13, Processo 121/12 que, por sua vez, remetem para AcTC n.º 128/2009, Processo n.º 772/07; AcTC n.º 85/2010, Processo 653/09, 1.ª Secção e AcTC n.º 399/2010, Processo n.º 523/10.

rança que as pessoas, as empresas e a própria comunidade em geral antecipam, como dimensões essenciais do princípio do Estado de Direito democrático, consagrado no art. 2.º da CRP.

Tal entendimento — que coloca sob incidência dos limites decorrentes do princípio da proteção da confiança (pelo menos parte) das situações de retroatividade inautêntica e a maioria das situações relativas a retroatividade — foi sintetizado no Acórdão n.º 128/2009, já referido, onde, a tal propósito, se concluiu, com a nossa total concordância, que “a proibição expressa da retroatividade da lei fiscal não tornou inútil a eventual aplicação, a matérias de natureza tributária, do parâmetro da proteção da confiança”<sup>(28)</sup>.

### §3.2. A distinção face ao âmbito de aplicação dos princípios da não-retroatividade e da proteção da confiança

Decorre de jurisprudência estabilizada e constante do TC que “[a] proteção da confiança é uma norma com natureza principiológica que deflui de um dos elementos materiais justificadores e imanentes do Estado de Direito: a segurança jurídica dedutível do art. 2.º da CRP. Enquanto associado e mediatizado pela segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança prende-se com a dimensão subjetiva da segurança — o da proteção da confiança dos particulares na estabilidade, continuidade, permanência e regularidade das situações e relações jurídicas vigentes”<sup>(29)</sup>.

De facto, após a Revisão Constitucional de 1982, passou a dispor-se no art. 2.º da CRP que “a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático”, sendo justamente do designado Princípio do Estado de Direito Democrático que a doutrina constitucional vem deduzindo os seus subprincípios concretizadores da segurança jurídica e da proteção e tutela da confiança dos cidadãos<sup>(30)</sup>.

A garantia de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito corresponde, numa vertente subjetiva, a uma ideia de proteção da confiança dos particulares relativamente à continuidade da ordem jurídica. E, nesse sen-

---

<sup>(28)</sup> AcTC n.º 129/2009, Processo n.º 772/07, 3.ª Secção.

<sup>(29)</sup> AcTC n.º 862/13, Processo n.º 1260/13.

<sup>(30)</sup> Com referências particularmente relevantes nesta matéria, cf. JORGE REIS NOVAIS, «*Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*», Coimbra Editora, 2004, p. 261, ss.; J.J. GOMES CANOTILHO, «*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*», reimpressão da 7.ª ed., Almedina, 2015, p. 257, ss.



tido, o princípio da segurança jurídica vale em todas as áreas da atuação estadual, traduzindo-se em exigências que são dirigidas à Administração, ao poder judicial e, especialmente, ao legislador.

Trata-se, assim, de um princípio que exprime a realização imperativa de uma especial exigência de previsibilidade, protegendo sujeitos cujas posições jurídicas<sup>(31)</sup> sejam objetivamente lesadas por determinados quadros injustificados de instabilidade.

Deste modo, ao contrário do que sucede com a aplicação do princípio contido art. 103.º, n.º 3 da CRP, a “mobilização do princípio da confiança em matéria tributária obriga a um juízo que não prescinde de ponderações: saber se a norma é ou não inconstitucional (por violação da proteção da confiança) obriga a que se tenha em conta, e se pondere, tanto o contexto da administração tributária quanto o contexto do particular tributado”<sup>(32)</sup>.

Precisamente a este propósito, começa por referir o TC, no Acórdão n.º 285/2011<sup>(33)</sup>, que a “admissibilidade de normas retroactivas resulta, portanto, de um balanceamento entre vários factores: a solidez e justificação das expectativas jurídicas dos particulares e a liberdade conformadora do legislador. A norma inovadora, mesmo que retroactiva, só será ilegítima se se concluir que não é ditada pela necessidade de proteger interesses pre-valetentes”.

Nesse sentido, revemo-nos totalmente nas considerações de Casalta Nabais, quando o referido Professor menciona que “[o] princípio da segurança jurídica, ínsito na ideia do Estado de Direito democrático, está longe, porém, de ter sido totalmente absorvido por esse novo preceito constitucional”<sup>(34)</sup> uma vez que “serve de critério de ponderação em situações de retroactividade imprópria, inautêntica ou falsa, bem como em situações em que, não se verificando qualquer retroactividade, própria ou imprópria, há que tutelar a confiança dos contribuintes depositada na actuação dos órgãos do Estado”<sup>(35)</sup>.

No Acórdão n.º 287/90, de 30 de outubro, o TC estabeleceu já os limites do princípio da proteção da confiança na ponderação da eventual inconstitucionalidade de normas dotadas de «retroactividade inautêntica, retrospectiva». Neste caso, tratava-se da aplicação de uma lei nova a factos

(31) Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, «Segurança Jurídica e Justiça Constitucional», RFDUL, Vol. XLI, n.º 2, 2000, p. 625, ss.; JORGE REIS NOVAIS, «Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa», *cit.*, p. 263, ss.

(32) AcTC n.º 42/2014, Processo n.º 564/12, 2.ª Secção.

(33) AcTC n.º 285/2011, Processo n.º 382/10, 1.ª Secção.

(34) Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, «Direito Fiscal», *cit.*, p. 151.

(35) Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, «Direito Fiscal», *cit.*, p. 151.

novos havendo, todavia, um contexto anterior à ocorrência do facto que criava, eventualmente, expectativas jurídicas. Foi neste aresto ainda que o Tribunal procedeu à distinção entre o tratamento que deveria ser dado aos casos de «retroatividade autêntica» e o tratamento a conferir aos casos de «retroatividade inautêntica» que seriam, disse-se, tutelados apenas à luz do princípio da confiança enquanto decorrência do princípio do Estado de Direito consagrado no art. 2.º da CRP.

De acordo com esta jurisprudência sobre o princípio da segurança jurídica na vertente material da proteção da confiança, para que esta última seja tutelada é necessário que se reúnam dois pressupostos essenciais:

- (i) Por um lado, a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, em termos razoáveis e ponderados, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e
- (ii) Por outro lado, quando não for ditada pela necessidade de salvar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes — devendo recorrer-se ao princípio da proporcionalidade, tal como consagrado nos termos do art. 18.º, n.º 2 da CRP.

Na sequência da jurisprudência emanada após o Acórdão n.º 128/2009, os dois critérios enunciados passaram a ser reconduzíveis a quatro “testes” ou “requisitos” para o princípio da proteção da confiança, seguindo, aliás, parâmetros que noutra lugar já haviam sido equacionados pela Conselheira Maria Lúcia Amaral<sup>(36)</sup>.

Independentemente de algumas variações face a outros Acórdãos, o essencial da referida fórmula constitucional resume-se ao seguinte quadro: “para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa”<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Cf. MARIA LÚCIA AMARAL, *«A Forma da República»*, Coimbra Editora 2012, p. 183, ss.

<sup>(37)</sup> AcTC n.º 128/2009, Processo n.º 772/07.

Ainda de acordo com o mesmo TC, em relação à metodologia operativa a seguir na aplicação deste critério, tal “implica sempre uma ponderação de interesses contrapostos: de um lado, as expectativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente; do outro, as razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas. Os particulares têm interesse na estabilidade da ordem jurídica e das situações jurídicas constituídas, a fim de organizarem os seus planos de vida e de evitar o mais possível a frustração das suas expectativas fundadas; mas a esse interesse contrapõe-se o interesse público na transformação da ordem jurídica e na sua adaptação às novas ideias de ordenação social. Caso os dois grupos de interesses e valores são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, impõe-se em relação a eles o necessário exercício de confronto e ponderação para concluir, com base no peso variável de cada um, qual o que deve prevalecer”<sup>(38)</sup>.

Mais recentemente, por via do Acórdão n.º 862/13 — relativo à conformidade constitucional da aplicação de cortes em pensões de aposentação e de sobrevivência — o TC teve oportunidade de acrescentar ao rol de requisitos da fórmula anterior um quinto requisito adicional: em determinadas condições, bastante específicas, que fazem antever uma solução de contornos relativamente excepcionais, a implementação de determinada medida legislativa deve ser feita de forma gradual e diferida no tempo.

Referiu o TC, a esse propósito, que “solução justa à luz do princípio da proporcionalidade imporia também que a implementação da medida se fizesse de forma gradual e diferida no tempo. Aplicá-la de uma só vez, seria ultrapassar, de forma excessiva, a medida de sacrifício que a natureza do direito à pensão poderá admitir”<sup>(39)</sup>.

Da referida conceção resulta que, mesmo que o peso do bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa seja superior ao das expectativas dos particulares ou empresas, poderá ter de existir um regime transitório, que assegure o gradualismo da medida, neste caso, assegurando a conformidade constitucional inerente à sua completa revogabilidade.

Seja como for, tal como o TC concluiu no Acórdão n.º 335/2008, em nosso entender de forma totalmente correta, do critério jurisprudencial já analisado “resulta que a violação do princípio da confiança por normas retrospectivas só ocorre quando estas afectam uma expectativa particular legítima, sólida e relevante na manutenção duma determinada situação

---

<sup>(38)</sup> AcTC n.º 568/2016, Processo n.º 522/16.

<sup>(39)</sup> AcTC n.º 862/13, Processo n.º 1260/13.

jurídica, e quando num exercício de ponderação de interesses, o interesse público perseguido pela introdução dessas normas não prevalece sobre essa expectativa”<sup>(40)</sup>.

#### §4. As leis interpretativas em Direito Fiscal e a sua admissibilidade na jurisprudência do TC

Justifica-se ainda dedicar algum espaço ao tema das leis interpretativas em Direito Fiscal, em função da sua inequívoca proximidade ao plano de interconexão com o Direito Constitucional.

Na lição pioneira de Baptista Machado, a lei interpretativa “intervém para decidir uma questão de direito cuja solução era controvertida ou incerta no domínio da vigência da lei antiga. Significa isto, antes de tudo, que, para que a lei nova possa ser interpretativa de sua natureza, é preciso que haja matéria para interpretação”<sup>(41)</sup>, pelo que “se a regra de direito era certa na legislação anterior, ou se a prática jurisprudencial lhe havia de há muito atribuído um determinado sentido, que se mantinha constante e pacífico, a lei nova que venha a resolver o problema jurídico em termos diferentes deve ser considerada uma lei inovadora”<sup>(42)</sup>.

Em conformidade com o exposto, são de natureza interpretativa as leis que, sobre pontos ou questões em que as normas jurídicas aplicáveis são incertas ou, pelo menos, o seu sentido pode considerar-se controvertido, venham consagrar uma solução que, através do recurso aos critérios e parâmetros da interpretação jurídica, poderiam ser obtidos ou adotados, inclusive pelos próprios tribunais.

Para que uma lei nova possa ser realmente interpretativa — ou ser uma “norma fiscal materialmente interpretativa”<sup>(43)</sup>, mais uma vez no dizer do TC, secundando a doutrina de Baptista Machado<sup>(44)</sup> — são necessários dois requisitos estruturantes:

---

(40) AcTC n.º 335/2008, Processo n.º 74/08, 2.ª Secção.

(41) Cf. J. BAPTISTA MACHADO, «*Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil — Casos de aplicação imediata. Critérios fundamentais*», Almedina, Coimbra, 1968, p. 268, ss. De igual modo, abordando expressamente o problema, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «*O Direito — Introdução e Teoria Geral*», 10.ª ed., Almedina 1997, p. 562, ss.

(42) Cf. J. BAPTISTA MACHADO, «*Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil — Casos de aplicação imediata*», *cit.*, p. 288, ss.

(43) AcTC n.º 267/2017, Processo n.º 466/16, 2.ª Secção.

(44) Cf. J. BAPTISTA MACHADO, «*Introdução ao Direito e Discurso Legitimador*», 19.ª reimpressão, Almedina 2017, pp. 245-246.

- (i) Em primeiro lugar, que a solução do direito anterior seja controvertida ou, pelo menos, incerta; e,
- (ii) Em segundo lugar, que a solução definida pela nova lei se situe dentro dos quadros da controvérsia interpretativa limitada pela lei anterior e, nesse sentido, que o julgador ou o intérprete a ela poderiam chegar sem ultrapassar os limites normalmente impostos à interpretação e aplicação da lei.

Decidiu o mesmo TC, no Acórdão n.º 107/2018, que as interpretações legislativas “não se destinam a dizer ou descobrir o direito vertido na lei interpretada, atividade que pressupõe uma competência jurisdicional, mas a privilegiar o sentido que o legislador entende politicamente mais vantajoso. Sem dúvida que os cidadãos destinatários das leis, designadamente de leis com uma vocação ablativa, não devem ter qualquer expectativa de que estas sejam, ou possam vir a ser interpretadas no sentido que lhes é mais favorável; não existe, nem sequer nos domínios penal ou fiscal, um qualquer «princípio da interpretação mais favorável» ao cidadão. Mas têm a expectativa legítima, na qualidade de destinatários da lei, de formarem uma convicção sobre o direito nela vertido e de agirem com base nessa convicção jurídica — assim como, na eventualidade de se verificar um litígio, de recorrerem aos tribunais para que estes apreciem, no uso da autoridade jurisdicional que exclusivamente lhes cabe, e no âmbito de um processo de partes com igualdade de armas, o mérito jurídico do seu ponto de vista no caso concreto. Por outras palavras, os destinatários das leis têm a expectativa legítima de que estas sejam objeto de uma interpretação jurídica, porque é nesses exatos termos — enquanto sujeitos de direito — que aquelas se lhes dirigem. Ao consagrarem um sentido por razões de ordem política — constitutivas e não declarativas de direito —, as leis interpretativas frustram essa expectativa legítima dos cidadãos na juridicidade, adversariabilidade e justiciabilidade da sua relação com a lei”<sup>(45)</sup>.

Do exposto decorre, em termos gerais, que as leis interpretativas devem ter-se por abrangidas pela proibição constitucional da retroatividade fiscal, na medida em que, pela assunção de um determinado sentido interpretativo, poderão colidir com factos ou situações potencialmente abrangidos por interpretações que, cabendo dentro do espaço relativo à disputa interpretativa, são distintas daquela que veio a ser a interpretação consagrada na própria lei interpretativa.

---

(45) AcTC n.º 107/2018, Processo n.º 1430/2017, 3.ª Secção.

Em paralelo, tal já não significa, ainda à luz da jurisprudência do TC, e na qual nos revemos inteiramente, que toda e qualquer lei interpretativa deva considerar-se contrária disposto no art. 103.º, n.º 3 da CRP<sup>(46)</sup>.

Concluiu o TC, no Acórdão n.º 52/2019, que “[n]a ótica da tutela da confiança dos destinatários do direito, releva que a lei interpretativa formalmente retroativa apenas declara o direito preexistente; ao passo que a lei interpretativa substancialmente retroativa, ao modificar o direito preexistente, constitui direito novo”<sup>(47)</sup>, e é justamente sobre esta segunda realidade que se projeta, em nosso entender, a intenção normativa da proibição da retroatividade fiscal, por ser justamente nestes casos que a expectativas gerais quanto à previsibilidade mínima e razoavelmente admissível para toda e qualquer solução legal são definitivamente desrespeitadas.

É nesse sentido que igualmente nos parece totalmente certo apontar o enfoque do art. 103.º, n.º 3 da CRP para o caso da lei interpretativa substancial ou materialmente retroativa.

E, por isso, secundamos inteiramente as conclusões do Conselheiro Lino Ribeiro, na respetiva Declaração de Voto ao Acórdão n.º 267/2017 e em cujos termos as leis interpretativas “que visam solucionar a incerteza de lei anterior, situando-se dentro dos quadros da controvérsia, com um conteúdo que o julgador ou intérprete a ela pudesse chegar, sem ultrapassar os limites típicos impostos à interpretação e aplicação da lei — não se pode dizer que a confiança dos contribuintes no sentido da norma interpretada gera expectativas legítimas da sua continuidade no ordenamento jurídico. Se a norma é controversa, a única expectativa que existe é que o legislador a solucione. Se ele o faz, optando por um dos entendimentos possíveis, que até já era seguida pela jurisprudência, não se pode dizer que

---

<sup>(46)</sup> Não era essa posição de Saldanha Sanches, que concluiu, a este propósito, do seguinte modo “não nos parece que a lei interpretativa possa ter lugar em matéria fiscal: se até aqui o que estava em causa eram as leis falsamente interpretativas, a revisão constitucional veio impedir os efeitos retroativos de qualquer norma, em matéria fiscal, incluindo os provocados por norma interpretativa”. Assim, cf. J.L. SALDANHA SANCHES, «*Lei interpretativa e retroactividade em matéria fiscal*», *Fiscalidade*, n.º 1, janeiro de 2000, p. 77, ss. Por seu turno, abordando ainda este problema, na doutrina nacional, cf. NUNO M. MORUJÃO, «*Leis interpretativas em direito fiscal*», *Revisores e Auditores*, Abril-Junho, 2016, pp. 49-54 e, mais recentemente, «*Comentário ao acórdão 267/2017 do Tribunal Constitucional (sobre leis interpretativas no direito fiscal substantivo)*», RFPDF, A. 10, n.º 2, Almedina, 2017, pp. 193-214; RICARDO SEABRA MOURA/HUGO PINHEIRO FERREIRA, «*(Ir)retroatividade fiscal e leis interpretativas — problemática e reflexões*», CJT, Janeiro-Março 2017, pp. 22-32; SÓNIA MARTINS REIS, «*Proibição da Retroatividade da Lei Fiscal no Contexto do IRS*», in Paula Rosado Pereira (Coord.), «*Temas de IRS: Princípios Constitucionais, Tributação e Garantias*», Almedina, 2020, pp. 82-135.

<sup>(47)</sup> AcTC n.º 52/2019, Processo n.º 1425/2018, 3.ª Secção.

há frustração intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva da confiança depositada na norma interpretada”<sup>(48)</sup>.

Todavia, existem igualmente situações em que o enquadramento constitucional das leis interpretativas poderá ter por base um grau de proteção dos contribuintes relativamente menor, em particular nos casos em que existe uma verdadeira controvérsia ou querela jurisprudencial suficientemente clara para demonstrar que, no universo de soluções possíveis — o próprio universo da controvérsia — caberia mais de que uma solução e, ao mesmo tempo, de nenhuma resultaria uma expectativa jurídica legítima do contribuinte, ao ponto de se considerar que o término da controvérsia signifique uma solução totalmente inovatória.

Isso mesmo sublinhou o TC, no Acórdão n.º 395/2017, nos seguintes termos: “[s]ó assim não será naqueles casos em que, tendo os tribunais sido chamados a pronunciarem-se sobre a interpretação a dar a leis ambíguas e controvertidas, se tenha a propósito delas estabelecido uma controvérsia jurisprudencial. Se os tribunais, aos quais cabe a autoridade de dizer o direito — através de decisões juridicamente fundamentadas e no termo de um processo de partes com igualdade de armas —, refletem e alimentam a controvérsia propiciada pela ambiguidade da lei, é inevitável concluir que a questão jurídica é, no momento presente, incerta ou insanável; os destinatários desta não têm, nessas circunstâncias, qualquer razão para formarem expectativas na prevalência de uma das posições compreendidas nos «quadros da controvérsia», e não podem, por essa mesma razão, invocar a frustração das suas expectativas legítimas contra a decisão do legislador de interpretar a lei num dos sentidos já acolhidos em decisões judiciais”<sup>(49)</sup>.

Acrescentou o TC, ainda no Acórdão n.º 395/2017, que “[a] circunstância de a jurisprudência se encontrar dividida depõe a favor do entendimento de que os contribuintes não podiam excluir a interpretação que veio a ser consagrada pelo legislador. Porém, para que se verifique uma controvérsia jurisprudencial, não basta que recaiam sobre uma determinada questão de interpretação decisões divergentes; é necessário que exista um corpo desenvolvido de pronunciamentos judiciais (ou arbitrais) no seio do qual se estabeleceram correntes opostas e não reconciliadas dentro da ordem jurisdicional a que respeitem. Só na base desse lastro jurisprudencial estatisticamente significativo se pode dar por assegurada a evidência de que a questão jurídica é incerta ou insanável, pelo menos no momento presente”<sup>(50)</sup>.

---

(48) AcTC n.º 267/2017, Processo n.º 466/16, 2.ª Secção.

(49) AcTC n.º 395/2017, Processo n.º 751/2016, 3.ª Secção.

(50) AcTC n.º 395/2017, Processo n.º 751/2016, 3.ª Secção.

Resulta do exposto que, à luz da recente jurisprudência do TC, e com a qual estamos novamente de acordo, sempre que se verifique a existência de uma determinada controvérsia judicial (ou, inclusive, arbitral), será particularmente difícil admitir que a adoção de uma determinada solução legislativa, que coloque termo à própria controvérsia anterior, possa considerar-se uma lei interpretativa material ou substancialmente retroativa e possa ser, por isso mesmo, contrária ao disposto no art. 103.º, n.º 3 da CRP.



# O DOCUMENTO ELETRÓNICO: SUPORTE E FORMATO

*Pelo Prof. Doutor Francisco Andrade<sup>(1)</sup>  
e Dra. Marina Silva<sup>(2)</sup>*

## *SUMÁRIO:*

1. Introdução.
2. O documento eletrónico no direito europeu e no direito português.
3. O suporte e o formato.
4. Escrito, assinatura, prova.
5. Original e cópia.
6. Conclusões.

## **Resumo:**

O documento encerra em si uma representação eterna de um facto. A era da tecnologia confronta-nos com um novo tipo de documento: o documento eletrónico. São várias as opções com que o legislador se confronta para dirimir a sua existência e utilização: aplicação analógica, interpretação extensiva e princípios gerais? Nova regulamentação? Documento analógico em suporte papel conjugado com a doutrina e a jurisprudência para assegurar a coerência e a unidade do sistema jurídico? Não podemos ter a pretensão de usar mecanismo de regulamentação idênticos para realidades distintas. O documento eletrónico vem assumindo a dupla condição de fonte e de meio de prova. Os termos de conteúdo, de suporte e de formato, são diferentes e devem ser concretamente definidos pelo legislador sob pena de entrarmos em contrassensos jurídicos. A conservação de longo prazo de documentos eletrónicos é importante e está intrinsecamente ligada ao suporte e ao formato. Um documento,

---

(1) Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador integrado do JusGov — Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador colaborador do Centro Algoritmi da Escola de Engenharia da Universidade do Minho. E-mail: <fandrade@direito.uminho.pt>.

(2) Professora convidada do Instituto Politécnico de Bragança. Investigadora colaboradora do JusGOV — Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) da Escola de Direito da Universidade do Minho. Advogada. E-mail: <marina@marinasilva.pt>.

seja ou não eletrônico, pode também ser ou não um escrito. O art. 46.º do Regulamento Europeu 910/2014 veio resolver a questão dos efeitos legais dos documentos eletrónicos. As assinaturas eletrónicas qualificadas têm valor de assinatura manuscrita. E o que é cópia e original de um documento eletrônico? A compreensão de novas tecnologias, cujas informações não são representadas na forma gráfica, é um dos obstáculos a serem superados pelos operadores do direito.

**Palavras chave:**

Documento eletrônico, suporte, formato, cópia e original, assinatura eletrónica.

## **1. Introdução**

A transformação contemporânea, impulsionada pelo aparecimento de novas tecnologias, está cada vez mais presente no nosso dia-a-dia. Há uma explosão no volume e diversidade de formas de informações armazenadas eletronicamente e uma constante evolução da tecnologia. O avanço das comunicações instantâneas, estimuladas pelas inovações tecnológicas, desde o telégrafo até à internet, proporcionaram ao ser humano vastas opções na transmissão de informações. O século XX foi considerado o século do papel. Razão, pela qual, seja tão difícil compreender uma transição tão rápida, logo no início do século XXI, para o século do digital. A compreensão de novas tecnologias, cujas informações não são representadas na forma gráfica, é um dos obstáculos a serem superados pelos operadores do direito.

Em Portugal, não temos uma previsão legal expressa de provas digitais. O Código de Processo Civil Português<sup>(3)</sup> foi construído para a utilização apenas de documentos em papel. Contudo, há cada vez mais a necessidade de conciliar a interação homem-computador e as suas consequências jurídicas. O jurista tem de lidar com as tecnologias e, mais importante, saber lidar com elas.

## **2. O Documento eletrônico no direito europeu e no direito português**

O documento é, por definição, um qualquer registo de informação, independentemente do formato ou suporte utilizado para registá-la.

---

(3) Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

No Código Civil Português, no seu art. 362.º, o documento é definido como “qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto”. Temos, assim, uma definição geral de documento enquanto meio de prova e a simultaneidade de dois requisitos: o funcional e o teleológico. Funcional, enquanto representação de uma pessoa, coisa ou facto; teleológico atenta a finalidade representativa do documento.

O documento encerra em si uma representação eterna de um facto, projetando-o no futuro, motivo pelo qual a prova documental é considerada mais objetiva e permanente. Contudo, o efeito representativo não se produz do mesmo modo em todos os documentos. Vejamos, por exemplo, uma fotografia e um vídeo: a fotografia tem a sua capacidade representativa imediata, ao passo que o vídeo precisa de um aparelho de reprodução para o efeito.

O documento assume diversas funções, designadamente, a eternização (da declaração num suporte idóneo), a probatória (demonstra a existência da declaração), a autenticação (imputa a declaração a um autor) e a constitutiva ou de eficácia (quando tem dupla natureza de meio de prova e formalidade existencial do negócio).

O documento tem carácter material (*corpus* e a forma de representação) e imaterial (pensamento, conteúdo e autor). O *corpus* é o suporte (ex. papel, fotografia, *pen-drive*, CD, etc.) e permite que a informação seja reproduzida ou copiada. A representação é o conteúdo, a manifestação de vontade expressa pelo seu autor. Maria Enza La Torre defende a teoria da complexidade documental, segundo a qual “o documento é ao mesmo tempo representação e veículo: representação enquanto coisa artificial, feita pelo homem, à maneira de forma e invólucro material que encerra o conteúdo da realidade nele expressa; veículo enquanto fonte de conhecimento, por vezes única e insubstituível, do acto ou facto”<sup>(4)</sup>.

À tradicional forma oral e escrita, junta-se agora uma nova forma eletrónica. A era da tecnologia confronta-nos com um novo tipo de documento: o documento eletrónico, cuja constituição abrange diferentes fases:

1. Criação: uso do computador com recurso a um programa informático e que converte a linguagem humana em binária;
2. Armazenamento: a informação é gravada num determinado formato de ficheiro eletrónico e num determinado suporte;
3. Visualização: leitura do conteúdo.

---

(4) MARIA ENZA LA TORRE, *Contributo Alla Teoria Giuridica Del Documento*, Giuffrè 2004, pp. 45 e 46.

Podemos, portanto, definir o documento eletrónico como um documento, criado em linguagem binária<sup>(5)</sup>, armazenado em formato e suporte informático, convertível em linguagem compreensível ao homem e que pode ser modificado, copiado ou transmitido por meios informáticos<sup>(6)</sup>. O documento eletrónico completa-se quando ocorre a gravação dos bits num formato e suporte. São vários os elementos, relacionados entre si, que compõem o documento eletrónico: o *software*, o *hardware*, o suporte, o conteúdo e os metadados.

No direito europeu, a definição de documento eletrónico é-nos agora dada pelo art. 3.º n.º 35 do Regulamento (EU) n.º 910/2014 como sendo “qualquer conteúdo armazenado em formato eletrónico, nomeadamente texto ou gravação sonora, visual ou audiovisual”<sup>(7)</sup>.

Esta definição vem não só alargar o conceito de documento eletrónico que constava do art. 2.º a) do DL 290-D/99 (e que apenas referia o “documento elaborado mediante processamento electrónico de dados”, como veio colocar em causa a distinção estabelecida na doutrina<sup>(8)</sup> entre documento eletrónico em sentido estrito e documento eletrónico em sentido amplo: “em sentido estrito, o documento eletrónico é aquele que se encontra gravado de forma digital num suporte magnético ou magnético-óptico; em sentido amplo, o documento eletrónico é aquele que é elaborado na sua forma definitiva, em suporte de papel ou equivalente, por um

---

<sup>(5)</sup> Sistema de numeração posicional em que todas as quantidades se representam com base em dois números, ou seja, zero e um (0 e 1).

<sup>(6)</sup> LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O valor probatório do documento eletrónico em processo civil*, Almedina 2017, p. 25.

<sup>(7)</sup> REGULAMENTO (UE) N.º 910/2014 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de julho de 2014 (Regulamento eIDAS), relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE, art. 3.º, n.º 35. Este regulamento teve como propósito o de “reforçar a confiança nas transações eletrónicas no mercado interno criando uma base comum para a realização de interações eletrónicas seguras entre cidadãos, empresas e autoridades públicas” (ponto 2 do Preâmbulo do Regulamento eIDAS).

<sup>(8)</sup> Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in “O valor probatório dos documentos eletrónicos”, in “Direito da Sociedade da Informação”, Vol. II, Coimbra Editora, 2001, p. 172. Mas já MIGUEL PUPO CORREIA, in “Assinatura eletrónica e certificação digital”, in “Direito da Sociedade da Informação”, Vol. VI, Coimbra Editora, 2006, pp. 277-317, p. 286, estabelecia a seguinte distinção: “documentos eletrónicos em sentido estrito, que são memorizados em forma digital em memórias magnéticas ou óticas e são destinados apenas a ser lidos pelo computador, pelo que não podem ser lidos ou apercebidos directamente pelo homem; e documentos eletrónicos em sentido amplo, ou simplesmente documentos informáticos, que são todos os gerados através dos equipamentos periféricos do computador — impressora, *plotter*, etc. — de modo a serem lidos ou interpretados pelo homem”. No entanto, parece-nos evidente que, no caso de documento gerado em papel através de impressora, estaremos perante uma cópia de documento eletrónico em diferente tipo de suporte e não perante um verdadeiro documento eletrónico.

computador (como, por exemplo, o talão emitido pela caixa Multibanco)”. No entanto, apesar de não concordarmos com o modo como o ilustre processualista português inclui documentos em suporte papel no conceito de “*documento eletrónico em sentido amplo*”<sup>(9)</sup>, e de pensarmos ademais que o novo Regulamento eIDAS veio clarificar aquilo que é efetivamente um documento eletrónico, não podemos deixar de constatar que a distinção estabelecida por Pupo Correia e Miguel Teixeira de Sousa deixou as suas marcas entre nós. Assim, poderíamos ser levados a entender o documento eletrónico em sentido estrito como uma fonte de prova; e o documento eletrónico em sentido amplo como um meio de prova. Ex: impressão de um documento eletrónico num papel é o meio de prova pelo qual o documento eletrónico (fonte de prova) se insere num processo judicial. Mas este entendimento está cada vez mais afastado da realidade. É que, cada vez mais, o documento eletrónico vem assumindo a dupla condição de fonte e de meio de prova<sup>(10)</sup>.

Sendo indubitável que o documento eletrónico é uma nova realidade, são várias as opções com que legislador se confronta para dirimir a sua existência e utilização: Aplicação analógica, interpretação extensiva e princípios gerais? Nova regulamentação? Documento analógico em suporte papel conjugado com a doutrina e a jurisprudência para assegurar a coerência e a unidade do sistema jurídico? Em Portugal, a aplicação analógica e a interpretação extensiva, tem sido a opção dos operadores do direito. Mas tal, ainda que se nos afigure uma solução *ad hoc*, exigia uma nova regulamentação, o que seria, cremos, a melhor opção do legislador. Não podemos ter a pretensão de usar mecanismo de regulamentação idênticos para realidades distintas.

Essa terá sido uma das razões, entre muitas outras, para a aprovação do Regulamento Europeu 910/2014 que revogou a Diretiva 1999/93/CE<sup>(11)</sup> e veio estabelecer um quadro jurídico comum, aplicado diretamente em todos os Estados-Membros. Foi estabelecido um quadro comum de documentos e assinaturas eletrónicas admissíveis pelo Tribunal, bem como um novo conjunto de instrumentos jurídicos, adaptados às possibili-

---

(9) Entendendo nós que a impressão em papel de um documento eletrónico constituirá uma cópia em diferente tipo de suporte, sendo o documento eletrónico propriamente dito o original. Esta questão será abordada adiante a propósito da consideração das noções de suporte e formato.

(10) A este respeito, temos que constatar a total inexistência, no direito processual civil português, de normas que contemplem a produção de prova electrónica.

(11) A Diretiva 1999 foi revogada com efeitos a 01/07/2016 pelo art. 50.º do Regulamento (EU) n.º 910/2014, de 23 de julho (eIDAS), directamente aplicável aos Estados-Membros (art. 288.º do Tratado de Lisboa e art. 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa).

dades tecnológicas atuais, destinado a garantir a segurança e fiabilidade das comunicações e transações eletrónicas. Um aspeto importante do Regulamento Europeu é a opção assumida pelo legislador europeu por uma abordagem tecnologicamente neutra<sup>(12)</sup>. Pode-se dizer que a neutralidade tecnológica e a equivalência funcional são dois fatores importantes na construção de um mercado digital europeu inovador, confiável e seguro, do qual o Regulamento 910/2014 será, sem dúvida, o instrumento jurídico<sup>(13)</sup>.

O Regulamento eIDAS veio reconhecer, no seu considerando 63, a importância dos documentos eletrónicos “*para o futuro desenvolvimento das transações eletrónicas transfronteiriças no mercado interno*”, estabelecendo ainda o relevantíssimo princípio de que não podem ser recusados efeitos legais a um documento eletrónico, “*pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico*”. Este princípio ficou expressamente assumido no art. 46.º do Regulamento sobre os efeitos legais do documento eletrónico<sup>(14)</sup>. No entanto, o Regulamento não pretendeu regular a noção de documento estabelecida em cada direito nacional. Nessa esteira, deparamo-nos com o recente Decreto-Lei n.º 12/2021, de 09 de fevereiro que veio assegurar a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (EU) 910/2014. Ainda que o Regulamento seja obrigatório e diretamente aplicável na ordem jurídica portuguesa, incumbe aos Estados-Membros assegurar a sua execução nos respetivos ordenamentos.

O art. 362.º Código Civil português<sup>(15)</sup>, estipula que os documentos têm de ser gerados pelo homem, ou seja, o documento é o resultado de

---

(12) Mas que já vinha de trás e que já havia encontrado manifestação expressa e claramente assumida na Directiva 1999/93/CE. Aliás, foi esta directiva a causa directa da aprovação em Portugal do DL 62/2003, o qual veio substituir a designação original do DL 290-D/99 que expressamente referia “regime jurídico dos documentos electrónicos e assinatura digital”. Com o DL 62/2003 e a transposição da Directiva o regime português passou a referir o conceito mais amplo de “assinatura electrónica avançada”, do qual a assinatura digital é uma das suas possíveis modalidades. De todo o modo, o Regulamento eIDAS veio expressamente assumir este intuito de neutralidade tecnológica: “O presente Regulamento deverá ser tecnologicamente neutro. Os efeitos legais que o presente Regulamento produz deverão poder ser obtidos por qualquer meio técnico, desde que os requisitos do Regulamento sejam cumpridos” (Considerando 27 do Regulamento eIDAS).

(13) FRANCISCO C. P. ANDRADE, *Identificação eletrónica, assinatura e serviço de confiança*, UNIO — *EU Law Journal*. Vol. 4, N.º 2, Julho 2018, pp. 103-112.

(14) É importante referir que o Regulamento 910/2014, sendo um Regulamento Europeu, tem aplicação directa e imediata em todos os Estados-Membros. O que nos leva a constatar a existência de uma norma europeia, directamente aplicável em Portugal, que impõe a consideração legal dos documentos electrónicos, mas sem que existam regras correspondentes em matéria de direito processual civil que regulem a produção deste novo meio de prova.

(15) Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de novembro.

uma atividade humana. Se assim é, questiona-se: e os documentos eletrónicos? Na verdade, nos tempos que correm, grande parte dos documentos são produto da atividade humana, mas alguns documentos eletrónicos já não serão necessariamente um produto de uma atividade humana, e.g., produtos feitos por robôs. A função representativa destes documentos é indiscutível. Mas poderemos considerá-los ainda e sempre como uma mera reprodução mecânica? A introdução no circuito comercial de “documentos” elaborados por entes eletrónicos providos de capacidade de atuação autónoma, sem intervenção humana<sup>(16)</sup> vem tornar, cada vez mais premente, a adoção de um conceito amplo de documento eletrónico, seja este elaborado ou não pelo homem.

### 3. O suporte e o formato

O art. 3.º do Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto (RJDEAD)<sup>(17)</sup> estipulava que “*O documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita*” (sublinhado nosso).

Este artigo fala-nos de “*conteúdo*”. Sucede que, posteriormente, o legislador português criou uma evidente confusão com o Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro<sup>(18)</sup> ao referir o termo “suporte”, no seu art. 26.º, n.º 1: “*As declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação*”. A referência ao “suporte”, considerando a referência prévia de “conteúdo”, denota uma confusão grosseira de conceitos por parte do legislador. O suporte, por definição, é o que serve de sustentáculo a alguma coisa. O conteúdo, por definição, é o escrito, o assunto, a ideia ou o recheio de algo. Logo, o suporte pode ser importante para efeito de prova, mas não para efeito de consideração de existência ou não de escrito. Um escrito é por definição

---

<sup>(16)</sup> O que já motivou uma importante inovação do legislador português na Lei do Comércio Eletrónico (DL 7/2004) art. 33.º que, expressamente, refere em epígrafe “contratação sem intervenção humana”.

<sup>(17)</sup> O Decreto-lei n.º 290-D, de 2 de agosto foi revogado tácita e parcialmente em todas as disposições que contrariavam o Regulamento Europeu n.º 910/2014 e, recentemente, foi integralmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 12/2021, de 09 de fevereiro (integralmente).

<sup>(18)</sup> Transposição da Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000 sobre comércio eletrónico.

algo que pode ser lido e, neste sentido, está muito mais correta a expressão da antiga norma do DL 290-D/99, agora confirmada no DL n.º 12/2021.

De facto, quanto ao requisito de forma escrita, o Decreto-Lei n.º 12/2021, de 09 de fevereiro acabou com as dúvidas que existiam ao estipular, no seu art. 3.º n.º 1, o que já constava no Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto: “*O documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita*” (sublinhado nosso). Porém, a questão relativa ao suporte mantém-se.

No documento eletrónico temos uma desvinculação entre o conteúdo e o suporte: o conteúdo pode mudar de suporte sem que seja alterado ou perdido. Sem suporte, a sequência de bits é efêmera e não constitui um documento. O documento eletrónico precisa de suporte para conservar a sequência de bits. Mas o documento eletrónico não está adstrito a um corpo físico, pode ser transferido entre vários tipos de suporte sem perder a sua capacidade representativa.

Acresce que, até iremos mais longe ao afirmar que o aludido art. 26.º n.º 1 quando se refere ao suporte como garantia de fidedignidade e inteligibilidade das declarações emitidas por via eletrónica, deveria falar em formato de ficheiros. É diferente falar em suporte e em formato. O suporte permite o guardar, conservar ou arquivar. O formato é a forma de organização de dados e de representação da informação, e.g., *Word, Excel, PDF, PowerPoint, JPEG*, etc. E o conteúdo de um documento pode, na verdade, ser expresso em diferentes formatos<sup>(19)</sup>.

Mais importante do que o suporte, para efeito de prova, é a questão da inalterabilidade do documento. E aqui devemos analisar o formato. Contudo, entramos noutra contrassenso: o documento em formato *Word* (o original?) pode ser mais facilmente alterado do que o documento em formato *PDF* (a cópia?). Conclui-se, portanto que o formato é que pode ser mais ou menos seguro. E isto poderia (e deveria) ser tido em conta pelo legislador. No art. 26.º do DL 7/2004 em vez de se confundir escrito com suporte, poderia ter havido um privilegiar de formatos que permitissem a inalterabilidade ou a rastreabilidade das alterações dos documentos. Tais formatos, sim, dariam garantias de fidedignidade e conservação.

---

<sup>(19)</sup> Sobre os formato de ficheiro electrónico cfr. numa perspectiva de direito intelectual, o trabalho de PEDRO DIAS VENÂNCIO, *A tutela jurídica dos formatos de ficheiro electrónico*, Edições Almedina, 2016: “embora todos os computadores trabalhem em sistema de numeração binário, os diferentes programas de computador utilizam inúmeros FFE distintos em função do tipo de dado que pretendem representar digitalmente, da maior ou menor precisão com que o pretendem fazer e das opções técnicas que façam quanto à forma de digitalização ou representação digital”.



Posto isto, os termos de conteúdo, de suporte e de formato, são diferentes e devem ser concretamente definidos pelo legislador sob pena de entrarmos em contrassensos jurídicos.

A conservação de longo prazo de documentos eletrónicos é importante e está intrinsecamente ligada ao suporte e ao formato. Os ritmos da evolução levam a que os documentos, com as rápidas e constantes atualizações, deixem de ser legíveis. Temos de considerar esta questão como importante para o direito. Qual a solução? Preservação de longa duração de documentos eletrónicos, diremos. Mas como? *A priori* temos duas opções:

- 1) Emulação: pressupõe que tudo seja conservado no formato original, onde os formatos são importantes. Para tal tem de se assegurar que o *hardware* e *software* sejam mantidos, o que implica manter equipamentos e programas durante um longo tempo. Vantagem? Garante, em qualquer momento, a leitura do documento eletrónico. Desvantagem? Pesados custos. Logo não é eficiente. Se não é eficiente temos de ir para outra solução, ou seja, a migração;
- 2) Migração: quando aparece um novo formato, existe a possibilidade de migração dos documentos para o novo formato. Só que também este método encontra grandes dificuldades na sua aplicação, e uma das principais prende-se com a utilização das chamadas assinaturas digitais<sup>(20)</sup>. É que um dos pressupostos essenciais da utilização deste tipo de assinatura passa precisamente pelo controlo de integridade dos documentos. E a aplicação deste tipo de assinatura leva a que o próprio documento, ou pelo menos a assinatura, só sejam legíveis desde que não haja qualquer alteração do seu conteúdo. O que levanta evidentes dificuldades nos casos em

---

<sup>(20)</sup> Questão que se poderá colocar também é a da própria capacidade de conservação da assinatura digital propriamente dita. Cf. SOFIE VAN DEN EYNDE, *Digitale Archivering: een juridische stand van zaken vanuit Belgisch perspectief. Deel 1*, in “Digitale Archivering in Vlaamse Instellingen en Diensten” — DAVID, Faculteit Rechtsgeleerheid, Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica, Leuven 2001, p. 83: “De houdbaarheid” van een digitale handtekening is ook niet onbeperkt. Net zoals de software waarmee een document werd aangemaakt, zullen ook de cryptografische technologieën verouderen waardoor de digitale handtekening niet meer leesbaar is. Bijgevolg zal ere en bepaald procédé moeten toegepast worden op de digitale handtekening, zoals migratie of emulatie, om ze leesbaar te houden” (A “capacidade de conservação” de uma assinatura digital também não é ilimitada. As tecnologias criptográficas também se tornarão antiquadas, tal como o software usado na elaboração de um documento, pelo que a assinatura digital deixará de ser legível. Consequentemente, deverá ser aplicado um determinado procedimento à assinatura digital, como a migração e a emulação, para que esta se mantenha legível).

que se pretenda migrar os dados eletrônicos para novos formatos ou novas plataformas de *software*. É que, por um lado, a simples modificação de um bit que seja pode tornar um texto (ou uma assinatura) simplesmente ilegível<sup>(21)</sup>. Mas por outro lado, também é necessário garantir que a própria assinatura digital pode ser devidamente aplicada, de modo que o documento seja lido e a origem e integridade do documento verificadas, muitos anos depois da criação e assinatura do documento eletrônico em causa<sup>(22)</sup>.

Aqui temos um problema sério com as assinaturas digitais. O documento passa a ser diferente e, sendo modificado, a integridade do documento está afetado e o *hash*, resultante da sua leitura, passa a ser diferente e, portanto, deixa de ser possível comprovar a autenticidade do documento. O que fazer? A solução, a nosso ver, passa pela utilização de um novo tipo de serviço da sociedade da informação qual seja o serviço de migração certificada, e.g., serviço de notariado eletrônico. No momento da migração, teríamos um terceiro de confiança que asseguraria que o conteúdo de um documento migrado é idêntico ao do documento original e que o documento original estava devidamente assinado, com assinatura aposta em determinada data, tudo conforme verificado pelo terceiro de confiança (notário eletrônico).

---

(21) Questão esta que vem colocando algum ceticismo em torno da própria utilização das assinaturas digitais: “Skepticism appeared as soon as it became clear that, when using digital signatures, control of the integrity is only possible if the electronic data remain completely unchanged at the bit-level. This raises a problem when archivists want to migrate electronic data to new formats or software platforms in order to keep them accessible and legible. Some people have immediately concluded that digital signatures are therefore not useful and hence not relevant for archival purposes. “, cf. Jos DUMORTIER, “E-Government and Digital Preservation”, in “E-Government: legal, technical and pedagogical aspects”, Universidad de Zaragoza, 2003, pp. 93-104.

(22) Parece evidente que, após uma migração, se revestirá da maior importância a realização de cópias de segurança. Cf. SOFIE VAN DEN EYNDE, “Wat archiveren en hoe? Op zoek naar de rol van PKI voor digitale archieven” (O que arquivar e como? À procura da função da Infraestrutura de Chaves Públicas para arquivos digitais), in <<http://www.expertisecentrumdavid.be/davidproject/teksten/Rapporten/Rapport6.pdf>> ponto B.2.3: “Maken van veiligheidskopieën van gearchiveerd informatiepakket” (A elaboração de cópias de segurança dos pacotes de informação arquivados). Mas, na verdade, o que a Autora na realidade propõe é a elaboração de um segundo exemplar do documento: “Het maken van deze kopie mag in geen geval uitgesteld worden. Beide exemplaren moeten idealiter tegelijkertijd gearchiveerd worden. Bovendien moet erover gewaakt worden dat de veiligheidskopie eveneens het origineel bevat. Het word “veiligheidskopie” is hier dus eigenlijk niet op zijn plaats. Beter is te spreken over “het tweede exemplar”. (A elaboração dessa cópia não pode, em caso algum, ser adiada. O ideal é que ambos os exemplares sejam arquivados ao mesmo tempo. Além disso, deve ter-se em atenção que a cópia de segurança deve conter também o original. Portanto, o termo “cópia de segurança” não está aqui, de facto, no sítio correcto. Será melhor falar de um “segundo exemplar”.

#### 4. Escrito, assinatura, prova

Outra questão é a de saber se um documento eletrónico pode ou não valer como documento escrito? A este propósito temos que esclarecer que um documento, seja ou não eletrónico, pode também ser ou não um escrito. A este respeito, o DL 290-D/99 era claro, no seu art. 3.º ao estabelecer a distinção entre as situações previstas no seu n.º 1 *“quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita”* e no seu n.º 3 *“documento eletrónico cujo conteúdo não seja suscetível de representação como declaração escrita”*. Porque um documento eletrónico pode ter representação textual (podendo ser lido) ou representação áudio ou vídeo e esses documentos não podem ser lidos. O Decreto-Lei 12/2021, no seu art. 3.º n.º 1, veio clarificar este aspeto.

O art. 46 do Regulamento Europeu 910/2014 veio resolver a questão dos efeitos legais dos documentos eletrónicos, ao estabelecer que não podem ser negados efeitos legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a um documento eletrónico pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico.

No entanto, o Regulamento Europeu não determina o que deve ou não ser entendido por escrito, deixando essa tarefa a cada legislador nacional. Em Portugal, apesar de termos que entender que o DL 290-D/99 foi em boa medida revogado pela aprovação do Regulamento eIDAS, temos por claro que o n.º 1 do art. 3.º do DL 290-D/99 manteve-se plenamente em vigor<sup>(23)</sup> até à sua revogação pelo Decreto-Lei n.º 12/2021.

Outra questão de fundamental importância prende-se, já não com a admissibilidade do documento eletrónico enquanto meio de prova, mas com a consideração do valor probatório de documento eletrónico assinado. O direito português estabelece a distinção entre documentos autênticos e documentos particulares, dizendo o n.º 2 do art. 363.º do Código Civil: *“Autênticos são os documentos exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de atividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública; todos os outros documentos são particulares”*. E os documentos particulares, como vimos, podem ser documentos

---

(23) Nem sequer consideramos a hipótese, que conduziria a resultados absurdos, de o n.º 1 do art. 3.º do DL 290-D/99 poder ter sido revogado pelo art. 26.º do DL 7/2004, o qual seria de muito difícil compreensão e, sobretudo, de muito difícil compatibilização com a noção de escrito do DL 290-D/99. Mas há que referir, a este respeito, que a re-publicação do DL 290-D/99 após a sua última alteração, operada pelo DL 88/2009, manteve a referida norma em vigor.

escritos ou não escritos, assinados ou não assinados. Questão é saber em que situações o direito português considerará um documento eletrónico escrito como sendo um documento particular assinado. E a este respeito atendíamos ao disposto no art. 3.º, n.º 2 do DL 290-D/99: “*Quando lhe seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento eletrónico com o conteúdo referido no número anterior<sup>(24)</sup> tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do art. 376.º do Código Civil*”. O que o mesmo é dizer que “...faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova de falsidade do documento”. Estes são aspetos regulados pelo direito civil português e que o Regulamento eIDAS não aborda de todo. No entanto, a aprovação do novo Regulamento Europeu, em 2014, veio trazer uma importante clarificação quanto aos efeitos jurídicos e valor de prova das assinaturas eletrónicas e dos documentos por elas assinados. Começa por dizer o art. 25.º do Regulamento eIDAS que “*não podem ser negados efeitos legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a uma assinatura eletrónica pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico ou de não cumprir os requisitos legais para as assinaturas eletrónicas qualificadas*”. Ou seja, o Regulamento vem reconhecer que tanto as assinaturas eletrónicas avançadas<sup>(25)</sup> como as assinaturas eletrónicas qualificadas<sup>(26)</sup> são admissíveis como prova em Tribunal e não lhes podem ser negados efeitos legais. No entanto, o legislador europeu também veio reconhecer que às assinaturas eletrónicas avançadas e qualificadas corresponderão diferentes níveis de segurança e essa diferença traz consigo consequências jurídicas, o que o legislador europeu expressamente reconheceu e consagrou no n.º 2 do art. 25.º: “*A assinatura eletrónica qualificada tem um efeito legal equivalente ao de uma assinatura manuscrita*”. Esta norma europeia veio, assim, pôr termo à estranha distinção então estabelecida pelo DL 290-D/99 entre assinaturas eletrónicas qualificadas e assinaturas eletrónicas qualificadas certificadas por entidades certificadoras credenciadas<sup>(27)</sup>. Agora, o con-

---

(24) “...suscetível de representação como declaração escrita”.

(25) — “uma assinatura que obedeça aos requisitos estabelecidos no art. 26.º” (art. 3.º, n.º 11 do Regulamento).

(26) — “uma assinatura eletrónica qualificada criada por um dispositivo qualificado de criação de assinaturas eletrónicas e que se baseie num certificado qualificado de assinatura eletrónica” (art. 3.º, n.º 12 do Regulamento).

(27) Deve assim entender-se que o Regulamento 910/2014 veio alterar o n.º 2 do art. 3.º do DL 290-D/99. Assim, onde se lia: “...aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada...”, deveria passar a ler-se “aposta uma assinatura eletrónica qua-

ceito de “*assinatura eletrónica qualificada*” é igualmente estabelecido em todos os Estados-Membros e torna-se claro que todas as assinaturas eletrónicas qualificadas têm valor de assinatura manuscrita. Pelo que um documento eletrónico escrito ao qual seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada deverá ser considerado, de acordo com a lei civil portuguesa, como documento particular assinado e gozar da força probatória estabelecida pelo art. 376.º do Código Civil.

Por sua vez, o recente Decreto-Lei 12/2021, no seu art. 3.º, n.º 2, veio clarificar o que já resultava do Regulamento eIDAS de que a aposição de uma assinatura eletrónica qualificada a um documento eletrónico equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte papel<sup>(28)</sup>. E, no seu art. 3.º, n.º 3, em consonância com o disposto no Regulamento eIDAS, o DL n.º 12/2021 diz-nos que “*a assinatura eletrónica qualificada deve referir-se inequivocamente a uma só pessoa singular ou representante da pessoa coletiva e ao documento ao qual ela é aposta*”. Estranha-se a referência “a assinatura eletrónica qualificada” quando, em bom rigor, o Regulamento EIDAS, no seu art. 3.º, n.º 9, diz que signatário é “a pessoa singular que cria uma assinatura eletrónica”, sem fazer distinção entre assinaturas eletrónicas simples, avançadas ou qualificadas; e, no art. 25.º, n.º 1, diz-nos que “*não podem ser negados efeitos legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a uma assinatura eletrónica pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico ou de não cumprir os requisitos exigidos para as assinaturas eletrónicas qualificadas*”. Afigura-se, portanto, evidente que qualquer assinatura eletrónica (seja ou não qualificada) deve referir-se inequivocamente a uma só pessoa singular ou representante da pessoa coletiva e ao documento ao qual ela é aposta. Assim, a palavra “qualificada” do art. 3.º, n.º 3 do DL 12/2021 peca por excesso e deveria ser considerada resultado de um lapso de escrita, sob pena de podermos vir a ter uma confusão quando forem utilizadas assinaturas eletrónicas avançadas (v.g., assinaturas dos Advogados via *Signius*). A verdadeira importância da utilização de assinaturas eletrónicas qualificadas está no nível probatório e esse está previsto no art. 3.º, n.º 5 do DL n.º 12/2021.

---

lificada...” eliminando-se a referência à entidade certificadora credenciada e passando o foco para o cumprimento dos requisitos estabelecidos no Anexo I do Regulamento 910/2014 e aplicáveis aos certificados qualificados de assinatura eletrónica”. Entretanto, a questão ficou ultrapassada com o DL 12/2021 e a revogação integral do DL 290-D/99.

<sup>(28)</sup> Tais documentos eletrónicos, consequentemente, são considerados documentos particulares assinados.

Confusão escusada é a vertida no art. 3.º, n.º 6 do DL 12/2021 ao estipular que: “*Quando lhe seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada, o documento eletrónico cujo conteúdo não seja suscetível de representação como declaração escrita tem a força probatória prevista no art. 368.º do Código Civil e no art. 167.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, na sua redação atual*”. Significa isto que, a partir de agora, as reproduções mecânicas, para valerem como tal, têm de ter assinatura eletrónica qualificada?... Este preceito faz uma evidente confusão entre assinatura e reprodução mecânica, parece-nos claramente despropositado e poderá criar enormes incertezas quanto à aplicação dos arts. 368.º do Código Civil e 167.º do Código de Processo Penal.

Por fim, uma nota de preocupação para a revogação integral do DL n.º 290-D/99 nos termos do art. 36.º do DL 12/2021, uma vez que tal foi feito sem regular as matérias relativas à suspensão e revogação dos certificados qualificados e às obrigações do titular do certificado, criando-se, assim, um verdadeiro vazio legal e que certamente criará situações de incerteza jurídica em matéria de fundamental relevo para a própria segurança da utilização de assinaturas eletrónicas.

## 5. Original versus cópia (documento de um documento)

O art. 4.º do RJDEAD dizia-nos que “*As cópias de documentos eletrónicos, sobre idêntico ou diferente tipo de suporte, são válidas e eficazes nos termos gerais de direito e têm a força probatória atribuída às cópias fotográficas pelo n.º 2 do art. 387.º do Código Civil e pelo art. 168.º do Código de Processo Penal, se forem observados os requisitos aí previstos.*”

Esta era a tese de que a impressão de um documento eletrónico constitui cópia analógica de um documento eletrónico. Estranhamente, o DL 12/2021 procedeu à revogação integral do DL 290-D/99 sem se debruçar sobre este ponto. Mas vejamos os diferentes tipos de cópias existentes:

1. Cópias analógicas de documentos informáticos, ex: impressão;
2. Cópia informática de documento analógico, ex: *scanner*;
3. Cópia informática de documento informático: sequência diferente de valores binários do documento original;

4. Duplicado informático: sequência igual de valores binários do documento original<sup>(29)</sup>.

Em todos o elo comum é o documento original ser eletrónico.

E o que é cópia e original de um documento eletrónico? O original é o documento em *bits*<sup>(30)</sup>. O documento em formato *Word*, estando na base criativa, é o documento original. Transformar o documento do formato *Word* em formato *PDF*, é fazer uma cópia em diferente formato. Se, eventualmente, enviarmos o documento, em formato *Word*, para um terceiro, pese embora menos seguro quanto à possibilidade de alteração, estaríamos a enviar o documento original.

O que é um documento gerado em papel através da impressora? É um documento ou é uma cópia de um documento eletrónico? Considerando que o documento original eletrónico é elaborado em *bits* (não em papel), logo, a fotocópia é uma cópia em diferente suporte, *maxime* uma reprodução mecânica.

## 6. Conclusão

Hoje vivencia-se uma ampla discussão sobre a equiparação do documento eletrónico com o documento em papel, com o intuito de se poder usufruir e utilizar-se de todo o seu benefício, uma vez que as suas diferenças básicas estão nas formas de materialização e não na informação armazenada, informação, esta, que representa o interesse das partes envolvidas.

A assinatura digital é um avanço tecnológico que visa aumentar a segurança dos documentos eletrónicos, garantindo a sua integridade, autenticidade e a conservação do conteúdo. Para os eruditos, os métodos de criptografia assimétrica e certificação digital são técnicas de excelência que vão garantindo a validade jurídica dos documentos eletrónicos e a segurança na sua utilização. Porém, deverá o direito adequar-se às mudanças sociais, às novas tecnologias e às novas relações ou factos jurídicos. O legislador europeu veio reconhecer que às assinaturas eletrónicas avan-

---

<sup>(29)</sup> Código da Administração Digital Italiano (CAD), decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, sucessivamente modificado e integrado pelos decretos legislativos 22 agosto 2016 n. 179 e 13 dicembre 2017 n. 217.

<sup>(30)</sup> Unidade elementar de medida de informação que apenas pode tomar dois valores distintos (geralmente notados 1 e 0), *in* Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.

çadas e qualificadas corresponderão diferentes níveis de segurança e essa diferença traz consigo consequências jurídicas, o que o legislador europeu expressamente reconheceu.

Cabe ao legislador regular as relações entre indivíduos, dando-lhes segurança e estabilidade nas relações jurídicas que os mesmos estabelecem, não deixando de utilizar as novas evoluções em virtude de entendimentos inflexíveis de antigos dogmas jurídicos.

O uso dos meios informáticos é cada vez mais comum em todas as atividades, e tornam-se mais necessários na medida em que há o aumento expressivo do volume de informações com o qual os profissionais são obrigados a lidar. Crenças e paradigmas de que o documento eletrônico nada mais é que uma imagem digitalizada sem valor jurídico devem ser substituídos pela ideia concreta de que é sinónimo de progressão social e inovações benéficas que visam à comodidade e à facilidade da sociedade.

A descentralização normativa da matéria digital pode revelar-se nociva para um sistema jurídico coerente. Ao invés desta descentralização, o desejável seria um sistema unificado e claro. Desta feita, a legislação no âmbito digital revela defeitos e omissões, cuja clarificação se impõe sob pena de entrarmos em contrassensos.



# EM DEFESA DO ESPAÇO RURAL, SEU ORDENAMENTO E IDENTIFICAÇÃO

*Pelos Prof. Doutores Glória Teixeira  
e J. A. Mouteira Guerreiro*

## *SUMÁRIO:*

**PRIMEIRA PARTE** — Ordenamento do Espaço Rural. **I.** Introdução. **II.** Caracterização do Espaço Rural. **III.** Oportunidades no Espaço Rural. **IV.** Investimentos no Espaço Rural. **V.** Medidas de Incentivo e Facilitação do Emparcelamento. **SEGUNDA PARTE** — Apontamento sobre a identificação do prédio, os objetivos do Registo e do Cadastro e do Ordenamento Territorial. **I.** Necessidade da identificação do prédio. **II.** Os objetivos do Registo Predial e do Cadastro. **III.** Os objetivos do Ordenamento do Território e a realidade. **TERCEIRA PARTE** — Conclusões.

## **PRIMEIRA PARTE** **Ordenamento do Espaço Rural**

### **I. Introdução**

Numa sociedade moderna, o ordenamento do território é uma atividade essencial. É impossível endereçar temas como a qualidade de vida dos cidadãos, o desenvolvimento económico, a preservação do património natural, ou a mitigação do aquecimento global, sem ter uma postura ativa a nível do ordenamento do território<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Ver TEIXEIRA, GLÓRIA (dir.), *Direito Rural, Doutrina e Legislação Fundamental*, Vida Económica, 2013.

De modo simplificado, dividimos o território em três grandes áreas: espaço urbano, orla costeira, e espaço rural. Este artigo pretende apenas abordar, e de modo breve, o tema do ordenamento do espaço rural. E o objetivo é apontar algumas ideias simples, na esfera jurídica ou de administração pública, que podem ajudar a fazer evoluir o ordenamento desse espaço.

## II. Caracterização do Espaço Rural

Em termos de grandes dimensões de caracterização, o espaço rural, em Portugal — e identicamente em alguns outros países avançados —, caracteriza-se através de uma dicotomia muito simples.

Por um lado, em termos de área, é o espaço claramente dominante num país como Portugal.

Mas, por outro lado, é um espaço que tem pouca população — e tende a ter cada vez menos, por efeito da urbanização crescente das nossas sociedades.

Esta dicotomia gera problemas, mas também gera oportunidades.

Na medida em que tem pouca população e tende a ter cada vez menos, o espaço rural tem pouca visibilidade e merece pouca prioridade nas discussões sobre os grandes problemas nacionais.

Na realidade, este espaço só aparece nos noticiários e nos debates políticos pelas piores razões — por exemplo, os incêndios florestais de Verão. Mas não precisa de ser assim. A nossa abordagem, e o nosso discurso sobre o espaço rural, podem e devem ser muito diferentes.

Primeiro, temos de encarar a crescente tendência de urbanização das nossas economias como algo de natural e legítimo. Com a evolução tecnológica e a globalização, o crescimento económico está nas cidades, quer nos países avançados, quer no mundo em desenvolvimento.

Por isso, quando as pessoas, principalmente os jovens, se transferem para as cidades, fazem-no por razões perfeitamente válidas — vão à procura de trabalho, vão à procura das oportunidades que já não encontram nas suas terras de origem.

Mas se encararmos este movimento como natural, devemos a seguir analisar a situação resultante em termos das oportunidades que cria. Porque vão ser essas oportunidades que irão criar condições para fixar alguma população nesse espaço.

### III. Oportunidades no Espaço Rural

As oportunidades que se abrem no espaço rural vão depender obviamente de vários fatores, por exemplo, a caracterização física desse espaço — *vide* Trás-os-Montes *versus* Alentejo<sup>(2)</sup>.

Mas, de modo simples, diria que duas frentes de desenvolvimento se abrem no espaço rural no atual contexto. A primeira tem a ver com atividades ago-florestais de cunho moderno, a segunda tem a ver com turismo de natureza.

A minha experiência neste tema resulta de ter nascido e crescido em Castelo de Paiva, concelho eminentemente rural e no qual mantenho relações e interesses, quer pessoais, quer económicos. Declaro, portanto, o meu interesse na matéria.

As duas frentes de oportunidade que referi são evidentes, embora ainda em escala limitada, em Castelo de Paiva.

É um concelho com uma cobertura florestal elevada, principalmente de eucalipto. A agricultura de autoconsumo e pouca comercialização do passado está a dar lugar a uma agricultura profissionalizada, de produção de vinho verde, kiwis, frutos vermelhos, por exemplo. E já existem algumas unidades de turismo rural.

Qual a avaliação global deste quadro económico?

A floresta é ainda gerida de modo pouco proativo<sup>(3)</sup>. A atividade reduz-se a cortar as árvores cada sete anos, fazer uma limpeza ligeira da mata aquando do corte, manter alguns caminhos abertos, e esperar outros sete anos por outro corte. A menos que aconteça um incêndio pelo meio.

As iniciativas na produção agrícola moderna exigem obviamente uma gestão muito mais proativa, mas, são ainda em número algo limitado. E o mesmo quanto ao turismo rural.

Se perguntássemos quais as razões para este quadro, múltiplos fatores poderiam ser apontados. Mas um fator básico seria certamente referido, um fator já identificado como problema há muitas décadas atrás: a fragmentação da posse do nosso espaço rural, principalmente no Norte do país.

Um pequeno empresário que queira fazer um investimento em qualquer destas áreas até pode ter um ou mais terrenos. Mas típica e usual-

---

(2) Ver CARMO, LUÍS ANTÓNIO A., *A vertente aduaneira da política agrícola comum*, in Teixeira, Glória (dir.), *Direito Rural, Doutrina e Legislação fundamental*, Vida Económica, 2013, pp. 313 a 323.

(3) TEIXEIRA, GLÓRIA (COORD.), *A floresta em Portugal, Estudo Jurídico-Económico*, Crédito Agrícola, Vida Económica, 2015.

mente esses terrenos não vão ter a dimensão necessária para tornar o investimento viável.

Para investir em maquinaria agrícola, é necessário ter alguma escala que justifique o investimento.

Para investir, por exemplo num equipamento básico como uma piscina em turismo rural, é necessário ter uma propriedade com a escala adequada.

A questão que se coloca então é como endereçar o problema da fragmentação da propriedade rural.

#### **IV. Investimentos no Espaço Rural**

Ao analisar um negócio, há uma distinção que tipicamente se faz e que ajuda a esta discussão. A questão é saber se o negócio é mão-de-obra intensivo ou capital-intensivo. E a maneira de testar isso é saber se o custo de mão-de-obra pesa muito ou pouco na faturação de uma empresa.

Por exemplo, uma empresa de segurança ou de limpeza, é obviamente de mão-de-obra intensiva. Para atingir o seu volume de faturação, o grande elemento de custo corresponde aos salários que paga.

Já um negócio florestal ou de turismo é de capital intensivo. Porque para atingir a sua faturação, o custo da mão-de-obra pesa muito pouco. O grande custo corresponde ao ativo fixo — terrenos e investimento em equipamentos.

Mas se o negócio é capital-intensivo, então a principal maneira de criar oportunidades para o negócio se desenvolver, é criar condições para os bens de capital estarem acessíveis e disponíveis no mercado, na dimensão necessária para o investimento, se ocorrer. No caso do espaço rural, o primeiro bem de capital de que estamos a falar é a terra.

O legislador português, há muito tempo, criou o instituto do emparcelamento para tentar facilitar a agregação de parcelas, de modo a criar unidades rurais mais eficientes. Em termos concretos, o instituto do emparcelamento dá um direito de preferência aos confinantes, no caso de transação de prédios rústicos<sup>(4)</sup>.

Sendo um instituto com muitas décadas de vida, podemos dizer com alguma segurança que os resultados atingidos têm sido muitíssimo limita-

---

<sup>(4)</sup> Ver TEIXEIRA, GLÓRIA, *A tributação da agricultura e os desafios do século XXI*, in Teixeira, Glória (dir.), *Direito Rural, Doutrina e Legislação Fundamental*, Vida Económica, 2013, pp. 195 a 202.

dos, e muito aquém do que o espaço rural necessita para se desenvolver<sup>(5)</sup>. Numa zona como Castelo de Paiva, é ainda comum encontrarem-se leiras individuais com poucas centenas de metros quadrados. Não se pode dizer que essa situação seja satisfatória numa sociedade moderna como a nossa.

A questão que se coloca, portanto, é o que fazer para conseguir que este estado de coisas evolua. Como se verá a seguir, devemos pensar em medidas para facilitar o emparcelamento, mas, se queremos obter resultados relevantes, devemos pensar em medidas para além do emparcelamento em si.

## V. Medidas de Incentivo e Facilitação do Emparcelamento

As propostas que se elencam seguidamente não contemplam mudanças radicais no instituto do emparcelamento ou em leis relevantes quanto ao tema. Em todos os casos, trata-se de medidas de aperfeiçoamento que podem ser implementadas sem grande custo e sem grande disrupção do atual enquadramento.

### 1. *Agregação de prédios rústicos e urbanos*

De acordo com a atual lei, quando um prédio rústico é transacionado, deve ser oferecida preferência aos confinantes — mas só de outros prédios rústicos. É uma limitação excessiva e que não traz grandes benefícios. Por exemplo, se pensarmos no incentivo ao turismo rural, que envolve prédios urbanos, faz sentido oferecer a preferência também aos confinantes de todo o tipo.

### 2. *Identificação dos Confinantes*

Muitas vezes, os confinantes de um prédio rústico não são conhecidos. A família pode ter-se mudado para outra localização, ou então os proprietários morreram sem descendentes conhecidos na zona, e a herança está com pessoas de fora da localidade.

---

<sup>(5)</sup> Ver, no entanto, medidas recentes de apoio ao emparcelamento rural (DL n.º 29/2020 de 29/06) e criação de uma estrutura de missão para a expansão do sistema de informação cadastral simplificada (Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2020 de 16/06).

Isso coloca o vendedor do prédio rústico numa situação de dificuldade em cumprir a lei. Por outro lado, os confinantes que eventualmente não serão contactados, podem estar a perder oportunidade de comprar terrenos confinantes sobre os quais poderiam ter interesse.

Em situações como estas, os Serviços de Finanças deveriam assumir um papel ativo de suporte ao processo. Um proprietário interessado em vender um prédio rústico, teria a possibilidade de contactar os Serviços de Finanças no sentido de obter identificação e morada de todos os confinantes do seu prédio, no sentido de lhes dar o respetivo direito de preferência. Os Serviços de Finanças deveriam ter capacidade para providenciar essa informação, dado que têm identificação dos proprietários ou representantes dos proprietários, para efeito de tributação de IMI sobre qualquer prédio na sua área de jurisdição.

### 3. Disponibilização de Informação Cadastral<sup>(6)</sup>

Hoje em dia, um investidor que queira analisar oportunidades de investimento no espaço rural, tem duas hipóteses. Pode obter informação via conhecimentos pessoais. Ou então, vai pela Internet. Consulta os sítios de empresas de mediação imobiliária para ver propriedades disponíveis. E depois, se tiver alguma referência que permita localizar o prédio, se calhar consulta o Google Earth.

Está na altura de os serviços públicos em Portugal passarem para a idade da Internet. Não há razão alguma para não estarem disponíveis, na Internet, com acesso livre e gratuito para qualquer cidadão.

Os bens prediais são, como se diz em Castelo de Paiva, “bens ao luar”, no sentido que são bens expostos ao conhecimento público. Não há qualquer justificação para que essa informação não esteja disponível para consulta pública.

Nem toda a informação cadastral precisa de estar acessível. Bastaria o n.º de artigo, localização, denominação e descrição do imóvel, área e confinantes. Mas se isso estivesse disponível, já seria um grande passo em frente face à situação atual.

---

<sup>(6)</sup> Sobre a matéria ver MOUTEIRA GUERREIRO, *Questões básicas em torno da descrição dos prédios*, in Teixeira, Glória (dir.), *Direito Rural, Doutrina e Legislação Fundamental*, Vida Económica, 2013, pp. 325 a 337.

#### 4. *Isenção de IMT em prédios rústicos*

O emparcelamento de prédios rústicos beneficia de isenção de IMT (imposto de transação sobre imóveis). Mas este benefício chama a atenção para uma anomalia da lei tributária.

É que transações de prédios urbanos até 92,407 Euros estão isentas de IMT, desde que se refiram a prédios de habitação, quer seja para uso próprio ou não. Mas, por contraste, não existe qualquer espécie de isenção de IMT para prédios rústicos, para além da isenção em situação de emparcelamento. E, para penalizar mais estes prédios, o legislador opta pela aplicação de uma taxa proporcional de 5% ao invés das taxas progressivas aplicáveis aos prédios urbanos(7).

Ora, sejamos claros, a situação no nosso setor rural é uma situação de inércia, de sub-investimento crónico, e até, em muitos casos, de puro abandono das propriedades.

O emparcelamento surge, em muitas situações, quando um terceiro manifesta um interesse em comprar uma propriedade. É nesse momento que os confinantes têm de decidir se querem fazer o investimento e comprar o prédio vizinho, aumentando o seu valor pela junção dos dois prédios, ou se querem deixar passar essa oportunidade e deixar que o terceiro compre o prédio adjacente.

Ou seja, o emparcelamento depende essencialmente de haver interesse e ofertas de compra de prédios rústicos. Ora, esse interesse e ofertas dependem criticamente da tributação da transação do bem. Por isso, achamos que deveria ser introduzida uma isenção de IMT na transação de prédios rústicos, dentro de um limite que podia ser igual ao limite dos prédios urbanos, em conjugação com um sistema de taxas progressivas conforme aplicável a estes últimos.

Essa isenção ou progressividade estimularia o interesse no investimento no espaço rural, e esse interesse acrescido geraria maior pressão no sentido do emparcelamento do território.

---

(7) Ver TEIXEIRA, GLÓRIA, *Princípios e Técnicas Fiscais no século XXI*, in Teixeira, Glória (coord.), *V Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2019, pp. 101 a 111.

## SEGUNDA PARTE

### Apontamento sobre a identificação do prédio, os objetivos do Registo e do Cadastro e do Ordenamento Territorial

#### I. Necessidade da identificação do prédio

1 — Continuando a discorrer sobre o tema do espaço rural e da correlativa *identificação* dos prédios, julgo dever recordar que a maneira de identificar os imóveis é baseada — e desde sempre tem sido — em conceitos e elementos diversos que tanto se mostram acessíveis à instituição que a efetua, como sobretudo sejam estruturados de harmonia com os objetivos que essa instituição prossegue.

As principais bases informativas sobre os prédios que existem em Portugal — incluindo no tocante aos prédios rústicos — são as que provêm do Cadastro, do Registo Predial e das Matrizes (ou, de um modo geral, do Fisco)<sup>(8)</sup>, mas qualquer delas contém dados diferenciados e veicula informações específicas. Isto mesmo se pode ilustrar muito sucintamente com dois exemplos: o elemento *valor do prédio* que nem sequer consta das descrições do Registo Predial (art. 82.º/1 do Cód. Registo Predial) e, portanto, não é registralmente cognoscível, é obviamente indispensável para o Fisco e para as matrizes, incluindo as cadastrais<sup>(9)</sup> (o art. 12.º/1 do CIMI indica

---

<sup>(8)</sup> Cf: PAULA COUTO, ARMANDO MANSO e ALFREDO SOEIRO, que no artigo *Procedimentos Cadastrais*, referem: “O Cadastro surgiu nos finais do século XVII com fins tributários”. Dizem ainda: “O cadastro predial, a matriz predial e o registo predial são as três bases de informação cadastral imobiliária existentes em Portugal, cada uma com informação específica diferenciada, relativamente aos imóveis ou prédios da base, de acordo com o objectivo para que foi criada”. Os Autores observam (e lamentam) ainda que “O facto de cada uma destas três bases de informação ser organizada, detida e gerida por entidades distintas, sendo ainda por cima tuteladas por ministérios diferentes, fez com que cada uma se desenvolvesse consoante os objectivos para que foi criada, sem uma visão geral de interligação e harmonização da informação”. (Cf. COUTO, PAULA, *et. alt.*, “Procedimentos Cadastrais” in <[https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub\\_geral.pub\\_view?pi\\_pub\\_base\\_id=60359](https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=60359)> e em: <<https://www.google.com/search?q=PROCEDIMENTOS+CADASTRAIS&oq=p&aqs=chrome.0.69i5913j69i57j0j69i6013.3785j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>).

<sup>(9)</sup> O Cadastro, diz VIRGÍLIO F. MACHADO, surgiu nos finais do século XVII com fins tributários. Refere ainda que “na maior parte dos países, o cadastro tem finalidades essencialmente fiscais ou tributárias.” A sua criação destinou-se “à determinação do valor dos bens que integram o território do respetivo país, tendo sido estabelecida a obrigatoriedade de inscrição dos prédios no cadastro, sob pena do pagamento de uma coima. Porque se trata apenas da arrecadação de impostos, dinamizou-se e facilitou-se a inscrição dos titulares cadastrais, sendo suficiente uma mera declaração para que do cadastro fique a constar o nome da pessoa obrigada ao pagamento do imposto, que podia não ser o proprietário do bem, mas o usufrutuário ou o superficiário”. (Cf. MACHADO, VIRGÍLIO F.: *O registo e o cadastro*, in:



expressamente “o seu valor patrimonial tributário”), mormente com vista à tributação do património.

Por outro lado, para o Cadastro é determinante a localização *geográfica*, com o rigoroso “posicionamento dos vértices das suas extremas no sistema de coordenadas”, dados estes que não constam do Registo Predial, nem das Matrizes. Para a organização destas, bem como para a das descrições registrais e quando inexistente nome de rua e número de polícia (ao invés da maioria dos prédios urbanos), não são indicadas as coordenadas, nem os vértices das suas extremas, mas sim as *confrontações* [*cit.*, art. 82.º, c), *in fine*]. Ora, este elemento, em geral, é não apenas mutável, como impreciso. Recorde-se que mesmo no que respeita às chamadas confrontações fixas ou permanentes — casos do caminho público, do rio ou da linha de caminho-de-ferro — elas não são imutáveis: por exemplo, o caminho pode mudar para outro traçado e o terreno que ocupava ser desafetado do domínio público e transmitido a um particular. Algo semelhante pode acontecer com o rio que é desviado para formar uma barragem ou com a linha de caminho-de-ferro que foi extinta. Enfim, também estas confrontações ditas “permanentes”, na realidade não o são. Porém, quando se trata de “confidentes” pessoas, singulares ou coletivas, é evidente que a mutabilidade é ainda bem maior. Em suma: não há confrontações imutáveis, ao contrário das coordenadas de latitude e longitude que se mantêm inalteradas ao longo dos milénios.

E o que se pretende significar com esta observação? Apenas demonstrar que a identificação dos prédios rústicos só com base nas suas confrontações não é fiável nem ajustada ao nosso tempo. Contudo, a que é feita pelo Cadastro, para além de extremamente morosa (há décadas que falta cadastrar um elevadíssimo número dos prédios existentes) também está longe de ser permanente, e não é porque as coordenadas geográficas se alterem, mas porque a generalidade dos prédios rústicos se vai modificando.

Recorde-se que as alterações imobiliárias resultam principalmente de *operações jurídicas* (compras de parcelas, permutas de partes de terreno, aquisições e anexações de prédios contíguos...), as quais até se efetivarem na informação cadastral, demoram imenso tempo (muitos proprietários já nem serão os mesmos). Significa isto que não haverá uma solução satisfatória para a rigorosa identificação e demarcação dos prédios rústicos? Penso que há, como seguidamente se perceberá.

2 — Julgo que o mais moderno e preciso meio para identificar e definir a localização dos imóveis é a georreferenciação. O Decreto Regulamentar 9-A/2017, de 11/03 que especialmente, regulamentou o “sistema de informação cadastral simplificada” — antes criado pela Lei n.º 78/2017 de 17/08 — indica que georreferenciação é a identificação de um terreno através de coordenadas geográficas, definindo a sua localização exata e os seus limites, num mapa, com a ajuda de um satélite, usando o sistema GPS. E a citada Lei n.º 78/2017, no art. 5.º pormenoriza em que consiste a representação gráfica georreferenciada.

Acresce que, entre as várias providências introduzidas, o art. 1.º também criou, além da informação cadastral simplificada, o “Balcão Único do Prédio (BUPi)”<sup>(10)</sup> e o art. 3.º o “número de identificação de prédio”, tendo este artigo explicitado (no n.º 1) que “o prédio tem um identificador único, designado por número de identificação de prédio (NIP)”. De entre as diferentes medidas tomadas — que aqui seria descabido pormenorizar — há ainda a da generalizada obrigatoriedade da georreferenciação “para registar uma propriedade no registo predial” e mais outras três que julgo dever salientar:

- 1) a do procedimento especial de registo de prédio rústico e misto omissivo (art. 13.º e ss.);
- 2) a da conjugação do registo com a representação gráfica georreferenciada (art. 16.º, ss); e
- 3) a definição do BUPi que, nos termos do art. 22.º/1, “é um balcão físico e virtual, da responsabilidade do IRN, I.P., que agrega a informação registral, matricial e georreferenciada relacionada com os prédios”.

Este diploma foi introduzido *a título experimental* em alguns concelhos<sup>(11)</sup>, aplicando-se durante um ano. Depois, como nele se declara “a sua aplicação será avaliada para se planear a implementação a nível nacional”. Essa aplicação só veio a ser estatuída pela Lei n.º 65/2019, de 23/08 — explicitada pelo Decreto Regulamentar n.º 4/2019, de 20/09 — que, no art. 1.º, declarou que se “mantém em vigor e generaliza a aplicação do sistema de informação cadastral simplificada (...) integrando os seguintes procedimentos:

---

<sup>(10)</sup> A informação que este *Balcão* contém é acessível no sítio: <<https://bupi.gov.pt/>>.

<sup>(11)</sup> Foram indicados os concelhos de Pedrógão Grande, Castanheira de Pêra, Figueiró dos Vinhos, Góis, Pampilhosa da Serra, Penela, Sertã, Caminha, Alfândega da Fé e Proença-a-Nova.

- a) O procedimento de representação gráfica georreferenciada (RGG) [...];
- b) O procedimento especial de registo [...].

A indicada Lei, no mesmo art. 1.º, entre outras medidas, decidiu promover a criação de um *acordo de colaboração interinstitucional* entre o Centro de Coordenação Técnica e cada município, bem como a universalização do Balcão Único do Prédio (BUPi), configurado pela mencionada Lei n.º 78/2017, e ainda — quiçá o mais relevante —, no quadro do Centro de Coordenação Técnica, um *protocolo* a celebrar entre a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e o Instituto dos Registos e Notariado, I.P. (IRN, I.P.), segundo o qual “a AT transmite à plataforma BUPi a informação relativa aos prédios inscritos nas matrizes prediais rústica e urbana, localizados no respetivo município, bem como a identificação dos seus titulares, através do nome e número de identificação fiscal, e respetivo domicílio fiscal”. Contudo, o art. 2.º/1 declara que o IRN, I.P., é a entidade responsável pelo sistema de informação cadastral simplificada e pelo BUPi, competindo-lhe entre várias atribuições que sucessivas alíneas especificam, garantir a interoperabilidade dos dados detidos por diversos institutos mormente com vista a, de forma eletrónica, proceder à partilha entre si e com os municípios, da informação relevante sobre os elementos caracterizadores e identificativos dos prédios rústicos e mistos e dos seus titulares.

3 — Em 2007, isto é, dez anos antes da referida Lei n.º 78/2017, já tinha sido publicado o Decreto-Lei n.º 224/2007, de 31/05 que instituiu o “Sistema Nacional de Exploração e Gestão de Informação Cadastral (SINERGIC)”, concretizando a anterior Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2006, de 4/05. O preâmbulo desse Dec-Lei explica que se trata de medida experimental destinada a viabilizar “um sistema de informação predial único que condense, de forma sistemática, a realidade factual da propriedade imobiliária com o registo predial, as inscrições matriciais e as informações cadastrais”.

De entre os objetivos que se intentaram prosseguir, avultam os de “assegurar a identificação unívoca dos prédios”, de modo a “unificar, num único sistema de informação, os conteúdos cadastrais existentes e a produzir”. No que respeita ao Registo Predial diz-se (*inutilmente*) que se quer assegurar que a descrição predial venha a ser lavrada em suporte informático. Digo inutilmente porque, como o legislador devia saber, todos os

registos (descrições incluídas) estão informatizados desde 2007<sup>(12)</sup>, pelo que a aludida afirmação se configura como manifestamente inútil.

Foi no supracitado diploma que também se criou o número de identificação predial (NIP), como “o código numérico atribuído a cada um dos prédios cadastrados”. Ou seja: tratou-se de mais um diploma que surgiu, há mais de 12 anos, cheio de boas intenções, mas cuja concretização se continua a aguardar.

4 — Pelo que muito sucintamente se disse, temos de concluir que foram criados os instrumentos legais bastantes para que qualquer interessado possa obter *online* a fidedigna informação cadastral sobre os prédios, designadamente através do BUPi. Com efeito, o IRN que, recorde-se, é a entidade responsável pelo BUPi, define-o como “um balcão físico e virtual que reúne a informação registral, matricial e georreferenciada relacionada com os prédios, e que opera numa plataforma eletrónica que comunica com todas as bases de dados e aplicações que contêm informação relevante sobre os elementos que caracterizam, identificam e localizam os prédios e os seus titulares, no âmbito do cadastro predial simplificado”.

De entre os temas que se podem consultar saliente-se “a informação resultante da representação gráfica referenciada, as suas especificações e confrontações”. Por outro lado, verifica-se que se declara que existem bastantes destes BUPi.<sup>(13)</sup>, de modo que o acesso a estas (e outras)<sup>(14)</sup> informações estaria atualmente acessível e facilitado.

Por outro lado, o “Número de identificação do prédio (NIP)”<sup>(15)</sup>, sendo um identificador *único* das atualmente diferentes numerações (matriciais, cadastrais e registrais) permitiria ultrapassar muitas das questões decorrentes da conjugação dessas diferenças.

---

<sup>(12)</sup> Além disso, também todos os registos anteriores, desde o ano de 1940, foram extratados para o sistema informático ou digitalizados. E ainda, se vier a lume ou tiver de se analisar algum registo anterior a 1940, também é obrigatório extratá-lo para o sistema informático. Daí que, presente-mente, se deva reconhecer que o Registo Predial (tal como o Registo Civil) está totalmente informatizado desde 2007.

<sup>(13)</sup> Podem consultar-se os postos de atendimento em: <<https://bupi.gov.pt/Index/PostosBupi>> e os elementos que se podem consultar em: <[https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a\\_registral/registo-predial/bupi/faqs/5/](https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-predial/bupi/faqs/5/)>.

<sup>(14)</sup> É o caso da “informação predial simplificada” que pode ser obtida através do sítio na Internet com o endereço: <[www.predialonline.mj.pt](http://www.predialonline.mj.pt)>.

<sup>(15)</sup> O NIP a que se refere o art. 3.º da citada Lei n.º 78/2017, “é um identificador numérico do prédio, sequencial e sem significado lógico, destinado ao tratamento e harmonização de informação de índole predial” e “corresponde ao número da descrição predial”. (Cf. <[https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a\\_registral/registo-predial/bupi/faqs/10/](https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registo-predial/bupi/faqs/10/)>).

Todavia, ao que nos foi dado apurar, na realidade, nem estes balcões, nem o “Número de identificação do prédio (NIP)” estão todos presente-mente operativos. Daí que se nos afigure legítimo entender que nesta *importante* matéria da identificação dos prédios rústicos — e tanto à luz das referências matriciais, como das do Cadastro ou do Registo Predial — *não se torna necessário legislar mais*. Necessário é, sim, que a legislação existente *seja posta em prática*. Veremos se a recente “Estrutura de Missão para a Expansão do Sistema de Informação Cadastral Simplificada” criada pela supracitada (*in nota 5*) Resolução do Conselho de Ministros irá, ou não, contribuir para o cumprimento desse desígnio.

## II. Os objetivos do Registo Predial e do Cadastro

1 — Em anteriores oportunidades pude abordar o tema das relações entre o Registo Predial e o Cadastro<sup>(16)</sup> e aqui retomo algumas das ideias então expostas. A que se configura como notória é que o Cadastro procura ser o acervo atualizado e fáctico das *parcelas* geográficas, onde se incluem prédios, estradas, rios, vias férreas, em suma, *de todas as realidades territoriais* existentes no País, tendo, entre outros fins, o conhecimento *fáctico* das mesmas e do seu enquadramento geo-cartográfico, ao passo que o Registo se propõe constituir uma “base de dados” respeitante à *situação jurídica* dos prédios — *de cada prédio* individualmente considerado e que estiver no comércio jurídico —, essencialmente para obter a cognoscibilidade e oponibilidade *erga omnes* dos direitos, ónus e encargos sobre ele inscritos, com vista à segurança do tráfico imobiliário.

É que, sendo a básica finalidade do Registo, como resulta da pertinente legislação, a de inscrever rigorosa e celeremente os factos que definem a *situação jurídica* do prédio para a tornar cognoscível por todos e deste modo conferir segurança ao comércio jurídico imobiliário, não tem a função, nem os meios, nem tão-pouco os instrumentos técnicos (incluindo os de simples reconhecimento do prédio no local) para informar e definir qual é a configuração, valor, delimitação, exata posição cartográfica desse

---

<sup>(16)</sup> Tratou-se principalmente da intervenção na “II Conferência Ibérica em Registos e Notariado”, em 30/11/2016 na ESTG (*in* <<https://www.estg.ipp.pt/noticias/ii-conferencia-iberica-em-registos-e-notariado>>) e do artigo *Cadastro e Registo são instituições complementares, não duplicadas nem concorrentes*. (Cf. GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA: *in* “O Direito”, Ano 150.º, II. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 227-246).

prédio, bem como a referência — nomeadamente a topográfica e geográfica — *de todos os imóveis*<sup>(17)</sup> existentes em cada concelho, incluindo, portanto, os que com ele confrontam.

Deste breve apontamento introdutório, afigura-se resultar claro que o Cadastro e o Registo encaram os prédios e a propriedade imobiliária sob perspetivas diferentes: aquele como realidades *de facto*: conjunto das diversas coisas imóveis que integram o território; e este como realidades *de direito*: bens imóveis *individualizados* sobre os quais existem e recaem direitos, ónus e encargos.

Citamos já o preâmbulo do Dec-Lei n.º 224/2007 que veio instituir o SINERGIC em que se indica que ao Cadastro compete em especial sinalizar “a realidade factual da propriedade imobiliária”. Quer dizer: o legislador entendeu que o objetivo central do Cadastro, designadamente para se obter a “informação predial única”, consistia em identificar e referenciar a *realidade factual* imobiliária — toda a *realidade factual*, e não apenas a referente aos *prédios* —, mas nunca menciona em quaisquer diplomas que tem por função indicar, definir ou tornar cognoscível a *situação jurídica* dos prédios e muito menos de modo autêntico e exato<sup>(18)</sup>.

Identicamente os apontados DR n.º 9-A/2017 e Lei n.º 78/2017 instituíram “um sistema de informação cadastral simplificada” esclarecendo a Lei que esse sistema visa:

- a) adotar “medidas para a imediata identificação da estrutura fundiária e da titularidade dos prédios rústicos e mistos” e,
- b) criar “o Balcão Único do Prédio (BUPi)”<sup>(19)</sup>.

No tocante à *estrutura fundiária*, foi prevista a “representação gráfica georreferenciada” (RGG) e o art. 6.º/2 daquela Lei refere quais as entidades que têm “legitimidade e competência para a promoção do procedimento”. Com respeito a este ponto, depois de nas duas primeiras alíneas se

<sup>(17)</sup> A lei refere-se, talvez mais precisamente, e como adiante se verificará, a toda a *realidade imobiliária*.

<sup>(18)</sup> Como temos salientado o art. 7.º do Cód. do Reg. Predial contém dois princípios inerentes ao Registo Predial: o da *verdade* e o da *exatidão*. (Cf. GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA, *Ensaio sobre a problemática da titulação e do registo à luz do Direito Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 484, ss. Aí se explicita que “O princípio que o Código contempla no art.7.º é habitualmente designado apenas como de presunção *de verdade*. Todavia, ao que entendemos, a disposição não contempla unicamente a *presunção de verdade*, mas também a *presunção de exatidão*, tal como está estatuído na parte final do preceito quando diz: “nos precisos termos em que o registo o define”).

<sup>(19)</sup> O art. 16.º indica que se pretende a “conjugação do registo com a representação gráfica georreferenciada”.

mencionarem as autarquias locais e a Direção-Geral do Território, a alínea c) indica as “entidades públicas com competência de natureza territorial que promovam operações fundiárias ou exerçam competências na área do ordenamento do território”<sup>(20)</sup>.

Todavia, quanto à competência para o *procedimento especial de registo* dos prédios em causa, o art. 13.º diz: “O procedimento especial de registo de prédio rústico e misto omissivo cabe aos serviços com competência para a prática de atos de registo predial que forem designados por deliberação do conselho diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. (IRN, I.P.)”. Note-se que o conceito de prédio rústico e misto referido nesta disposição é implicitamente, e como regra, o da lei civil.

Para o Cadastro importam essencialmente as “parcelas” cadastrais, englobando tanto os prédios que menciona o supracitado art. 13.º, como praças públicas, rios, estradas, etc.

2 — O Cadastro e o Registo não têm as mesmas conceções sobre a realidade imobiliária. Para o Registo verifica-se que, tal como para a lei civil e fiscal, é essencial, por um lado, a distinção entre prédio rústico e urbano e, pelo outro, a necessidade registral de o prédio *permanecer no comércio jurídico*<sup>(21)</sup>. Note-se que, como há anos explicou CATARINO NUNES, “não se descrevem águas, árvores ou arbustos e, muito menos, direitos”, mas apenas *prédios que permaneçam no comércio jurídico*, visto que “o

---

<sup>(20)</sup> O referido DR n.º 9-A/2017, como reza o seu preâmbulo, “assenta, numa primeira linha, na ideia de que o conhecimento do território e a identificação dos limites e titularidade da propriedade é fundamental para a gestão e decisão das políticas públicas de solos, de ordenamento do território e de urbanismo”. Visa ainda “atribuição do Número de Identificação do Prédio (NIP), sempre que seja confirmada a coincidência entre a informação do registo predial e da inscrição matricial da AT”, bem como, entre outras finalidades, regular o Balcão Único do Prédio (BUPi), “que se constitui como balcão físico e virtual que agrega a informação registal, matricial e georreferenciada relacionada com os prédios, bem como uma plataforma de articulação do cidadão com a Administração Pública no âmbito do cadastro predial” e ainda estabelecer “procedimentos ágeis de RGG, com definição de requisitos técnicos e regras simples que potenciam a apresentação de polígonos”. Por estas breves citações vemos que a intenção do legislador foi sobretudo a de regular a “estrutura fundiária”, identificando os prédios, mesmo para melhor poder estruturar o ordenamento territorial. Para a “composição administrativa de interesses conflitantes em sede de RGG [representação gráfica georreferenciada] “é criada uma comissão “presidida por um conservador a designar por deliberação do conselho diretivo do Instituto dos Registos e Notariado, I.P.”. Também se institui o “procedimento especial de registo” que (como adiante se diz) fica a cargo dos serviços de registo.

<sup>(21)</sup> Para a lei (e designadamente para efeito de registo) só são “coisas imóveis” *proprio sensu* os prédios que “podem ser objeto de relações jurídicas”. Ademais, *estão fora* do comércio jurídico os “que não podem ser objeto de direitos privados” e, portanto, de Registo Predial. (Cf. art. 202.º do Código Civil).

registo predial é um instituto do direito privado e para o direito privado. Supõe as atividades económico-jurídicas particulares”(22).

Não assim para o Cadastro ao qual importam *todas* as realidades imobiliárias, tanto públicas como privadas, já que lhe cabe fazer o atinente levantamento geral e geo-topográfico *na totalidade do território*, isto é, na expressão da lei, “identificar a *realidade factual* imobiliária”. O art. 16.º do Regulamento aprovado pelo aludido Dec-Lei n.º 172/95, tem esta epígrafe “Demarcação dos prédios” e o citado Decreto-Lei n.º 224/2007 dedica-lhe toda a Secção II do segundo Capítulo. Complementando a demarcação, o n.º 3 do art. 12.º refere que as estremas são assinaladas por *marcos* que obedecem a instruções técnicas e, de entre as regras de execução do Cadastro, constam os *trabalhos de campo*, considerados essenciais, bem como os que compreendem a localização de marcos e demais elementos físicos e cartográficos que permitam localizar e definir as *estremas*. Quanto à localização geográfica do prédio, a alínea *n*) do art. 6.º diz que é a resultante do posicionamento das suas estremas nos sistemas de referência e de coordenadas definidas pelo Instituto Geográfico Português. Há ainda várias outras normas indicativas da *importância crucial da demarcação*, bem como da sinalização *topográfica* e *cartográfica* inerentes à exata definição do polígono de cada prédio(23).

Todas as indicadas menções são, a nosso ver, suficientes para demonstrar que estes elementos que para o Registo *não contam, nem tão-pouco são especificados nas descrições*, são fundamentais para o Cadastro.

Em síntese: ao Cadastro, como se disse, importa assinalar *toda* a realidade territorial, cartográfica e geográfica (englobando rios, caminhos, vias férreas, etc.) dividida em “parcelas cadastrais” e não a pormenorizada *situação jurídica* de cada prédio, individualmente considerado (tal como é entendido na lei civil), sendo-lhe irrelevantes os correlativos efeitos no *comércio jurídico*, ao passo que para o Registo *estes é que são essenciais*.

Deste modo, verifica-se que também a mais recente legislação respeitante à informação cadastral continua a considerar (e bem) que o Cadastro

---

(22) Cf. NUNES, CATARINO, *Código do Registo Predial, Anotado*, Coimbra: Atlântida Editora, 1968, pp. 11/12. Note-se que o Autor quando disse “não se descrevem águas, árvores ou arbustos”, não pretendeu significar que: *a*) a servidão de águas ou o direito às águas não pudessem ser inscritos (e são-no, em *inscrições*); *b*) que águas, árvores, poços, etc., não pudessem ser *mencionados* na composição dos prédios, como podem. Mas só *estes* é que são *descritos*.

(23) No art. 5.º da citada Lei n.º 78/2017, de 17/8, é dito que a representação gráfica georreferenciada (RGG) se efetua “através de delimitação do prédio, mediante representação cartográfica das estremas do prédio” e o art. 7.º do D.R. n.º 9-A/2017, de 3/11, contempla os “acertos de estremas e confrontações”.



e o Registo têm perspetivas e competências diferenciadas, aquele a rigorosa e completa definição da *realidade factual imobiliária* — integrada em “parcelas”, sejam ou não “prédios” — e este a de definir e tornar cognoscível por todos a *situação jurídica* de cada prédio, com vista à segurança do comércio jurídico imobiliário.

Consequentemente, se quisermos numa palavra sintetizar o intuito do legislador, podemos indicar que, no tocante aos imóveis, o Cadastro tem a finalidade de determinar a *situação de facto*<sup>(24)</sup> de toda a realidade imobiliária e o Registo a *situação de direito* de cada *prédio determinado* e que esteja no comércio jurídico<sup>(25)</sup>. Deste modo devemos concluir que as duas relevantes instituições não têm os mesmos objetivos, nem são convergentes ou “duplicadas”, mas antes prestam serviços complementares, ambos necessários.

Nestes termos, se um proprietário, ou qualquer eventual interessado, quiser saber qual a delimitação, rigorosa situação, a configuração, a área exata, ou outro elemento *de facto* relativo ao prédio, deve socorrer-se do Cadastro, mas se pretender informar-se sobre *os direitos* que incidem sobre esse prédio, se tem alguma hipoteca, ou penhora, ou outro encargo a onerá-lo, o Cadastro *não lhe pode dar* essa indicação. Terá de socorrer-se do Registo Predial, que conhece a *situação jurídica* do prédio e pode prestar a informação *online*. Também pode certificar, através da denominada “certidão permanente”, os direitos, ónus e encargos que incidem sobre o prédio<sup>(26)</sup>.

---

(24) Não altera esta ilação o facto de o Cadastro se referir a *titulares cadastrais* [art. 6.º, u), do DL n.º 224/2007] como “a pessoa ou pessoas, singulares ou coletivas, públicas ou privadas, proprietárias do prédio, no todo, em parte, ou em regime de propriedade horizontal, os detentores de posse correspondente ao exercício do direito de propriedade, bem como, no caso dos baldios, os compartes”. Significa isto que, para o Registo Predial, é impossível englobar esta *mescla de direitos completamente distintos* num conceito unitário, uma vez que são todos eles notoriamente dissemelhantes, não se podendo equiparar ao direito de propriedade ou a outro direito real, uma vez que têm regimes e registos diversificados. Ou seja: não são necessariamente os proprietários, mas apenas pessoas que se considerou que podiam servir como *interlocutores de facto*, o que confirma que ao Cadastro importa a *situação de facto*.

(25) No Registo Predial os bens do domínio público estão fora da sua alçada. Mas, quanto aos do domínio privado a *situação de direito* está permanentemente atualizada (mormente face ao vigente princípio da obrigatoriedade de registar) e daí que qualquer hipotético adquirente só possa saber com *verdade e exatidão* (*cit.*, art. 7.º) de quem é o prédio e se ele está ou não hipotecado, penhorado ou tem outros encargos através do Registo Predial (incluindo o Registo *online*: <<https://www.predialonline.pt/PredialOnline/>>).

(26) No sítio <<https://www.predialonline.pt/PredialOnline/>> são prestadas essas informações. Quanto à certidão permanente é no sítio: <[https://www.registopredial.com/?gclid=CjwKCAjwydP5BRBREiwA-qrCGk0BW02FTivSE-NQ228XXHgvzpk3fOccYW7oc\\_Mzz8\\_1hT4p59-RNRoC5-YQAvD\\_BwE](https://www.registopredial.com/?gclid=CjwKCAjwydP5BRBREiwA-qrCGk0BW02FTivSE-NQ228XXHgvzpk3fOccYW7oc_Mzz8_1hT4p59-RNRoC5-YQAvD_BwE)>.

3 — A descrição detalhada de todos os prédios é essencial para o Cadastro, mas para Registo ela é tão-só *referencial* e individualizada. O preconizado número do prédio — quando existir — é suficiente, já que o Registo Predial atribui à descrição dos prédios um valor *apenas indicativo da sua existência e identidade*, para que sobre ela sejam lavradas as inscrições, e a cujas menções (como também jurisprudência tem entendido)<sup>(27)</sup>, não se aplicam as presunções de verdade e de exatidão. Além disso, as alíneas do art. 82.º/1 *não fazem alusão alguma* à demarcação, à configuração (ao “polígono”), aos marcos, à planta, ou a outras informações referentes à topografia dos prédios e, ao que julgamos saber, tais indicações jamais constaram de qualquer descrição. No entanto, para o Cadastro a demarcação dos imóveis, a sua planta e localização topográfica constituem objetivos fundamentais.

Um outro ponto relevante, é este: o Registo não está estruturado para informar ou tratar das *parcelas territoriais* — que basicamente importam ao Cadastro —, mas sim, de *cada prédio*, único, determinado e concretamente descrito<sup>(28)</sup>, sobre o qual incidem os direitos, designadamente os Direitos Reais, já que, como se disse — e, entre outros, ORLANDO DE CARVALHO acentuou —, não é possível, atento o *princípio da especialidade*, que existam “direitos reais sobre coisas genéricas”<sup>(29)</sup>. Este princípio também nos diz que o Direito Real que incide sobre um prédio é distinto do que tem por objeto um outro.

Deste modo, é sobre *cada prédio* “individualizado” e definido na descrição, que se publicitam os direitos e que se organizam os sistemas, como o nosso, do denominado *fólio real*, os quais permitem assinalar que cada um deles tenha o seu próprio “historial” jurídico e fáctico *separado de*

---

<sup>(27)</sup> Numa das conclusões do acórdão de 19/09/2017 do STJ (ALEXANDRE REIS), Proc. 120/14, consultável em <www.dgsi.pt>, refere-se o seguinte: “Por outro lado, se a presunção gerada pela inscrição da aquisição do direito no registo predial, ao abrigo do art. 7.º do Código do Registo Predial, *abrange apenas os factos jurídicos inscritos* e não também a totalidade dos elementos de identificação física, económica e fiscal dos prédios, os elementos que fazem parte do núcleo essencial da descrição, no sentido de, sem eles, não se saber sobre que coisa incide o facto inscrito — que não limites, áreas precisas, valores, identificação fiscal e âmbito —, tal presunção *não pode deixar de se estender à (crucial) existência do próprio prédio objecto do direito*, ainda que não à respectiva área, ou, pelo menos, à exactidão desta, sob pena de se presumir o direito sobre coisa nenhuma”.

<sup>(28)</sup> Vide: RODRIGUEZ ALMEIDA, MARÍA GOÑI, *El principio de especialidad registral*. Cuadernos de Derecho Registral. “Fundacion Beneficentia et Peretia Juris”, Madrid, 2005, pp. 70-71 e PAU PEDRÓN, ANTÓNIO, *Elementos de Derecho Hipotecario*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003, p. 52.

<sup>(29)</sup> Cf. CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito das Coisas*, edição coordenada por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REDINHA, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 163. Como se disse, o Autor faz a sobredita afirmação a propósito do “*princípio da especialidade ou da individualização*, princípio consagrado na nossa lei também no art. 408.º/ 2, do Código Civil” (*idem*, p. 163).

*qualquer outro*<sup>(30)</sup>. É que, como também justamente se fez notar, “não se pode manter um direito real se o seu objeto mudar: “*não é juridicamente possível transferir o mesmo direito real de uma coisa para outra*”<sup>(31)</sup>. E, assim, verifica-se que existe uma *indissociabilidade* entre o Direito Real e a “coisa” (*in casu*, o prédio) que dele é objeto<sup>(32)</sup>. É a característica própria destes direitos que se designa habitualmente por *inerência*, a qual, como expressivamente nota CARVALHO FERNANDES, traduz “uma ideia de íntima ligação do direito à coisa”<sup>(33)</sup>.

Significativo é ainda um outro ponto: como bem acentuou RAFAEL ARNAIZ, “a diferença fundamental entre o conceito registral e civil de prédio e o de parcela cadastral consiste na finalidade do grupo normativo destinado à sua regulamentação”. E esclarece que “o Registo da Propriedade forma-se sempre prédio por prédio na medida em que o titular do domínio sobre cada um dos fundos ou prédios pretende que a sua titularidade resulte protegida pelo conjunto de presunções registrais”. (...) “Pelo contrário na formação da parcela cadastral nunca se segue o procedimento individualizado (...)”. Consequentemente, nesse sentido, “cada zona é objeto de um conjunto de trabalhos cadastrais que ilustram o mapa completo de um termo municipal ou de algum dos seus setores”<sup>(34)</sup> e que abrange vários prédios e outras realidades.

Poderíamos acrescentar que, dadas estas profundas diferenças, não se afigura possível apenas pelo Registo — tal como este está hoje estruturado, incluindo em Portugal<sup>(35)</sup> — planear o *ordenamento do território*,

<sup>(30)</sup> Cf. GARCIA GARCIA, JOSÉ MANUEL, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1988, p. 552.

<sup>(31)</sup> A citação é de JUSTO, A. SANTOS, *cit.*, *Direitos Reais*, p. 22. O Autor indica ainda que a passagem é transcrita de MENEZES CORDEIRO (*vide*: CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993, p. 329). Num artigo inserido em publicação que trata do tema do urbanismo também procuramos demonstrar que os direitos que incidem sobre um prédio não são “os mesmos” que passem a incidir sobre outro. (Cf. GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA, “Urbanismo e Registo: o caso específico dos loteamentos urbanos”, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território — Estudos*, II, obra coletiva, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 298-306.

<sup>(32)</sup> RUI PINTO DUARTE quando faz alusão ao princípio da *especialidade* ou *individualização* (que é, como nota, a terminologia de ORLANDO DE CARVALHO) e à impossibilidade de haver um direito real sobre coisas genéricas — o que alguma Doutrina chama «inerência» ou «inseparabilidade» — explica o seguinte: “Realça-se, assim, uma pretendida indissolubilidade entre os direitos reais e as coisas sobre as quais eles incidem”. (Cf. DUARTE, RUI PINTO, citado *Curso de Direitos Reais*, pp. 40-41).

<sup>(33)</sup> Cf. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *cit.*, *Lições de Direitos Reais*, p. 63.

<sup>(34)</sup> Cf. ARNAIZ EGUREN, RAFAEL, *Terreno y Edificación, Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*. Editorial Aranzadi, 2010, pp. 82-83, mas itálico nosso.

<sup>(35)</sup> Dizemos em Portugal, visto que noutros países — como é tipicamente o caso da Alemanha, que consabidamente tem um sistema muito diferente, o Registo é o Cadastro. Aliás, a palavra *Kataster* também se traduz por “Registo Predial” e o *Kataster* não é dirigido por engenheiros, geóme-

organizar a *política dos solos*, ou identificar quais são os prédios existentes em determinada *zona*<sup>(36)</sup>. Recorde-se que um prédio com um número poderá estar, como soi dizer-se, “a milhas” de distância do que nessa freguesia veio a ter o número seguinte — dadas as regras da abertura das descrições<sup>(37)</sup> — e ainda que (ao menos face às atuais normas) não é viável saber quais são as descrições que lhe são territorialmente próximas ou até confinantes. Contudo, para quotidianamente se poderem celebrar os mais vulgares — mas socialmente fundamentais — atos e negócios jurídicos, também não é possível, pelo Cadastro, inscrever direitos, ónus e encargos sobre um prédio, nem tão-pouco conseguir a oponibilidade dos direitos face a terceiros, a fim de obter uma mínima segurança jurídica.

### III. Os objetivos do Ordenamento do Território e a realidade

1 — Como bem diz GLÓRIA TEIXEIRA no início deste artigo, “na sociedade moderna o ordenamento do território é uma atividade essencial”. Tanto essencial — acrescentaria — como também de uma enorme complexidade e vastidão, que se traduz em “infundáveis” referências bibliográficas e *sítios* informativos, incluindo os da própria DGT<sup>(38)</sup>.

Seria, pois, insensato se intentasse em simples artigo tratar de algum dos grandes temas do ordenamento do território. Mas já não o será se apenas pretender considerar a pertinência de determinados pontos tratados na primeira parte.

Sobre tais temas em primeiro lugar, é notório reconhecer que a área do espaço rural é claramente dominante não apenas em Portugal, como na

---

tras, cartógrafos ou especialistas análogos, mas sim por “juízes” (e demais juristas), ou seja, na respetiva circunscrição, pelo *Grundbuchrichter* expressão que se pode traduzir por “Juiz do Registo Predial” (que entre nós é o Conservador).

<sup>(36)</sup> É por isso que quando, por ex., ocorrem incêndios em determinada extensão do território é usual mencionar que tem de se recorrer ao Cadastro para se identificarem os diversos prédios aí existentes.

<sup>(37)</sup> As descrições não são abertas “a pedido” dos proprietários ou por “conveniência” face à localização dos prédios, mas *unicamente* porque tal se tornou necessário para poder ser lavrada (relativamente a prédios omissos), determinada inscrição ou averbamento e até para anotar uma recusa: art. 80.º do Código. Acontece, por isso, que se **A** comprou um campo no lugar de Cima, a que foi atribuída a descrição n.º 100 e a apresentação seguinte se refere a uma penhora da casa de **B** no lugar de Baixo, a respetiva descrição será a que imediatamente se segue — n.º 101 — que fica no lado oposto da freguesia, a vários quilómetros de distância da descrição n.º 100.

<sup>(38)</sup> *Vide* <[http://www.dgterritorio.pt/ordenamento\\_e\\_cidades/ordenamento\\_do\\_territorio/](http://www.dgterritorio.pt/ordenamento_e_cidades/ordenamento_do_territorio/)>. E sobre o “Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT), cf. <<https://pnpot.dgterritorio.gov.pt/>>.

generalidade dos países, mas não assim no tocante à população, que é pouca e que, apesar de o ser, ainda propende a ir diminuindo.

É claro que este desequilíbrio é nocivo sobre vários pontos de vista, mormente por até agora não ter, nem ter criado, oportunidades de trabalho e de realização pessoal. Mas, por outro lado, penso que isso não é a *causa* da falta atual de ordenamento do território, mas sim uma *consequência* de o País, e já de há já bastantes anos, dele ter sido privado.

2 — Afigura-se-me, todavia, que “as culpas” não cabem apenas ao tópico de um tardio ordenamento territorial, mas ainda — ou quiçá principalmente — à *organização da sociedade atual* que decorreu da “revolução industrial” e que, desde então se tem vindo a agravar mesmo depois do final da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial e da denominada “segunda revolução industrial”.

A necessidade de mão-de-obra na indústria, as maiores e melhores oportunidades que as cidades — e as grandes cidades — passaram a oferecer, e tudo aliado às dificuldades da vida rural, foram desertificando as aldeias, como é de todos bem conhecido.

E há outro fenómeno que o Académico e Historiador YUVAL NOAH HARARI, na sua obra *Sapiens*, aponta: *a atual economia consumista e capitalista* que procura e se desenvolve nos centros urbanos. No capítulo “a idade das compras” escreve: “a moderna economia capitalista tem de aumentar constantemente a sua produção caso queira sobreviver (...). No entanto, não basta produzir. Alguém tem de comparar os produtos (...) e para termos a certeza de que as pessoas comprem sempre todas as coisas novas que a indústria produz, surgiu um novo tipo de ética: o consumismo”<sup>(39)</sup>.

Estas considerações que o Autor eruditamente desenvolve traduzem uma insofismável realidade, As pessoas buscam avidamente os centros urbanos e as áreas comerciais e passam mesmo as horas de lazer a ver montras ou a comprar. O campo apenas as seduz em esporádicas *visitas* (quiçá de saudoso nostalgismo) e por breves instantes.

3 — É claro que não podemos ter a insensata pretensão de alterar os desejos e os costumes dos povos. Mas talvez possamos apresentar algumas sugestões acrescentando às que — a meu ver, oportuna e adequadamente — já na primeira parte foram apresentadas.

---

<sup>(39)</sup> Cf. HARARI, YUVAL NOAH, *Sapiens, História Breve da Humanidade*, 12.<sup>a</sup> ed., Amadora: Elsinore, 2018, p. 406.

E a primeira é esta: que se criem incentivos para a execução, no interior do País, do *teletrabalho* que as atuais circunstâncias da Pandemia contribuíram para desenvolver.

Tais incentivos podem — e devem — ser, *cumulativamente*, de vária ordem: um pagamento do trabalho melhorado, estímulos e/ou subsídios à habitação, diminuição da “carga fiscal”, segurança laboral e encorajamento à constituição estável de família, enfim, todas as medidas que possam contribuir para *a fixação* de uma maior população.

Além de tudo isto, também nos parece essencial que *terminem de vez* as “extinções”, tanto de postos de atendimento locais (caso dos CTT), como de repartições públicas, e bem assim de outros serviços.

Apesar do desenvolvimento das cidades e da atual concentração das pessoas nos centros urbanos, torna-se urgente que, com os meios disponíveis e imaginativas oportunidades, se incentive o movimento inverso de retorno das populações ao interior rural.

## TERCEIRA PARTE

### Conclusões

1 — Este artigo endereça o tema do emparcelamento rural e apresenta propostas concretas de melhoria. Há outras áreas onde se pode intervir, por exemplo, no tema do direito sucessório que é muito mais complexo e difícil, exigindo bastante maior investigação e discussão pública.

2 — Para já, a primeira parte deste artigo apresenta quatro propostas simples e cuja execução não implica grande dificuldade ou custo. A única dificuldade que verdadeiramente enfrentamos é quebrar a inércia e dar a devida importância a este tema do ordenamento do espaço rural.

3 — É que um tema tão abrangente como o ordenamento rural, ou um problema particular dessa esfera como o dos incêndios florestais, precisa de uma abordagem sistémica em múltiplas dimensões, conforme demonstra MOUTEIRA GUERREIRO na segunda parte deste artigo. Cada medida, em cada dimensão, não vai resolver o problema. Mas vai ser o somatório de todas essas pequenas medidas que irá trazer algum progresso. É esse o nosso objetivo.

4 — A matéria da *identificação* dos imóveis tem sido sempre baseada em conceitos e elementos ajustados aos objetivos da instituição que a efetua. As principais bases informativas que existem em Portugal, especialmente no tocante aos prédios rústicos, são as que provêm do Cadastro, do Registo Predial e das Matrizes, mas qualquer delas contém dados diferenciados.

5 — Para o Cadastro é determinante a localização *geográfica* e *topográfica* do imóvel, com o rigoroso “posicionamento dos vértices das suas extremas no sistema de coordenadas”, dados estes que não constam do Registo Predial, nem das Matrizes. Para a organização destas, bem como para a das descrições registrais não são indicadas as coordenadas, nem vértices das suas extremas, mas sim as *confrontações*, elemento este que não é fiável nem ajustado ao nosso tempo. Contudo, a que é feita pelo Cadastro, para além de extremamente morosa, também não é permanente porque, a generalidade dos prédios rústicos se vai modificando sobretudo em consequência de operações *jurídicas*, como as anexações e desanexações de parcelas de prédios.

6 — Afigura-se que o mais moderno e preciso meio para identificar e definir a localização dos imóveis é a georreferenciação. O Decreto Regulamentar 9-A/2017, de 11/03 que, principalmente, regulamentou o “*sistema de informação cadastral simplificada*” — anteriormente criado pela Lei n.º 78/2017 de 17/08 — indica que georreferenciação é a identificação de um terreno através de coordenadas geográficas, definindo a sua localização exata e os seus limites, num mapa, com a ajuda de um satélite, usando o sistema GPS.

7 — Em 2007 foi publicado o Decreto-Lei n.º 224/2007, de 31/05, que instituiu o “Sistema Nacional de Exploração e Gestão de Informação Cadastral (SINERGIC)”, concretizando a anterior Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2006, de 4/05. Tratava-se de medida experimental destinada a viabilizar “um sistema de informação predial único que condense, de forma sistemática, a realidade factual da propriedade imobiliária com o registo predial, as inscrições matriciais e as informações cadastrais”.

8 — Foi ainda criado o número de identificação predial (NIP), com “o código numérico atribuído a cada um dos prédios cadastrados”. Tratou-se de mais um diploma que surgiu com boas intenções, mesmo porque evitava confusões desnecessárias, mas cuja concretização se continua a aguardar, assim como de outras medidas anunciadas. Consideramos, pois, que não se torna necessário legislar mais. Necessário é, sim, que a legisla-

ção existente seja posta em prática. Esperemos que a recente Estrutura de missão (criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2020 de 16/06) o consiga.

9 — O Cadastro e o Registo Predial são instituições muito diferentes, com meios, funções e objetivos inteiramente diferenciados, visto que o Cadastro procura ser o acervo de *todas as realidades territoriais* existentes no País, tendo em vista e o conhecimento *fáctico* das mesmas e do seu enquadramento geo-cartográfico, ao passo que o Registo se propõe constituir uma “base de dados” respeitante à *situação jurídica* dos prédios — de *cada prédio* individualmente considerado e que estiver no comércio jurídico —, essencialmente para obter a oponibilidade *erga omnes* dos direitos, ónus e encargos sobre ele inscritos, com vista à segurança do tráfico imobiliário. Numa sumaríssima síntese dir-se-á que o Cadastro tem a finalidade de determinar a *situação de facto* de *toda* a realidade imobiliária do País e o Registo a *situação de direito* de *cada prédio* que estiver no comércio jurídico.

10 — O ordenamento do território é uma atividade essencial, mas de uma enorme complexidade e vastidão. No tocante ao espaço rural é notório reconhecer que a sua área é claramente dominante não apenas em Portugal, como na generalidade dos países, mas não assim no tocante à população, que é pouca e que tende a ir diminuindo.

11 — A sociedade atual é herdeira da “revolução industrial” cuja necessidade de mão-de-obra na indústria motivou que passassem a existir maiores e melhores oportunidades laborais nas cidades, o que, aliado às dificuldades da vida rural, foi desertificando as aldeias e o mundo rural. Acresce que a moderna economia capitalista potenciou o consumismo e a procura dos bens no comércio citadino.

12 — A despeito da atual concentração das pessoas nos centros urbanos, torna-se urgente que, com os meios disponíveis e imaginativas oportunidades, se incentive o movimento inverso de retorno das populações ao interior rural, desenvolvendo-se aí o *teletrabalho* com pagamento melhorado, e demais estímulos, tais como subsídios à habitação, diminuição da “carga fiscal”, segurança laboral e encorajamento à constituição estável de família, enfim, todas as medidas que possam contribuir para a fixação de uma maior população.



# SUBCONTRATAÇÃO E REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE DE CONSTRUÇÃO(\*)

*Pelo Dr. João Filipe Graça(\*\*)*

## *SUMÁRIO:*

1. Introdução. 2. O recurso à subcontratação em contratos de empreitada de obras públicas segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas no acórdão n.º 29/2020, de 31.06.2020. 3. Da subcontratação na Lei n.º 41/2015, de 3 de junho. 4. Da teleologia do recurso à subcontratação no domínio da contratação pública. 5. Da necessidade de uma leitura conforme com as Diretivas da contratação pública e dos princípios consagrados no TFUE. 6. Contrato de subempreitada: noção, forma e conteúdo. 7. Da natureza jurídica do contrato de subempreitada quando celebrado no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas. 8. Da aposição nos contratos de subempreitadas de disposições contratuais previstas nos contratos de empreitada de obras públicas. 9. Da publicização do contrato de subempreitada? 10. Da jurisdição competente para a apreciação de litígios emergentes de um contrato de subempreitada. 11. Referências bibliográficas. 12. Jurisprudência.

## **1. Introdução**

A *subcontratação* não é um instituto jurídico desconhecido no ordenamento jurídico em geral e muito menos na contratação pública em particular. E para o efeito bastará constatar a importância que o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (“TJUE”) tem atribuído na sedimentação do referido instituto e da sua relevância para a construção e efetivação de um mercado

---

(\*) Dedicado à memória do meu *Pai*.

(\*\*) Advogado.

européu de contratação pública, designadamente quando refere a possibilidade de os *operadores económicos* unirem-se com o fito de poderem participar em procedimentos pré-contratuais que, *ab initio*, seriam impossíveis de aceder: fala-se, por isso, de uma relativa (e necessária) indiferença da natureza jurídica do vínculo (subcontratação ou outra) que une os operadores económicos<sup>(1)</sup>.

Recorde-se que a “*pedra angular da contratação pública*”, ancorada num princípio de geometria variável, que mais não é do que o princípio da concorrência, determina, em regra, a necessidade de existir o maior espectro possível de operadores económicos a participar num procedimento pré-contratual<sup>(2)</sup>. E razões ponderosas assim o determinam, na medida em que, em regra, quanto maior for o número de candidaturas, propostas ou soluções apresentadas a uma Entidade Adjudicante, maior será a probabilidade de o interesse público subjacente à decisão de contratar seja eficientemente alcançado e satisfeito, tanto mais que não seja, como bem refere SUE ARROWSMITH<sup>(3)</sup>, pela obtenção do *best value for money* — falamos, aqui, de uma *lógica de interesse direto*, associada aos contratos de procura pública com interesse concorrencial<sup>(4)</sup>.

Mas um aumento da participação dos operadores económicos num determinado procedimento pré-contratual também pode ser visto como uma *prossecação de uma lógica de interesses indiretos, ou difusos* (agora com o fito de alcançar as denominadas *políticas horizontais da contratação pública*)<sup>(5)</sup>, designadamente através de uma utilização estratégica: eis o que acontece com a promoção da participação das PME’s no mercado da contratação pública, designadamente por via das subempregadas<sup>(6)</sup> e da

---

(1) Realidade expressamente reconhecida no Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (SWM COSTRUZIONI 2 SpA), de 10.10.2013, Proc. n.º C-94/12 e reafirmado no Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (PIPPO PIZZO), de 02.06.2016, Proc. n.º C-27/15, ambos disponíveis em <www.curia.eu>.

(2) Para uma análise aos fundamentos que legitimam o afastamento da concorrência em procedimentos pré-contratuais, v., MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AADFL Editora, 2013, *cit.*, p. 913, ss.

(3) Cf., SUE ARROWSMITH, “Understanding the purpose of the EU’s procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform”, *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Swedish Competition Authority, 2012, *cit.*, p. 44, ss.

(4) Seguimos de perto a posição de PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito da Contratação Pública*, 4.ª ed., Almedina, 2020, *cit.*, p. 208, ss.

(5) Sobre as políticas horizontais na contratação pública, v., MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AADFL Editora, 2013, *cit.*, p. 394 e NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, 2015, *cit.*, p. 260, ss.

(6) Veja-se o Considerando n.º 78 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos. Por outro lado, trata-se de uma realidade

consequente dinamização da economia associada à contratação pública, mas também por via de *contratos reservados*, agora nos termos as sublinhas *i*) e *ii*) da alínea *b*), do n.º 1, do art. 54-A do CCP(7), norma que está especialmente vocacionada para a dinamização das *micro, pequenas e médias empresas* portuguesas, na medida em que os valores contratuais que legitimam a mobilização desta solução se situam abaixo dos limiares europeus de contratação pública, não obstante possam surgir problemas de compatibilidade da referida disposição com o Direito Europeu, designadamente quando o valor contratual se situe próximo dos limiares europeus e da consequente existência de um “*interesse transfronteiriço certo*”, nos termos em que é propugnado pela jurisprudência nacional e em particular pela jurisprudência do TJUE(8).

Do exposto é possível desde já avançar com a relevância que a subcontratação assume no domínio da contratação pública. Em termos concretos, a subcontratação pode assumir verdadeiros contornos de “propulsores económicos”, designadamente se pensarmos na possibilidade de um *operador económico* que, *ab initio*, estaria impossibilitado de participar num procedimento pré-contratual (*v.g.*, falta de habilitações necessárias para o exercício de uma profissão regulada que, num contexto de um procedimento pré-contratual, surge como condição necessária para a execu-

---

expressamente referida na jurisprudência no acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (BORTA), de 05.04.2017, Proc. n.º C-298/15, disponível em <www.curia.eu>. Salientando esta realidade da subcontratação e promoção das PME's, *v.*, PEDRO FERNÁNDEZ SANCHÉZ, “Dinamização do Tecido Empresarial em Procedimentos de Contratação Pública e o seu Impacto Restritivo sobre o Princípio da Concorrência”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública*, Org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 31, ss. Salientando a realidade da subcontratação das PME's no ordenamento dos Estados Unidos da América, *v.*, LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitadas de Obras Públicas*, Almedina, 2015, *cit.*, pp. 166-170.

(7) Referindo esta nova possibilidade, *v.*, PEDRO FERNÁNDEZ SANCHÉZ, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 35, ss.

(8) Referimo-nos, designadamente, ao Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 20.10.2016, Proc. n.º 01472/14, quando refere expressamente que “*A circunstância das diretivas não serem aplicáveis aos procedimentos ou contratos não obstará à subordinação destes às referidas normas e princípios dos Tratados e aos princípios fundamentais de contratação pública exigindo-se, porém, para uma tal subordinação que tais procedimentos ou contratos revistam dum interesse transfronteiriço certo*”, mas também ao Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Enterprise Focused Solutions), de 16.04.2015, Proc. n.º C-278/14, quando é expressamente referido que “*Quanto aos critérios objetivos suscetíveis de indicar a existência de um interesse transfronteiriço certo, o Tribunal de Justiça já declarou que esses critérios podem ser, nomeadamente, a importância económica do contrato em causa, conjugada com o local de execução dos trabalhos ou ainda as características técnicas do contrato. O órgão jurisdicional de reenvio pode, na sua apreciação global da existência de um interesse transfronteiriço certo, ter também em conta a existência de denúncias apresentadas por operadores situados noutros Estados-Membros, na condição de que seja verificado que estas são reais e não fictícias*”.

ção de todas as prestações contratuais subjacentes ao contrato que uma Entidade Adjudicante pretende celebrar — alvará), e que, com o recurso à *subcontratação*, passa a ter a possibilidade de participar num procedimento pré-contratual.

A este facto não pode ser alheio a caracterização do tecido económico português. Neste sentido, e reportando-nos aos dados de 2019 (último ano disponível), é possível constatar que, de um total de 1.335.006 empresas existentes em território português, 1.333.649 empresas são consideradas como *micro, pequenas e médias empresas*<sup>(9)</sup>. A relevância da *subcontratação* não pode, assim, ser menosprezada, muito menos obstaculizada com o recurso a interpretações jurisprudências restritivas, porventura sem o mínimo respaldo no ordenamento jurídico (referimo-nos ao Acórdão do Tribunal de Contas n.º 26/2020, de 30.06.2020, Proc. n.º 2070/2019), que constituem uma verdadeira incompreensão da teleologia subjacente à contratação pública, designadamente por força das Diretivas de 2014, bem como da jurisprudência do TJUE, e que elimina a possibilidade que um *operador económico* tem de participar num procedimento pré-contratual.

Como se tentará demonstrar com o presente trabalho, o “efeito mágico” da *subcontratação* vai surgir também como um instrumento que, quando mobilizado no âmbito da contratação pública, designadamente a pretexto da celebração de um *contrato (administrativo) de empreitada de obras públicas*, vai materializar-se, em regra, na celebração de um *contrato de direito privado* (ainda que publicizado), que irá ser submetido, em regra, à *jurisdição comum*, no que diz respeito à resolução de litígios. Neste contexto, não se pode descurar as “mutações” do contrato de *subempreitada* ao longo da sua “cadeia intencional de celebração”: (i) passa por estar *relacionado à celebração* de um *contrato público* (neutro quanto aos fins) para (ii) posteriormente estar *relacionado à execução* de um *contrato administrativo* (v.g., *contrato de empreitada de obras públicas*), embora (iii) o *contrato de subempreitada* acabe por ser juridicamente *qualificado como contrato de direito privado*.

---

(9) Cf., <<https://www.pordata.pt/Portugal/Empresas+total+e+por+dimens%c3%a3o-2857-246181>> (data da última consulta a 20.11.2021). Esta contabilização tem por base o conceito de *micro, pequenas e médias empresas* plasmado na Recomendação da Comissão de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas.

## 2. O recurso à subcontratação em contratos de empreitada de obras públicas segundo a jurisprudência do Acórdão n.º 29/2020, de 31.06.2020, do Tribunal de Contas

Através do acórdão do Tribunal de Contas n.º 26/2020, de 31.06.2020, foi sustentado que apenas é admissível a subcontratação, no âmbito dos *contratos de empreitada de obras públicas*, com base no pressuposto de que a parte central da empreitada seja assegurada pelo empreiteiro principal, que é o responsável perante a entidade adjudicante pela boa execução da totalidade da obra. Já os trabalhos de especialidades, podem ser executados por outras empresas de construção, que assumem a posição de subempreiteiros no contrato, respondendo diretamente perante o empreiteiro principal e atuando na dependência deste, sendo que o empreiteiro, não obstante, terá que ser sempre responsável pela execução, por meios próprios, de pelo menos 25% dos trabalhos da empreitada.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas, a mobilização da subcontratação, no âmbito dos *contratos de empreitada de obras públicas*, sofre dois limites. O primeiro limite, denominado “*qualitativo*”, traduz-se na proibição da subcontratação do núcleo central da empreitada, traduzido no conceito de “*trabalhos mais expressivos*” da mesma, quando o Adjudicatário não está habilitado para a execução dos referidos trabalhos. O raciocínio subjacente ao denominado limite “*qualitativo*” tem por base o conceito de “*trabalhos mais expressivos ou determinantes*”. E para compreender o alcance de tal conceito, entendeu o Tribunal de Contas, no mencionado acórdão n.º 26/2020, de 31.06.2020, socorrer-se do entendimento sufragado pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., (“IMPIC”), segundo o qual “[e]ntende-se como *trabalhos mais expressivos, os trabalhos que caracterizam a empreitada e determinam a sua natureza, correspondendo em geral ao valor mais elevado, no âmbito da mesma. Dá-se como exemplo uma empreitada de montagem de elevadores, em que concorrem os seguintes trabalhos: os trabalhos de construção civil inerentes à construção da caixa de elevador, a própria instalação do equipamento (elevador) e os trabalhos de telecomunicações. Aqui, os trabalhos mais expressivos são a montagem do próprio elevador, que além de determinarem a natureza deste conjunto de trabalhos, enquadrando-se na 11.ª subcategoria da 4.ª categoria — ‘Instalações de elevação’, assumem igualmente o valor mais elevado*”<sup>(10)</sup>.

---

(10) Cf., <[https://www.impic.pt/impic/faqswww/popup\\_construcao\\_vii.php](https://www.impic.pt/impic/faqswww/popup_construcao_vii.php)>.

Não podemos deixar de considerar criativa a necessidade que o Tribunal de Contas teve de socorrer-se da densificação de um conceito legal, que decorre do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, e sem qualquer necessidade interpretativa, por via de uma interpretação avançada por uma entidade administrativa, *in casu*, o IMPIC, entidade, porém, que, e como já notou a doutrina, não tem sequer competências regulamentares ou orientadoras no domínio da contratação pública<sup>(11)</sup>. O raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de Contas esquece, contudo, o disposto no n.º 5 do art. 112.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) e da consequente impossibilidade de o IMPIC, ou qualquer outra entidade administrativa, e até mesmo o Tribunal de Contas, determinarem a extensão do âmbito de aplicação do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, por via de *interpretações autênticas*<sup>(12)</sup>. Tal facto, todavia, não coibiu a conclusão do Tribunal de Contas de que “*a norma legal prevista na supracitada Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, que permite o aproveitamento, por parte do adjudicatário, das qualificações detidas por subempreiteiros, apenas vale para os trabalhos de especialidades que complementam a empreitada, mas não para os trabalhos determinantes ou mais expressivos da mesma, dada a limitação importada pelo art. 8.º da Lei n.º 41/2015*”<sup>(13)</sup>, limitação, dizemos nós, que verdadeiramente não decorre da Lei, nos termos em que é fixada por parte do Tribunal de Contas.

---

<sup>(11)</sup> Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS/BERNARDO AZEVEDO, “A designada regulação da contratação pública e as “orientações técnicas (a propósito da Orientação Técnica do IMPIC 01/CCP/2018, sobre a escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia)”, *Newsletter CEDIPRE*, n.º 8, 2018.

<sup>(12)</sup> Tem entendido o Tribunal Constitucional que a interpretação autêntica consiste, “*A interpretação autêntica — isto é, a fixação obrigatória (para todos os operadores jurídicos) do sentido de uma norma, feita pelo “legislador” — integra o próprio exercício da função normativa, e, portanto, tratando-se de leis em sentido formal, da função legislativa; assim, só tem legitimidade para tal interpretação o órgão que detém competência para, “ab initio”, produzi-la, o que significa que, em se tratando de normas que versam sobre matéria da competência reservada da Assembleia da República, só esta, ou o Governo por ela autorizado, podem interpreta-las autenticamente*”. Cf., Acórdão do Tribunal Constitucional, de 25.02.1987, Proc. n.º 85/0026, disponível em <www.dgsi.pt>. Sobre a questão, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2010, *cit.*, pp. 67 e 68.

<sup>(13)</sup> O entendimento do Tribunal de Contas, relativamente ao conceito de “*trabalhos determinantes ou mais expressivos*”, mais não corresponde, no nosso entender, do que à subsunção ao conceito de “*trabalhos/tarefas críticas*”. A este respeito, importa ter em consideração o disposto no n.º 2 do art. 63.º da Diretiva 2014/24/UE: “*No caso dos contratos de empreitada de obras, dos contratos de serviços ou de operações de montagem ou instalação no quadro de um contrato de fornecimento, as autoridades adjudicantes possam exigir que determinadas tarefas críticas sejam executadas pelo próprio proponente ou, se a proposta for apresentada por um agrupamento de operadores económicos na aceção do art. 19.º, n.º 2, por um participante no agrupamento*”.

Já no que diz respeito ao segundo limite, denominado “*quantitativo*”, entende o Tribunal de Contas que o referido limite visa garantir que o Empreiteiro responsável pela execução da obra assegure, por meios próprios, a realização de, pelo menos, 25% dos trabalhos de empreitada, por decorrência do n.º 2 do art. 383.º do CCP — interpretando *a contrario sensu*, o Empreiteiro poderá, assim, subcontratar até 75% dos trabalhos da empreitada. Nos termos do entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas, a subcontratação apresenta, assim, um *limite quantitativo* no que diz respeito à percentagem que o subcontratado pode executar em função do montante total de um contrato de empreitada de obras públicas. Porém e como teremos a possibilidade de constatar, o art. 71.º da Diretiva 2014/24/UE, não prevê qualquer *limitação quantitativa* no que diz respeito ao recurso da subcontratação, facto que permite colocar em crise a jurisprudência avançada pelo Tribunal de Contas que, não só contraria o art. 71.º da Diretiva 2014/24/UE, como contraria a jurisprudência reiterada do TJUE sobre esta matéria (v.g., Acórdão Vitali SpA)<sup>(14)</sup>, sendo que a existência de supostos *limites qualitativos* também não são admissíveis pelo TJUE (v.g., Acórdão Borta)<sup>(15)</sup>. Por outro lado, não podemos deixar de salientar as debilidades que o ordenamento jurídico português apresenta em questão como a que estamos a tratar. E isto pelo simples facto de que, no caso *sub judice*, o Tribunal de Contas contraria a jurisprudência do TJUE, mas também, e porventura o mais gravoso, passa a deter a última palavra sobre a interpretação a atribuir a uma disposição da Diretiva 2014/24/EU, na medida em que, como se sabe, o TJUE nega a possibilidade de o Tribunal de Contas português submeter questões prejudiciais, em sede de *visto prévio*<sup>(16)</sup>.

Recorde-se que o Tribunal de Contas, no acórdão n.º 26/2020, de 31.06.2020, nunca questiona a natureza jurídica do contrato, dando sempre

---

(14) V., Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Vitali SpA), de 26.09.2019, Proc. n.º C-63/18, disponível em <www.curia.eu>. Analisando o impacto do mencionado acórdão do TJUE, SARA MATOS, “A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentários ao caso Vitali SpA (acórdão do TJUE, de 26 de setembro de 2019), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Almedina, 2020, *cit.*, p. 123, ss.

(15) V., Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Borta), de 05.04.2017, Proc. n.º C-298/15, disponível em <www.curia.eu>.

(16) Veja-se o despacho de 25.04.2018, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, no Proc. n.º C-102/17, que recusou o reenvio prejudicial do Tribunal de Contas português, por entender que, na função de concessão ou recusa do visto prévio, o Tribunal de Contas não atua como órgão jurisdicional. Sobre este problema, PAULO LINHARES DIAS, “Ainda a propósito da natureza jurídica do visto prévio do Tribunal de Contas — A perspetiva (correta) da jurisprudência do TJUE”, *Estudo em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2019, *cit.*, p. 925, ss.

como assente que, no caso concreto, se estava na presença de um *contrato de empreitadas de obras públicas*, na aceção do n.º 1 do art. 343.º do CCP. Todavia, sempre será de equacionar a natureza jurídica dos contratos que as partes visam celebrar, independentemente do *nomen iuris* atribuído. Tal facto decorre da necessidade de analisar, dentro da economia do contrato, a substância das prestações contratuais e não apenas a mera designação formal do contrato. Colocando de parte a conclusão a que chega o Tribunal de Contas, importa ter presente que o raciocínio desenvolvido por aquela instância jurisdicional teve por base o art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, artigo que tem o seu âmbito de aplicação bem definido: *procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas*. Ora, entendemos que seja legítimo o entendimento segundo o qual o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de Contas não possa ser transposto para os procedimentos pré-contratuais que visem a celebração de *contratos mistos*<sup>(17)</sup>, ou seja, e como decorre do n.º 2 do art. 32.º do CCP, procedimentos que visem a celebração de um contrato cujo objeto abrange simultaneamente prestações típicas de mais do que um tipo de contrato (v.g., contratos que prevejam prestações de serviços com prestações contratuais de empreitada de obras públicas). Nestes casos, entendemos que a jurisprudência do Tribunal de Contas, que consideramos altamente criticável, não deve ser estendida analogicamente aos *contratos mistos*, em que as prestações contratuais subjacentes à execução de empreitadas de obras públicas não correspondam às prestações mais expressivas do contrato, dado o âmbito específico do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, ou seja, *procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas*.

Colocada a questão nestes termos, entendemos que a jurisprudência subjacente ao acórdão do Tribunal de Contas n.º 26/2020, de 31.06.2020, corresponde a uma contradição teleológica do instituto jurídico da subcontratação na contratação pública, como tentaremos demonstrar. Na verdade, enfatizar o eterno pressuposto de aliar a subcontratação com a prática de especulação ou corrupção<sup>(18)</sup>, ideia que parece subjacente à jurisprudência

---

(17) Sobre os contratos mistos, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Almedina, 2020, *cit.*, pp. 561 e 562 e PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020, *cit.*, p. 505, ss.

(18) Referindo este aspeto, JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES/ANABELA COSTA POUSEIRO, *Subempreitadas de Obras Públicas e Subcontratação*, Quid Iuris, 2001, *cit.*, p. 25 e SARA MATOS, “A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentários ao caso Vitali SpA (acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de setembro de 2019), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, *cit.*, Almedina, 2020, p. 124.



do Tribunal de Contas, é tentar equiparar, no ordenamento jurídico português, a existência de ocorrências vivenciadas por outros Estados-Membros (v.g., Itália), mas que tantas vezes são objeto de crítica na jurisprudência do TJUE (v.g., Acórdão Vitali SpA).

### 3. Da subcontratação na Lei n.º 41/2015, de 3 de junho

No domínio da contratação pública, o regime da subcontratação tem de ser harmonizado, designadamente, com o regime jurídico que decorre da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho<sup>(19)</sup>. E para o efeito bastará salientar que, na al. r) do art. 3.º do mencionado diploma, a subcontratação é definida como “*a entrega, mediante contrato, de uma empresa de construção a outra da execução dos trabalhos que lhe foram adjudicados pelo dono da obra*”, facto que não pode deixar de ser considerado para uma correta interpretação da mobilização do instituto da subcontratação na contratação pública.

Uma das questões centrais, no âmbito da subcontratação, decorrente da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, prende-se com a interpretação associada ao art. 8.º, sob a epígrafe “*Adequação das habilitações*”<sup>(20)</sup>, artigo, diga-se, e como já referido, que apresenta um âmbito de aplicação contratual bem definido: *procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas*.

Sucedo, porém, que, o art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, não é uma norma perfeita, desde logo porque a aplicabilidade da estatuição prevista na norma não pode ser lida sem a conjugação que decorre do seu segmento inicial, o qual expressamente refere que “***Sem prejuízo do disposto nos arts. 19.º e 20.º, nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expres-***

---

<sup>(19)</sup> Diploma que estabelece o Regime Jurídico Aplicável ao Exercício da Atividade da Construção e revoga o Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro.

<sup>(20)</sup> Nos termos do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, é referido o seguinte: “*Sem prejuízo do disposto nos arts. 19.º e 20.º, nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar*”.

*sivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar”* (negrito e sublinhado nosso). Ora, no que diz respeito ao art. 20.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, sob a epígrafe “*Subcontratação*”, fica claro que a empresa de construção à qual tenha sido adjudicada uma obra pode, salvo disposição contratual em contrário (articulação que deve ter em consideração o disposto no n.º 4 e n.º 5 do art. 318.º do CCP, mas também com a jurisprudência do TJUE, designadamente do acórdão Vitali SpA), recorrer à subcontratação<sup>(21)</sup>, sendo ainda estabelecida a regra essencial de que a empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas<sup>(22)</sup>.

Entendemos que uma correta interpretação do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, deve partir do pressuposto de que a referida norma não é, como já referido, uma *norma perfeita*, antes correspondendo a uma *proposição jurídica incompleta*, na medida em que a remissão para a sua estatuição apenas opera, “*sem prejuízo do disposto nos arts. 19.º e 20.º*”, entendimento, diga-se, que é plenamente reconhecido na doutrina, designadamente por PEDRO COSTA GONÇALVES<sup>(23)</sup>.

Neste contexto, importa salientar que o art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, consiste numa norma remissiva, ou seja, e como vem sendo referido na jurisprudência do STA sobre esta temática, é que as normas remissivas correspondem a “*norma[s] incompleta[s] [que] remete[m] para outra[s] norma[s] um ou vários elementos de previsão normativa ou de consequência jurídica, apenas se revelando ou completando em conexão com outras proposições jurídicas*”<sup>(24)</sup>, entendimento, diga-se, que não diverge da posição de BAPTISTA MACHADO, quando considera que “*as normas remissivas constituem um instrumento de técnica legislativa a que se recorre com frequência e que tem cabimento sempre que um dado facto ou instituto jurídico possui já uma disciplina jurídica própria e o legislador*

(21) Cf., n.º 2 do art. 20.º, da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.

(22) Cf., n.º 3 do art. 20.º, da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.

(23) Como refere o Autor, “*a ressalva inicial do citado art. 8.º [da Lei n.º 41/2015] (“sem prejuízo do disposto nos arts. 19.º e 20.º”) faz toda a diferença e não pode naturalmente ser ignorada, seja em regulamentos ou em decisões judiciais. Com efeito, o que ali se define é uma regra (a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma) que se aplica sem prejuízo do que se dispõe nas regras do mesmo diploma nelas indicadas. Neste sentido, estas últimas regras prevalecem sobre a regra que assume ou consente ser “prejudicada”*”. Cf., PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito da Contratação Pública*, 4.ª ed., Almedina, 2020, cit., pp. 776 e 777.

(24) Cf., Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 21.10.2009, Proc. n.º 1746/7.8 TXEVR, disponível em <www.dgsi.pt>.

*quer que essa disciplina se aplique também a outro facto ou instituto. Para tal efeito, elabora então uma norma em que declara que as relações jurídicas que a este último respeitam se regulam (mutatis mutandis) pelas normas que integram o regime jurídico do primeiro”*<sup>(25)</sup>.

Face ao exposto, entendemos que é possível concluir que o alcance que decorre do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, ou seja, a estatuição da norma, apenas opera fora dos casos do disposto no art. 19.º e no art. 20.º da mencionada Lei. E isto porque o n.º 3, do art. 20.º, da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, determina o direito de o Adjudicatário aproveitar as habilitações detidas pelas empresas subcontratadas, pelo que esta regra impõe-se à do art. 8.º, por remissão desta. Neste sentido, e tendo por base que, por força do disposto no n.º 3, do art. 9.º, do Código Civil, “*o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”, não oferecem dúvidas, salvo melhor opinião, sobre a não aplicação da estatuição fixada no art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, por força da remissão que o mesmo artigo faz para o art. 20.º do mesmo diploma<sup>(26)</sup>.

Tal entendimento, porém, não é o entendimento sufragado na jurisprudência que temos vindo a analisar do Tribunal de Contas, o que não pode deixar de ser configurado como uma posição jurisprudencial perturbadora do ponto de vista da segurança jurídica para os operadores económicos numa área tão sensível como é o sector da construção e pelo simples facto de colocar o Julgador na posição de Legislador, colocando em causa as bases que, desde o entendimento avançado por MONTESQUIEU, no século XVIII, presidiram à *teoria da separações de poderes*, pilar essencial num *Estado de Direito Democrático*, e reconhecido no ordenamento jurídico português, nos termos do disposto no art. 111.º/1 da CRP.

---

(25) Cf., BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1996, *cit.*, p. 105.

(26) Como salienta PEDRO COSTA GONÇALVES, “*a ressalva inicial do citado art. 8.º [da Lei n.º 41/2015] (“sem prejuízo do disposto nos arts. 19.º e 20.º”) faz toda a diferença e não pode naturalmente ser ignorada, seja em regulamentos ou em decisões judiciais. Com efeito, o que ali se define é uma regra (a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma) que se aplica sem prejuízo do que se dispõe nas regras do mesmo diploma nelas indicadas. Neste sentido, estas últimas regras prevalecem sobre a regra que assume ou consente ser “prejudicada”*”. Cf., PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito da Contratação Pública*, 4.ª ed., Almedina, 2020, *cit.*, pp. 776 e 777.

#### 4. Da teleologia do recurso à subcontratação no domínio da Contratação Pública

Uma interpretação do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, nos termos que decorrem da interpretação preconizada pelo acórdão n.º 26/ /2020 do Tribunal de Contas, sempre determinará, no nosso entender, numa colisão inadmissível face às regras da subcontratação nos *contratos de empreitada de obra pública*, consagradas no CCP. A base do nosso raciocínio decorre da conjugação, desde logo, do n.º 2 do art. 81.º CCP com o n.º 2 do art. 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro<sup>(27)</sup>. Neste sentido, para efeitos de comprovação das habilitações em procedimento de formação de um *contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas*, o Adjudicatário pode socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes, disposição, como já referido, que também se encontra consagrada no n.º 3 do art. 20.º, da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.

Da conjugação de todas as normas *supra* referidas fica evidente que o Legislador da contratação pública admite expressamente que o Adjudicatário obtenha a plena legitimação num procedimento para a formação de um *contrato de empreitada de obras públicas* com as habilitações profissionais (alvará emitido pelo IMPIC) de um subcontratado, sem qualquer limite. Com efeito, este princípio torna-se ainda mais evidente quando o CCP limita, na execução do contrato de empreitada, a subcontratação a 75% do valor total da obra, nos termos do n.º 2 do art. 383.º do CCP<sup>(28)</sup>, mas dispensa essa limitação expressamente para efeitos de habilitação do

---

(27) A Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, *define as regras e os termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário no âmbito de procedimentos de formação de contratos públicos*.

(28) Criticando este limite, PAULO LINHARES DIAS, “A execução dos contratos na Diretiva 2014/24/UE”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12, Almedina, 2016, *cit.*, pp. 20-22. Entende a doutrina que: “*Em coerência com a natureza do preceito normativo que fixa um limite máximo de valor dos trabalhos suscetíveis de serem executados em subempreitadas, verificamos que, neste tipo contratual, estão, tipicamente, em causa questões de política geral de construção civil e obras públicas, que extravasam os contornos de cada relação contratual, associando-se, não raramente, à utilização de mão-de-obra barata, sendo tal custo obtido através da violação de normas laborais e de direitos fundamentais*”. Cf., SARA MATOS, “A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentários ao caso Vitali SpA (acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de setembro de 2019)”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Almedina, 2020, *cit.*, p. 149.

Adjudicatário. Recorde-se que o n.º 3 do mesmo artigo contém uma relevante exceção, na medida em que “*Não é aplicável o disposto no número anterior relativamente à fase de formação do contrato sempre que da limitação aí fixada decorram os efeitos previstos no n.º 5 do art. 318.º*”, o mesmo é dizer que “*a estipulação contratual prevista no número anterior não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do cocontratante*” (negrito nosso).

Entendemos, assim, que da conjugação das disposições normativas consagradas no n.º 2 do art. 81.º, do n.º 3 do art. 383.º, do n.º 5 do art. 318.º, ambos do CCP, com o n.º 2 do art. 3.º Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, bem como do n.º 3 do art. 20.º Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, é possível retirar-se um princípio fundamental de contratação pública, nos termos do qual, existe uma proibição de restringir a participação de potenciais concorrentes por razões de limitações de habilitações (v.g., alvarás). Como decorrência deste princípio, tem de ser admitido que os Concorrentes não munidos das necessárias habilitações possam suprir essa falta mediante o recurso a subcontratados, sem limites, sendo que a expressão máxima daquele princípio pode encontrar-se no n.º 5 do art. 318.º e do n.º 3 do art. 383.º CCP, onde a Lei até dispensa o limite dos 75% de subcontratação ou outro que o contrato viesse a fixar, para efeitos de admissibilidade de legitimação de um concorrente, via subcontratado. Com méritos ou deméritos, trata-se de um limite máximo que tem por finalidade exigir que o Adjudicatário tenha de se encarregar de, pelo menos, 25% de parte do objeto da empreitada, de forma que não seja exclusivamente o subcontratado a realizar todas as prestações do contrato, mas que é totalmente dispensado, designadamente, para efeitos de admissibilidade de um Concorrente, na fase de formação do contrato<sup>(29)</sup>.

Ora, tendo em conta que o n.º 3 do art. 383.º do CCP corresponde a uma norma meramente exemplificativa, dada a utilização do advérbio

---

(29) Parte da doutrina também conclui pelo mesmo entendimento: “*A título exemplificativo, assinala-se a disposição legal referente aos limites da subcontratação, em que o legislador continua a não estabelecer restrições ao seu alcance ou extensão. Infere-se daqui, portanto, que o co-contratante (subcontratante) pode, se assim o entender, subcontratar a totalidade das prestações objeto do contrato inicial, isto, naturalmente, sem prejuízo de se manter responsável perante o contraente público pelo exato e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais*”. Cf., PEDRO MELO/MIGUEL NEIVA DE OLIVEIRA, “Subcontratação e pagamento direto aos subcontratados”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2017, cit., p. 774.

“*designadamente*”, é possível concluir que, também no âmbito da subcontratação, não deverá existir qualquer limitação relativamente à habilitação de um concorrente por via do recurso a alvarás de um subcontratado, mesmo na sua totalidade. O mesmo é dizer que o art. 383.º do CCP não impõe a necessidade de o Adjudicatário, recorrendo à subcontratação e conjugando com o disposto no art. 20.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, tenha de realizar os “*trabalhos mais expressivos*”, ou necessitar de ter um alvará de empreiteiro de obras públicas para a execução dos referidos trabalhos, facto que é inteiramente suportado pelo n.º 2 do art. 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, que, como refere a doutrina, corresponde à “*ideia — similar à que exige à entidade adjudicante aceitar a constituição de agrupamentos — de que a subcontratação constitui uma técnica indispensável para permitir a operadores económicos aceder aos benefícios resultantes da execução de um contrato que, isoladamente, não lhe poderia ser confiado, razão pela qual a sua proibição constituiria um meio desproporcionado e ilegítimo de restrição da concorrência*”<sup>(30)</sup>.

## 5. Da necessidade de uma leitura conforme com as Diretivas da Contratação Pública e dos princípios consagrados no TFUE

Entendemos, por outro lado, que uma interpretação como aquela que é propugnada pelo acórdão n.º 26/2020 do Tribunal de Contas, é insustentável quando harmonizada com as Diretivas Europeias de Contratação Pública de 2004, mas também com as Diretivas de 2014. Recorde-se que o pressuposto base das Diretivas é a necessidade de ser assegurada a participação mais ampla possível de concorrentes em concursos públicos, realidade que é materializada, designadamente, no n.º 1 do art. 63.º da Diretiva 2014/24/UE<sup>(31)</sup>, relativa aos contratos públicos. O entendimento aqui pro-

---

<sup>(30)</sup> Cf., PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, AAFDL Editora, 2020, *cit.*, p. 407.

<sup>(31)</sup> Dispõe o n.º 1 do art. 63.º da Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos que “(...) um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Porém, no que respeita aos critérios relativos às habilitações literárias e qualificações profissionais referidos no Anexo XII, Parte II, alínea f), ou à experiência profissional relevante, os operadores económicos só podem recorrer às capacidades de outras entidades quando estas últimas assegurem a execução da empreitada de obras ou o fornecimento dos serviços para os quais são exigidas essas capa-

pugnado tem também acolhimento na jurisprudência proferida pelo TJUE, designadamente no Acórdão *Costruzioni 2 SpA*, quando é expressamente afirmado que: “*a entidade adjudicante tem de tomar em consideração o direito, que os arts. 47.º, n.º 2, e 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18 [que não é alterada na Diretiva 2014/24/UE] reconhecem, de qualquer operador económico recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas, desde que prove à entidade adjudicante que disporá dos meios necessários para a execução desse contrato. (...) o Tribunal de Justiça referiu-se expressamente à faculdade de um operador económico utilizar, com vista à execução de um contrato, meios pertencentes a uma ou a várias outras entidades, eventualmente para além dos seus próprios meios (...)*”<sup>(32)</sup>.

Recorde-se que a Jurisprudência do TJUE, designadamente no Acórdão *Wroclaw* veio a reconhecer a possibilidade de os Concorrentes recorrerem à subcontratação para a execução de um contrato de forma, em princípio, ilimitada, reconhecendo, contudo, a possibilidade de limitar o recurso à subcontratação para a execução de “*partes essenciais do contrato*”, mas apenas quando não “*pôde verificar as capacidades na fase de análise das propostas e de seleção do adjudicatário*”. Contudo, no acórdão *Wroclaw* o TJUE foi claro ao afastar a possibilidade de limitar o recurso à subcontratação com base em critérios abstratos e que se traduzam em *limitações de ordem quantitativa*<sup>(33)</sup>. E se dúvidas existissem que a jurisprudência vertida pelo TJUE no acórdão *Wroclaw* pudesse ser alterada como decorrência da entrada em vigor das Diretivas de Contratação Pública de 2014, necessário será ter em consideração que, no acórdão *Vitali SpA*, o TJUE também teve a possibilidade de reafirmar que limitações gerais e abstratas, fundadas não apenas em limitações de ordem quantitativa, mas também de limitações de ordem qualitativa, mesmo justificadas como necessárias para o combate contra a corrupção, não são admissíveis na contratação pública<sup>(34)</sup>.

---

*idades. Quando pretenda recorrer às capacidades de outras entidades, o operador económico deve provar à autoridade adjudicante que irá dispor dos recursos necessários, por exemplo através da apresentação de uma declaração de compromisso dessas entidades para o efeito”.*

<sup>(32)</sup> Referimo-nos ao Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (*SWM Costruzioni 2, SpA*), de 10.10.2013, Proc. n.º C-94/2012, disponível em <[www.curia.eu](http://www.curia.eu)>.

<sup>(33)</sup> Neste sentido, parágrafos n.º 33, n.º 34 e n.º 35 do Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (*Wroclaw*), de 14.06.2016, Proc. C-406/14, disponível em <[www.curia.eu](http://www.curia.eu)>. Sobre este acórdão, SARA MATOS “A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentários ao caso *Vitali SpA* (acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de setembro de 2019), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Almedina, 2020, *cit.*, p. 129, ss.

<sup>(34)</sup> Neste sentido, parágrafos n.º 40 e n.º 41 do Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EURO-

Importa ainda considerar que uma interpretação do art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, nos termos em que é sustentada no acórdão do Tribunal de Contas n.º 26/2020, de 31.06.2020, é suscetível de violar as liberdades fundamentais consagradas no TFUE, em concreto, a *liberdade de estabelecimento* e a *liberdade da livre prestação de serviços*, consagradas, respetivamente, nos arts. 49.º e 56.º do TFUE. E para o efeito bastará invocar o acórdão do TJUE “Borta”, no qual se concluiu não ser admissível a existência de limitações qualitativas à participação de operadores económicos, designadamente por exigência de habilitações e de execução da totalidade das obras.

Recorde-se que no acórdão “Borta” o TJUE considerou não ser admissível a existência de uma disposição legal que vise a proibição genérica do recurso à subcontratação para as obras qualificadas de «principais» pela entidade adjudicante. Com efeito, entendeu o TJUE que uma disposição legal, geral e abstrata, que limite a possibilidade do recurso à subcontratação não permite uma apreciação casuística e concreta de modo a aferir as capacidades do subcontratante e só após a análise das mesmas concluir que tal proibição não é necessária para a boa execução das obras, tendo em conta, nomeadamente, a natureza das tarefas que o proponente pretende delegar nos referidos subcontratantes. Mas mais: o argumento central do Governo Lituano, para justificar a medida, visava *“impedir uma prática existente que consiste em que os proponentes invoquem capacidades profissionais unicamente para que lhes seja adjudicado o contrato em causa com a intenção de confiar a maior parte ou a quase totalidade das obras a subcontratantes”*<sup>(35)</sup>. Sucede que o TJUE foi categórico: *“a referida disposição vai além do que é necessário para impedir a prática acima referida. (...) 61 Tendo em conta as considerações precedentes, (...) os arts. 49.º e 56.º do TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição de uma regulamentação nacional, como o art. 24.º/5 da lei dos contratos públicos [da Lituânia], que prevê que, em caso de recurso a subcontratantes para a execução de um contrato de empreitada de obras públicas, o adjudicatário é obrigado a realizar ele próprio a obra principal definida como tal pela entidade adjudicante”*<sup>(36)</sup>.

---

PEIA (Vitali SpA), 26.09.2019, Proc. C-63/18, disponível em <www.curia.eu>. Sobre este acórdão, SARA MATOS, “A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentários ao caso Vitali SpA (acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de setembro de 2019), *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Almedina, 2020, *cit.*, p. 134, ss.

<sup>(35)</sup> Cf., parágrafo n.º 52 do Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Borta) de 05.04.2017, Proc. n.º C-298/15, disponível em <www.curia.eu>.

<sup>(36)</sup> Cf., parágrafo n.º 61 do Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Borta) de 05.04.2017, Proc. n.º C-298/15, disponível em <www.curia.eu>.



Do exposto fica claro que a jurisprudência do TJUE contraria o entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas português, no sentido de que o art. 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, sofre uma *limitação de ordem quantitativa*, bem como uma *limitação de ordem qualitativa*. Recorde-se, no entanto, que o Tribunal de Contas português, ao assumir este entendimento, acaba por subverter toda a construção do TJUE sobre o recurso à subcontratação, jurisprudência do TJUE que nega limitações à subcontratação com base em disposições nacionais gerais e abstratas, mesmo quando os argumentos apresentados para legitimar as referidas limitações são suportados na necessidade de combater a corrupção, fraude e participação em organizações criminosas — veja-se os parágrafos n.º 40 e n.º 41 do Acórdão do TJUE Vitali SpA<sup>(37)</sup>.

## 6. Contrato de subempreitada: Noção, Forma e Conteúdo

O *contrato de subempreitada* encontra-se definido, nos termos do n.º 1 do art. 1213.º do Código Civil, como o *contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou a parte dela*. Na doutrina, o *contrato de subempreitada* surge também designado sob uma conceção mais ampla: o *subcontrato*<sup>(38)</sup>, entendido como um “*negócio jurídico bilateral, pelo qual um dos sujeitos, parte em outro contrato, sem deste se desvincular e com base na posição jurídica que daí lhe advém, estipula com terceiro, quer a utilização, total*

---

(37) Como refere o Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Vitali SpA), 26.09.2019, Proc. C-63/18, disponível em <www.curia.eu>: — “40 Ora, em particular, como recordado no n.º 30 do presente acórdão, a regulamentação nacional em causa no processo principal proíbe, de forma geral e abstrata, o recurso à subcontratação que exceda uma percentagem fixa do contrato público em causa, de modo que essa proibição se aplica independentemente do setor económico afetado pelo contrato em causa, da natureza da obra ou da identidade dos subcontratantes. Por outro lado, essa proibição geral não deixa lugar a uma apreciação caso a caso pela entidade adjudicante (v., por analogia, Acórdão de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, n.os 54 e 55). 41 Daqui resulta que, no âmbito de uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, para todos os contratos, uma parte importante das obras, dos fornecimentos ou dos serviços em causa deve ser executada pelo próprio proponente, sob pena de se ver excluído automaticamente do procedimento de adjudicação do contrato, incluindo no caso de a entidade adjudicante poder verificar as identidades dos subcontratantes em causa e considerar, após verificação, que essa proibição não é necessária para lutar contra a criminalidade organizada no âmbito do contrato em questão”.

(38) V., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, 2006.

*ou parcial, de vantagens de que é titular, quer a execução, total ou parcial, de prestações a que está adstrito*”(39).

No âmbito específico da atividade da construção, a *subcontratação* é ainda definida como “*a entrega, mediante contrato, de uma empresa de construção a outra da execução de trabalhos que lhe foram adjudicados pelo dono de obra*”(40). Trata-se, assim, de um *negócio jurídico bilateral, sinalagmático*, frequentemente mobilizado para a execução de empreitadas complexas(41). Com efeito, a teleologia do *contrato de subempreitada* surge, na maioria das vezes, mas não necessariamente, associada à magnitude, complexidade e necessidade de execução de obras cujos prazos de execução surgem contratualmente fixados. Outra das particularidades do *contrato de subempreitada*, quando celebrado no contexto ou a pretexto de um *contrato de empreitada de obra pública*, pode também estar associado ao *aproveitamento da capacidade técnica de terceiro*, designadamente para efeitos do preenchimento de requisitos mínimos de capacidade (técnica/financeira)(42), característica que é enfatizada pelo TJUE(43). Outra característica essencial do *contrato de subempreitada*, quando celebrado no pretexto ou a contexto de um *contrato de empreitada de obras públicas*, é que o mesmo não goza do *princípio da liberdade de forma*, como à partida poderia resultar de uma leitura isolada no art. 219.º do Código Civil. Na verdade, o CCP sujeita os *contratos de subempreitadas à forma escrita*(44), sob pena de *nulidade*, nos termos do n.º 1 do art. 384.º do CCP.

(39) Cf., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, 2006, *cit.*, p. 188.

(40) *V.*, al. *r*), do art. 3.º, da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, diploma que aprova o Regime Jurídico Aplicável à Atividade da Construção.

(41) Salientando este aspeto, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol. III — Contratos em especial*, 7.ª ed., Almedina, 2010, *cit.*, p. 545.

(42) Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Almedina, 2020, *cit.*, p. 787, ss.

(43) Veja-se, designadamente a jurisprudência no Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Borta), 05.04.2017, Proc. n.º C-298/15; Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Pippo Pizzo), 02.06.2016, Proc. n.º C- 27/15; Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Azienda), 28.01.2016, Proc. n.º C-50/14 e do Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici), de 10.07.2014, Proc. n.º C-358/12.

(44) Dispõe ainda o n.º 1 do art. 26.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que “*Os contratos de empreitada e subempreitada de obra particular sujeitos à lei portuguesa, cujo valor ultrapasse 10/prct. do limite fixado para a classe I [classe de habilitações 1 tem como valores máximos das obras permitidas até € 170.000 — v., art. 1.º da Portaria n.º 119/2012, de 30 de abril], são obrigatoriamente reduzidos a escrito...*”. Salientando a necessidade de os contratos de subempreitada estarem sujeitos à forma escrita, ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, “Traços essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação contemplado nas «Novas» Diretivas da União Europeia sobre Contratação Pública — Notas Breves Acerca do Presente e do Futuro da «Subcontratação Pública» no Ordenamento Jurídico Interno”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12, Almedina, 2016, *cit.*, p. 55.

Já no que diz respeito ao *conteúdo do contrato de subempreitada*, a autonomia contratual, embora existente e esteja na livre disponibilidade das partes, tem de evidenciar um conjunto de cláusulas cujo consenso entre as partes é imposto pelo Legislador, tal como decorre das als. *a*) a *f*) do n.º 1 do art. 384.º do CCP, sob pena, na sua ausência, de nulidade (n.º 1 do art. 384.º do CCP) do *contrato de subempreitada*<sup>(45)</sup>. Recorde-se que a inobservância da forma escrita do *contrato de subempreitada*, bem como a ausência do conjunto de cláusulas cujo consenso entre as partes é imposto pelo Legislador, acarretam a nulidade do contrato celebrado, nulidade, no entanto, que se caracteriza por ser uma *nulidade atípica*<sup>(46)</sup>, já que o Empreiteiro não a pode invocar, nos termos do n.º 2 do art. 384.º do CCP, realidade que é subjacente à violação de uma formalidade *ad substantiam*<sup>(47)</sup>, que não pode ser conhecida *ex officio* pelo Tribunal<sup>(48)</sup>.

## 7. Da natureza jurídica do contrato de subempreitada quando celebrado no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas

Um *contrato de empreitada de obra privada* e um *contrato de subempreitada*, quando celebrados estritamente entre privados, correspondem à celebração de *contratos de direito privado*<sup>(49)</sup>. A questão que se

---

(45) Trata-se também do vício regra quanto à inobservância da forma no direito privado, tal como decorre do art. 220.º do Código Civil. Sobre as consequências da inobservância da forma legal, vide CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2005, *cit.*, p. 433, ss.

(46) Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.03.2015, Proc. n.º 215314/ /09.3YIPRT-L1-1, disponível em <www.dgsi.pt>.

(47) A distinção entre “*formalidades ad substantiam*” e “*formalidades ad probationem*” decorre do facto de as primeiras serem insubstituíveis por outro meio de prova, cuja inobservância gera a nulidade, enquanto nas segundas a sua falta pode ser suprida por outros mais de prova mais difíceis, nos termos do n.º 2 do art. 364.º do Código Civil.

(48) Neste sentido, Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 16.05.2019, Proc. n.º 2966/ /16.0T8PTM.E1.SE, disponível em <www.dgsi.pt>.

(49) Aderimos à posição segundo a qual (por força do critério estatutário), a vontade de dois privados, para efeitos do disposto na al. *a*), do n.º 1, do art. 280.º do CCP, não permite atribuir a natureza jurídica do contrato celebrado como um contrato administrativo. Neste sentido, PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012, *cit.*, p. 445; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema do Contrato Administrativo no quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018, *cit.*, p. 32 e MARK KIRKBY, “Conceito e Critérios de qualificação do Contrato Administrativo: Um debate académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia. Do art. 178.º do CPA ao art. 1.º, n.º 6, do CCP — Uma alteração do

coloca é saber a natureza jurídica dos *contratos de subempreitada* quando celebrados a pretexto ou no contexto de um *contrato de empreitada de obras públicas*. Importa recordar que a presente questão não é inócua, já que “*a aproximação entre os contratos administrativos e os contratos privados pode exemplificar-se através da comparação entre o regime jurídico-público e jurídico-privado do contrato de empreitada*”<sup>(50)</sup>. Por outro lado, e como é pacificamente aceite na jurisprudência, o *contrato de subempreitada é um contrato funcionalmente dependente do contrato de empreitada*<sup>(51)</sup>, embora apenas vincule os respetivos outorgantes, sem estender a sua eficácia a terceiros<sup>(52)</sup>.

No que diz respeito à natureza jurídica do *contrato de empreitada de obras públicas*, a questão é pacífica, na medida em que, nos termos do art. 343.º, ss., do CCP, este contrato encontra-se expressamente configurado pelo Legislador português como um *contrato administrativo*<sup>(53)</sup>, conclusão que decorre do disposto na al. a) do n.º 1, do art. 280.º do CCP, bem como pelo facto de surgir como um *contrato típico*, previsto no CCP, correspondendo ao que a Doutrina refere como “*contrato administrativo por determinação da lei*”<sup>(54)</sup>. Neste caso, a relação contratual é estabelecida entre o *contraente público* (dono da obra), investido, inatamente<sup>(55)</sup>, de *poderes de conformação da relação contratual*<sup>(56)</sup>,

paradigma de qualificação?”. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, *cit.*, p. 777, nota 31.

<sup>(50)</sup> Cf., MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 1990, *cit.*, p. 142.

<sup>(51)</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.11.2017, Proc. n.º 2876/14.5T8BRG, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>(52)</sup> Cf., Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.12.2003, Proc. n.º 9602/2003-7, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>(53)</sup> No mesmo sentido, PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012, *cit.*, p. 448.

<sup>(54)</sup> Sobre a questão dos contratos a que se refere a al. a), do n.º 1, do art. 280.º do CCP, v., MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema do Contrato Administrativo no quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018, *cit.*, p. 74, ss.; *Idem*, “Apontamentos sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, Almedina, 2011, *cit.*, p. 21; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, *cit.*, p. 271; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos — Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., 2009, D. Quixote, *cit.*, p. 63 e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2008, *cit.*, p. 523.

<sup>(55)</sup> Os poderes de conformação da relação contratual são configurados na doutrina como “*poderes-deveres, dos quais a Administração não pode abrir mão, uma vez que estão funcionalizados à prossecução do interesse público. Constituem poderes co-naturais ao contrato administrativo: existem apesar da ausência de previsão contratual e impõem-se contra a (eventual) exclusão prevista no contrato*”. Cf., CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, *cit.*, p. 526.

<sup>(56)</sup> Relacionado os poderes de conformação da relação contratual com a prossecução do inte-

nos termos do art. 302.º do CCP, e o *cocontratante* (empreiteiro) que se encontra subjogado à execução de um *contrato de colaboração subordinada*<sup>(57)</sup>.

Aqui chegados, importa ter em consideração que, por outro lado, “os *contratos de empreitada e de subempreitada não se fundem num único negócio jurídico; antes pelo contrário, mantêm-se distintos e individualizados*”<sup>(58)</sup>. Se dúvidas não existem de que um *contrato de empreitada de obra pública* é um *contrato administrativo*, regido, designadamente, por considerações de *interesse público* (lógica da função, por força do disposto no art. 286.º do CCP), surge a questão de saber se o *contrato de subempreitada*, celebrado no contexto ou a pretexto da execução de um *contrato de empreitada de obra pública*, será, ou não, também um *contrato administrativo*<sup>(59)</sup>, na medida em que o *contrato de subempreitada* está *funcionalmente ligado com contrato de empreitada de obras públicas*.

Como ponto de partida, importa notar que a relação estabelecida entre o Dono de Obra e o Empreiteiro (no âmbito do *contrato de empreitada de obra pública*) é, em relação do contrato celebrado entre Empreiteiro e o Subempreiteiro (no âmbito do *contrato de subempreitada*), “*relativamente independente e autónoma*”.

Sem prejuízo do devido desenvolvimento do nosso raciocínio sobre a “*relativa independência e autonomia*” do *contrato de subempreitada* face ao *contrato de empreitada de obras públicas*, importa começar por notar que a regra geral que vigora no ordenamento jurídico português, nos termos do art. 406.º do Código Civil, é o *princípio da relatividade das relações obrigacionais*, ou seja, em regra, numa relação contratual, vinculam-se apenas pessoas determinadas (relação *inter partes*) que são os sujeitos da relação obrigacional<sup>(60)</sup>, realidade, diga-se (sem prejuízo da emergência exponencial de *relações poligonais ou multipolares*)<sup>(61)</sup>, que também se vislumbra no CCP, por força do

---

resse público, PEDRO COSTA GONÇALVES, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007, *cit.*, p. 42, ss. e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, 2007, *cit.*, p. 7.

(57) Sobre o problema, MARK BOBELA — MOTA KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação (Natureza, Funções e Limites)*, AAFDL Editora, 2002.

(58) Cf., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações — Parte Especial — Contratos*, 2.ª ed., 2007, *cit.*, p. 374. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16.2YIPRT.P1, disponível em <www.dgsi.pt>.

(59) Importa notar que “*na subempreitada criam-se novas relações obrigacionais entre empreiteiro e subempreiteiro, mas mantêm-se as existentes entre o dono da obra e o empreiteiro*”. Cf., PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 1968, *cit.*, p. 557.

(60) Cf., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, 2008, *cit.*, p. 172.

(61) Sobre o tema, GOMES CANOTILHO, “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 1, 1994, *cit.*, pp. 55-66.

disposto no art. 288.º, ou seja, acaba por ser reconhecido o princípio da relatividade das relações contratuais administrativas<sup>(62)</sup>, razão pela qual se verifica uma “ausência de relações diretas entre o dono da obra e o subempreiteiro”<sup>(63)</sup>.

Tendo como base o pressuposto referido, necessária será também a conclusão de que, nos *contratos de subempreitada*, a regra geral (dado que podem existir entidade privadas a celebrarem contratos no exercício de funções materialmente administrativas), é que não existe o envolvimento de nenhum *contraente público*<sup>(64)</sup>, nos termos do art. 3.º do CCP. Por outras palavras: em regra, não se verifica a existência de um sujeito jurídico que atue no “exercício de um poder de autoridade ou no cumprimento de deveres administrativos com vista à realização do interesse público”<sup>(65)</sup>. Neste sentido, a posição sustentada pela jurisprudência é que os *contratos de subempreitada* não podem ser qualificados como *contratos administrativos*<sup>(66)</sup>. De facto, a natureza administrativa do *contrato de empreitada de obras públicas* não se comunica ao *contrato de subempreitada*, desde logo por força do *princípio da relatividade* das relações obrigacionais, entendimento que não é alterado mesmo nos casos em que existe uma remissão, prevista nos *contratos de subempreitada*, para a integração de casos omissos, para as disposições que regulam o *contrato de empreitada de obras públicas* no CCP<sup>(67)</sup>.

Neste sentido, a conclusão a que se pode chegar é que, em regra, os *contratos de subempreitada*, quando celebrados no contexto ou a pretexto de um *contrato de empreitada de obras públicas*, são *contratos de direito privado*<sup>(68)</sup>.

---

(62) Salientando que a teleologia da lei é impedir transferência para terceiros das responsabilidades assumidas pelo cocontratante, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, *cit.*, p. 582.

(63) Cf., LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III — *Contratos em especial*, 7.ª ed., Almedina, 2010, *cit.*, p. 547.

(64) Cf., Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 07.06.2018, Proc. n.º 064/17 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16.2YIPRT.P1, ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

(65) Cf., Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09.12.2010, Proc. n.º 020/10, disponível em <www.dgsi.pt>.

(66) Cf., Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 07.06.2018, Proc. n.º 064/17 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16.2YIPRT.P1, ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

(67) Cf., Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09.12.2010, Proc. n.º 020/10, disponível em <www.dgsi.pt>.

(68) Como salienta a doutrina, “a convocação neste âmbito de um regime jurídico de direito público não provoca qualquer alteração quanto à natureza do contrato celebrado entre os sujeitos pri-

## 8. Da oposição nos contratos de subempreitadas de disposições contratuais previstas nos contratos de empreitada de obras públicas

Tendo em consideração que o *contrato de subempreitada*, quando celebrado no contexto ou a pressuposto da execução de um *contrato de empreitada de obras públicas*, corresponde a um *contrato de direito privado*, outra questão que se pode colocar é o alcance da *liberdade contratual* concedida às partes, por força do art. 405.º do Código Civil, designadamente, na oposição, no *contrato de subempreitada*, de disposições contratuais consagradas no CCP<sup>(69)</sup>, disposições, contudo, que são teleologicamente orientadas para a regulação dos *contrato de empreitada de obras públicas*, os quais se encontram funcionalizados à prossecução do interesse público (lógica da função) e modelados através de “*poderes exorbitantes*”, que extravasam o normal relacionamento entre privadas e das correspondes relações paritárias que são estabelecidas entre os mesmos sujeitos.

Como ponto de partida, importa ter presente que nada impede às partes, ao abrigo do *princípio da liberdade contratual*<sup>(70)</sup>, de remeterem a regulação das disposições contratuais de um *contrato de subempreitada* para as normas de direito público previstas no CCP<sup>(71/72)</sup>. E isto pela sim-

---

*vados, que se mantém como um negócio de direito privado, pelo que, apesar de o contrato integrar normas de origem pública, este não deixa de se apresentar como pertencendo ao direito privado*”. Cf., PEDRO LOBO XAVIER/VASCO RIBEIRO DE MESQUITA, “Aplicação de normas substantivas de direito público a contratos de empreitada de obras particulares: um caso de fuga para o direito público?”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015, *cit.*, p. 260.

<sup>(69)</sup> Na doutrina é referido que o regime fixado no Código Civil é pouco detalhado e não se encontra adaptado à complexidade das grandes empreitadas, bem como pelo facto de ser estabelecido um regime jurídico essencialmente supletivo. Neste sentido, PEDRO LOBO XAVIER/VASCO RIBEIRO DE MESQUITA, “Aplicação de normas substantivas de direito público a contratos de empreitada de obras particulares: um caso de fuga para o direito público?”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015, *cit.*, p. 257. No mesmo sentido, PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012, *cit.*, p. 551.

<sup>(70)</sup> Salientando este aspeto, v., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16.2YIPRT.P1, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>(71)</sup> Cf., ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 06.12.2018, Proc. n.º 779/12.7TBEVR.E1.S1, disponível em <www.dgsi.pt>. No mesmo sentido, PEDRO LOBO XAVIER/VASCO RIBEIRO DE MESQUITA, “Aplicação de normas substantivas de direito público a contratos de empreitada de obras particulares: um caso de fuga para o direito público?”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015, *cit.*, p. 257 e PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012, *cit.*, p. 554 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16.2YIPRT.P1, disponível em <www.dgsi.pt>.

<sup>(72)</sup> Na doutrina discute-se ainda a problemática de se saber se, na omissão de uma disposição

ples razão de que o CCP prevê uma regulação mais detalhada para os *contratos de empreitada*<sup>(73)</sup>. Nestes casos, “*a aplicação daquele diploma [CCP] funda-se no acordo das partes que, ao abrigo da liberdade contratual, escolheram o regime de empreitada de obras públicas para disciplinar a sua relação jurídica, que não se lhes aplicaria se não fosse a opção convencional*”<sup>(74)</sup>. Sucede, porém, que, e como vem alertando o STJ, “*mesmo quando as partes relegam para as regras de Direito Público uma determinada relação jurídica, tem a jurisprudência e a doutrina defendido que determinadas normas constantes do regime do Direito Público, que em razão do seu carácter eminentemente público, não podem aplicar-se a contratos de direito, como é o caso do regime da mora e do incumprimento*”<sup>(75)</sup>, sendo também usual salientar a inaplicabilidade da transposição do regime subjacente à *responsabilidade pelos erros e omissões* previsto no CCP<sup>(76)</sup>.

---

contratual e verificando-se a ausência de uma norma civilística específica sobre o contrato de empreitada de obra particular, será possível aplicar, por via analógica, o regime das empreitas de obras públicas. Respondendo afirmativamente a esta possibilidade, PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012, *cit.*, p. 554 e JOSÉ MARÇAL PUJOL, “Aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas às empreitadas particulares”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54, Vol. II, 1994, *cit.*, p. 519.

<sup>(73)</sup> A doutrina salienta ainda a possibilidade de remissão para o referido regime mesmo nos casos de omissão para essa remissão: “*Porém, mesmo na ausência de remissão contratual específica para o regime substantivo de direito público, a sua aplicação poderá ser acolhida pelo intérprete na medida em que seja adequada e conveniente à interpretação e integração da vontade das partes numa situação não prevista no contrato de empreitada de obra particular. Tal entendimento vai ao encontro da regra estabelecida no art. 239.º do Código Civil*”. Cf., PEDRO LOBO XAVIER/VASCO RIBEIRO DE MESQUITA, “Aplicação de normas substantivas de direito público a contratos de empreitada de obras particulares: um caso de fuga para o direito público?”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015, *cit.*, p. 267.

<sup>(74)</sup> Cf., Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.10.2012, Proc. n.º 159/08.9TV LSB.L1-1, disponível em <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>.

<sup>(75)</sup> Cf., Acórdão do STJ, de 06.12.2018, Proc. n.º 779/12.7TBEVR.E1. S1, disponível em <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.10.2012, Proc. n.º 159/08.9TVLSB.L1-1, disponível em <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>, e PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012, *cit.*, p. 554.

<sup>(76)</sup> Cf., PEDRO LOBO XAVIER/VASCO RIBEIRO DE MESQUITA, “Aplicação de normas substantivas de direito público a contratos de empreitada de obras particulares: um caso de fuga para o direito público?”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015, *cit.*, p. 269.



## 9. Da publicização do contrato de subempreitada?

Tendo em conta que, face ao exposto, o *contrato de subempreitada* tende a ser considerado como um *contrato de direito privado*, a questão que se pode colocar é saber se, face às *Diretivas da Contratação Pública de 2014*, o *contrato de subempreitada* tende a demonstrar uma “*fuga para o direito público*”(77). Com efeito, fica clara a intenção do Legislador Europeu, tal como expressamente afirmado no 2.º § do Considerando n.º 105 da Diretiva 2014/24/UE, em “*assegurar um certo grau de transparência na cadeia de subcontratação, já que tal proporcionará às autoridades adjudicantes informações sobre quem se encontra nos estaleiros de construção onde estão a ser executadas obras para essas autoridades, ou que empresas estão a prestar serviços em edifícios, infraestruturas ou zonas (...) pelos quais as autoridades adjudicantes são responsáveis ou sobre os quais exercem supervisão direta*”. Por outro lado, o mesmo considerando acaba, agora no 1.º §, por salientar a importância da observância, por parte dos subcontratados, das obrigações aplicáveis em *matéria ambiental, social e laboral*(78) (veja-se a recente análise do TJUE no acórdão *Tedeschi em matéria salarial*)(79), obrigações, diga-se, que as Entidades Adjudicantes não podem desconsiderar, por força da imposição que decorre do n.º 2, do art. 1.º-A do CCP. Recorde-se, por outro lado, que a violação de disposições em *matéria ambiental, social e laboral*, por parte dos Subcontratados é configurada, nos termos da al. a), do n.º 4, do art. 57.º da Diretiva 2014/24/UE, como um motivo facultativo de exclusão, realidade que é afirmada na jurisprudência do TJUE(80).

Mas a *publicização* que referimos também é demonstrada, designadamente, pela necessidade de a *autorização subjacente à subcontratação*,

---

(77) Salientando este aspeto, ANTÓNIO MALHEIRO MAGALHÃES, “Traços essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação contemplado nas «Novas Diretivas da União Europeia sobre Contratação Pública — Notas Breves Acerca do Presente e do Futuro da «Subcontratação Pública» no Ordenamento Jurídico Interno”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12, Almedina, 2016, *cit.*, pp. 70 e 71.

(78) Salientando este aspeto, SARA MATOS, “As fronteiras da subcontratação no contexto de relações jurídico-contratuais administrativas: avanço ou recuo? Reflexões em toro de subsídios jurisprudenciais recentes”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública*, Org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 126. No mesmo sentido, PAULO LINHARES DIAS, “A execução dos contratos na Diretiva 2014/24/UE”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12, Almedina, 2016, *cit.*, p. 20.

(79) Cf., Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (*Tedeschi*), de 27.11.2019, Proc. n.º C-402/18, disponível em <www.curia.eu>.

(80) V. Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (*Tim SpA — Direzione e coordinamento Vivendi SA*), de 30.01. 2020, Proc. C-395/18, disponível em <www.curia.eu>.

plasmada na al. a) do n.º 3 do art. 318.º do CCP, impor a prévia apresentação dos documentos de habilitação<sup>(81)</sup> relativos ao potencial subcontratado que sejam exigidos ao subcontratante na fase de formação do contrato em causa (v.g., declaração de inexistência de dívidas à Segurança Social ou da situação regularizada perante a Autoridade Tributária, etc...). Por outro lado, importa ter presente que, existindo a necessidade de um operador económico recorrer à subcontratação, desde logo para efeitos de suprir a falta de qualquer tipo de habilitação necessária para a execução do contrato lançado por uma Entidade Adjudicante, torna-se necessário, nos procedimentos com publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, que o Concorrente ou Candidato, por força do disposto no n.º 6 do art. 57.º do CCP, apresente um *Documento Europeu Único de Contratação Pública* (“DEUCP”)<sup>(82)</sup> e declare, nomeadamente, a sua intenção de subcontratar alguma parte do contrato a terceiros, facto que é incontornável segundo a jurisprudência do STA quando afirma que “quanto à possibilidade de subcontratação, se é certo que não pode ser excluída a possibilidade de recurso a terceiros titulares da habilitação (sub-contratação), também não é menos certo que têm os mesmos de ser indicados na proposta pois terão de ser eles a assegurar o contrato na parte em que este exige a titularidade da habilitação”<sup>(83)</sup>.

Do exposto é possível retirar a conclusão que um subcontratado, no âmbito de um procedimento pré-contratual, está submetido a um conjunto de regras de *direito público* que extravasam a normal e pura relação entre dois privados<sup>(84)</sup>. E razões ponderosas determinam este entendimento,

---

(81) Como salienta o SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, a habilitação “*comporta dois juízos distintos: um relativo à aptidão profissional; outro sobre a idoneidade ou honorabilidade pessoal contemplado no art. 81.º, n.º 1, al. b), por referência ao art. 55.º do CCP*”. Cf., Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 17.01.2019, Proc. n.º 01539/17.4BELRA, disponível em <www.dgsi.pt>.

(82) Sobre o DEUCP, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2020, cit., p. 817, ss.; PEDRO TELLES, “The European Single Procurement Document”, *Procurement Law Journal*, n.º 1, 2017, cit., pp. 1-21; LUIS M. ALVES, “O documento europeu único de contratação pública: obrigação sem exclusão?”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, 2019, cit., pp. 71-75.

(83) Cf., Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 14.01.2021, Proc. n.º 0955/19.1 BEAVR, disponível em <www.dgsi.pt>.

(84) Atente-se ao disposto na al. b) do n.º 6 do art. 71.º da Diretiva (“As autoridades adjudicantes, de acordo com os arts. 59.º, 60.º e 61.º, podem verificar ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar se existem motivos para a exclusão dos subcontratantes por força do disposto no art. 57.º. Nesses casos, a autoridade adjudicante deve exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos obrigatórios de exclusão. A autoridade adjudicante pode exigir ou ser solicitada por um Estado-Membro a exigir que o operador económico substitua um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos não obrigatórios de exclusão”) e da sua conjugação com o disposto na al. b) do n.º 1 do art. 317.º do CCP.

desde logo porque o subcontratado vai estar ligado à satisfação de um interesse público, materializado com a adoção da decisão de contratar, por parte de uma Entidade Adjudicante, a qual estará sempre funcionalizada à prossecução do interesse público<sup>(85)</sup>. Neste sentido, uma desconsideração da relevância do subcontratado para alcançar a mencionada necessidade da Entidade Adjudicante, sempre seria suscetível de ser configurada como “*uma eventual renúncia à gestão competente dos contratos públicos [pois] representaria, em certos sectores próprios da intervenção administrativa, o abandono ou a retirada da Administração*”<sup>(86)</sup>.

## 10. Da jurisdição competente para a apreciação de litígios emergentes de um contrato de subempreitada

Celebrado o *contrato de subempreitada* e encontrando-se o mesmo funcionalmente dependente da execução do *contrato de empreitada de obras públicas*, coloca-se também a questão de aferir a jurisdição para a resolução dos litígios que possam ocorrer no âmbito do *contrato de subempreitada*. A regra geral vigente no ordenamento jurídico português sobre esta questão decorre da conjugação do art. 64.º do Código do Processo Civil com o n.º 1, do art. 40.º, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, diploma que aprova a *Lei da Organização do Sistema Judiciário*. Neste sentido, são da competência dos Tribunais Judiciais as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional: corresponde, por isso, a uma competência residual.

Por seu turno, dispõe a al. e), do n.º 1, do art. 4.º, da Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, diploma que aprova o *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (“ETAF”), que compete aos Tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas à “*validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por*

---

<sup>(85)</sup> Salientando este aspeto, PEDRO FERNANDEZ SANCHEZ, “CCP e Constituição: Problemas na aplicabilidade de Procedimentos de Contratação Pública à luz da Constituição Portuguesa”, *A Constituição e a Administração Pública. Problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do direito administrativo português*, AAFDL Editora, 2018, *cit.*, p. 44.

<sup>(86)</sup> Cf., PEDRO COSTA GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, *cit.*, p. 22.

*peças coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes*". Neste sentido, a jurisprudência tem considerado que o *contrato de subempreitada* constitui um contrato subordinado, ou subcontrato, que mantém a sua distinção ou individualidade em relação ao *contrato de empreitada*, razão pela qual, o subempreiteiro não mantém qualquer vínculo contratual com o Dono da Obra<sup>(87)</sup>.

Fazendo apelo aos *índices ou critérios de administratividade do contrato administrativo*, a jurisprudência tem vindo a considerar que o *contrato de subempreitada*, celebrado entre empresas privadas, não corresponde a um *contrato administrativo*<sup>(88)</sup>, facto que não é alterado pela aposição de disposições contratuais que decorrem de normas de direito público cuja aposição decorra da livre fixação do conteúdo do contrato, por força do art. 405.º do Código Civil<sup>(89)</sup>. Neste sentido, tem entendido, quer o Tribunal de Conflitos<sup>(90)</sup>, quer a doutrina, que "*a jurisdição competente para dirimir eventuais litígios destes contratos [subempreitada], é a jurisdição comum*"<sup>(91)</sup>.

## 11. Referências Bibliográficas

- ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, "Traços essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação contemplado nas «Novas» Diretivas da União Europeia sobre Contratação Pública — Notas Breves Acerca do Presente e do Futuro da «Subcontratação Pública» no Ordenamento Jurídico Interno", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12, Almedina, 2016.
- ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, 2008.
- BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1996.
- CARLA AMADO GOMES, "A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos", *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008.
- CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2005.

---

(87) Cf., Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09.12.2010, Proc. n.º 020/10, disponível em <www.dgsi.pt>.

(88) Aderindo a este entendimento, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16. 2YIPRT.P1, disponível em <www.dgsi.pt>.

(89) Cf., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16. 2YIPRT.P1, disponível em <www.dgsi.pt>.

(90) Referimo-nos ao Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09.12.2010, Proc. n.º 020/10, disponível em <www.dgsi.pt>.

(91) Cf., PEDRO MELO, "O Direito das Obras Públicas", *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012, *cit.*, p. 552.

- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2008.
- GOMES CANOTILHO, “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, 1994.
- JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.
- JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES/ANABELA COSTA POUSEIRO, *Subempreitadas de Obras Públicas e Subcontratação*, *Quid Iuris*, 2001.
- JOSÉ MARÇAL PUJOL, “Aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas às empreitadas particulares”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54, Vol. II, 1994.
- LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitadas de Obras Públicas*, Almedina, 2015.
- LUÍS M. ALVES, “O documento europeu único de contratação pública: obrigação sem exclusão?”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, AAFDL Editora, 2019.
- LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações — Contratos em especial*, Vol. III, 7.ª ed., Almedina, 2010.
- MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos — Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., D. Quixote, 2009.
- MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 1990.
- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema do Contrato Administrativo no quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018.
- \_\_\_\_\_, “Apontamentos sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, Almedina, 2011.
- MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos: Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AADFL Editora, 2013.
- MARK KIRKBY, “Conceito e Critérios de qualificação do Contrato Administrativo: Um debate académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia. Do art. 178.º do CPA ao art. 1.º, n.º 6, do CCP — Uma alteração do paradigma de qualificação?”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_, *Contratos Administrativos de Subordinação (Natureza, Funções e Limites)*, AAFDL Editora, 2002.
- NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, 2015.
- PAULO LINHARES DIAS, “Ainda a propósito da natureza jurídica do visto prévio do Tribunal de Contas — A perspetiva (correta) da jurisprudência do TJUE”, *Estudo em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2019.
- \_\_\_\_\_, “A execução dos contratos na Diretiva 2014/24/UE”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12, Almedina, 2016.
- PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito da Contratação Pública*, 4.ª ed., Almedina, 2020.
- \_\_\_\_\_, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008.

- \_\_\_\_\_, “Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010.
- PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS/BERNARDO AZEVEDO, “A designada regulação da contratação pública e as “orientações técnicas (a propósito da Orientação Técnica do IMPIC 01/CCP/2018, sobre a escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia)”, *Newsletter CEDIPRE*, n.º 8, 2018.
- PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, AAFDL Editora, 2020.
- \_\_\_\_\_, “Dinamização do Tecido Empresarial em Procedimentos de Contratação Pública e o seu Impacto Restritivo sobre o Princípio da Concorrência”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública*, Org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021.
- \_\_\_\_\_, “CCP e Constituição: Problemas na aplicabilidade de Procedimentos de Contratação Pública à luz da Constituição Portuguesa”, *A Constituição e a Administração Pública. Problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do direito administrativo português*, AAFDL Editora, 2018.
- PEDRO LOBO XAVIER/VASCO RIBEIRO DE MESQUITA, “Aplicação de normas substantivas de direito público a contratos de empreitada de obras particulares: um caso de fuga para o direito público?”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015.
- PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Almedina, 2012.
- PEDRO MELO/MIGUEL NEIVA DE OLIVEIRA, “Subcontratação e pagamento directo aos subcontratados”, *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2017.
- PEDRO TELLES, “The European Single Procurement Document”, *Procurement Law Journal*, n.º 1, 2017.
- PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Direito das obrigações — Parte Especial — Contratos*, 2.ª ed., Almedina, 2007.
- PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 1968.
- RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, 2007.
- SARA MATOS, “A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentários ao caso Vitali SpA”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Almedina, 2020.
- \_\_\_\_\_, “As fronteiras da subcontratação no contexto de relações jurídico-construtivas administrativas: avanço ou recuo? Reflexões em torno de subsídios jurisprudenciais recentes”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública*, Org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021.
- SUE ARROWSMITH, “Understanding the purpose of the EU’s procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform”, *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Swedish Competition Authority, 2012.

## 12. Jurisprudência

- Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Tim SpA), de 30.01.2020, Proc. n.º C-395/18.
- Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Tedeschi), de 27.11.2019, Proc. n.º C-402/18.
- Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Vitali SpA), de 26.09.2019, Proc. n.º C-63/18.
- Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (BORTA), de 05.04.2017, Proc. n.º C-298/15.
- Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Wroclaw), de 14.06.2016, Proc. n.º C-406/14.
- Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (Enterprise Solutions), de 16.04.2015, Proc. n.º C-278/14.
- Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (SWM Costruzioni 2, SpA), de 10.10.2013, Proc. n.º C-94/2012.
- Acórdão do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de 25.02.1987, Proc. n.º 85/0026.
- Acórdão do TRIBUNAL DE CONFLITOS, de 07.06.2018, Proc. n.º 064/17.
- Acórdão do TRIBUNAL DE CONFLITOS, de 09.12.2010, Proc. n.º 020/10.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 14.01.2021, Proc. n.º 0955/19.1BEAVR.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 17.01.2019, Proc. n.º 01539/17.4BELRA.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 16.05.2019, Proc. n.º 2966/16.0T8PTM.E1.SE.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 06.12.2018, Proc. n.º 779/12.7TBEVR.E1. S1.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 21.10.2009, Proc. n.º 1746/7.8TXEVR.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 10.03.2015, Proc. n.º 215314/09.3YIPRT-L1-1.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 16.10.2012, Proc. n.º 159/08.9TVLSB.L1-1.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 16.12.2003, Proc. n.º 9602/2003-7.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 30.05.2017, Proc. n.º 108145/16. 2YIPRT.P1.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, de 23.11.2017, Proc. n.º 2876/14.5T8BRG.





# A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

*Pelo Prof. Doutor Jorge Miranda(\*)*

## *SUMÁRIO:*

**I.** A formação da Constituição. **II.** A dignidade da pessoa humana, fundamento da República. **III.** O Estado de Direito democrático. **IV.** O sistema de governo semi presidencial. **V.** As autonomias regionais e locais. **VI.** A fiscalização da constitucionalidade.

## **I. A formação da Constituição**

**1.** 45 anos após a sua aprovação e através de múltiplas vicissitudes internas e externas, políticas, culturais, económicas e sociais, a Constituição de 2 de abril de 1976 tornou-se a Constituição portuguesa mais duradoura a seguir à Carta Constitucional, de 1842 a 1910.

Começada a elaborar em tempo de radicalismo revolucionário em Lisboa, acabaria por ser conformada em tempo de pacificação política tornada possível pelos acontecimentos de 25 de novembro de 1975. Continua, no texto inicial, formulações ideológicas próximas do marxismo (em sete ou oito artigos dos trezentos e doze) e mantinha ainda, a título transitório, o Conselho da Revolução.

Nada disso poderia prevalecer sobre:

- a afirmação da dignidade da pessoa humana como base da República, o Estado de Direito democrático e o pluralismo de expressão e organização políticas (arts. 1.º e 2.º);

---

(\*) Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

- o primado dos direitos fundamentais em face da organização económica (Parte I do texto constitucional);
- extenso e rigoroso enunciado de direitos, liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais (arts. 24.º, ss. e 58.º, ss.);
- a interpretação e a integração de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, n.º 2);
- o jus-internacionalismo, traduzido no princípio da equiparação de direitos dos não portugueses (art. 15.º), na proibição de extradição quando o Direito do Estado requisitante preveja pena de morte ou outra de que resulte lesão irreparável da integridade física (art. 33.º, n.º 6), o respeito dos direitos do homem nas relações internacionais (art. 7.º, n.º 1);
- a prescrição da aplicação imediata dos direitos, liberdades e garantias e de direitos de natureza análoga (art. 18.º, n.os 1 e 2);
- o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, entre outros);
- a garantia de setores cooperativo e privado na economia (arts. 84.º e 85.º);
- a consagração de princípios gerais de Direito eleitoral (art. 113.º);
- a institucionalidade dos partidos políticos e do direito de oposição democrática (art. 114.º);
- a independência dos tribunais e a sua sujeição apenas à lei (art. 204.º);
- o desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade (arts. 277.º, ss.)(1).

Este entendimento esteve, porém, longe de ser o único aduzido.

**2.** Com efeito, se a Constituição trouxe a estabilização política segundo um modelo institucional idêntico ou análogo ao das democracias ocidentais, a sua entrada em vigor não significou o apaziguamento ou o consenso constitucional no país. Pelo contrário, desde o início, o debate à volta da Constituição assumiu um relevo inédito, por vezes excessivo e,

---

(1) V., sobretudo, *A Constituição de 1976 — Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978.

em 1980, quase dramático. Nem isso surpreende a quem evoque o paralelo com outras épocas da nossa história contemporânea e, mais de perto, as vicissitudes e as sucessivas atitudes políticas que acompanharam a feitura da Constituição<sup>(2)</sup>.

Esse debate centrou-se sobre aspetos globais da obra constitucional: sobre o sentido normativo fundamental da Constituição, e em especial da Constituição económica<sup>(3)</sup>; sobre o seu carácter definitivo ou transitório; sobre os limites materiais de revisão constitucional; e sobre o modo de fazer a primeira revisão.

3. Quanto ao sentido fundamental da Constituição, desenharam-se quatro posições.

Para uns, o que haveria a realçar na Constituição seria o socialismo (ou a transição para o socialismo), o rumo para uma sociedade sem classes, o poder democrático das classes trabalhadoras, o controlo de gestão, a apropriação coletiva, a eliminação dos monopólios e dos latifúndios, as nacionalizações, o plano, a reforma agrária, as organizações populares de base<sup>(4)</sup>.

Para outros, seria também o socialismo e, mais do que o socialismo, o carácter marxista<sup>(5)</sup> e a ditadura do proletariado<sup>(6)</sup>; mas, exatamente por isso, pronunciavam-se contra o texto de 1976.

Uma terceira leitura da Constituição, reconhecendo nela tanto um elemento democrático quanto um elemento socialista, afirmava-os incompatíveis (senão por princípio, pelo menos pelo modo como se dispõem ou sobreporiam, sem coordenação, no articulado constitucional). A Constituição seria internamente contraditória e, na prática, ou não poderia funcionar ou poderia conduzir a qualquer tipo de solução política e económica<sup>(7)</sup>.

---

(2) Segundo o que consta do *Manual de Direito Constitucional*, I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2014, p. 211, ss.

(3) Principalmente na perspectiva da adesão às Comunidades Europeias.

(4) Assim, LUÍS CARVALHO OLIVEIRA, *A Constituição: alguns conceitos fundamentais*, Lisboa, 1976, e a orientação geral da revista *Fronteira*, editada no Porto, durante alguns anos, pela “Cooperativa de Defesa da Constituição”.

(5) MARCELLO CAETANO, *Constituições portuguesas*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1978, p. 140.

(6) PEDRO SOARES MARTINEZ, *Comentários à Constituição portuguesa de 1976*, Lisboa, 1978, *maxime* p. 14.

(7) Foi a tese sustentada por MANUEL DE LUCENA, *O Estado da Revolução*; mais mitigadamente, por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Da revisão constitucional ao “compromisso impossível”*, in *Expresso* de 19 de Janeiro de 1980; e, mesmo após 1982, por RUI MACHETE, *Os princípios estruturantes da Constituição e a próxima revisão constitucional*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1987, pp. 346, 357, 359 e 360, e, em termos radicais, por FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976, cit.*, *maxime* pp. 132, ss., 184, ss., 292, ss. e 388.

Uma quarta maneira de ver era a dos que encontravam na Constituição igualmente esses elementos — a democracia ou a democracia política, pluralista e representativa, e o socialismo ou a democracia económica, social e cultural — como frutos de um determinado compromisso político e os procuravam interpretar e integrar sistematicamente através dos processos próprios do trabalho jurídico. Mas ainda aqui podiam distinguir-se cambiantes<sup>(8)</sup>.

Foi sempre esta última posição a que sempre defendi, apoiando-me no ponto firme que era e é a legitimidade democrática da Constituição. E foi ela que constantemente veio a ser adotada pela Comissão Constitucional.

4. A Constituição não fala em “período de transição”<sup>(9)</sup>. No entanto, por a Plataforma de Acordo Constitucional entre o Conselho da Revolução e os partidos políticos de 26 de fevereiro de 1976 ter sido fonte imediata da parte III e da parte IV e por a Constituição prever um regime da primeira revisão diferente do das revisões ulteriores (menos difícil), estar-se-ia diante de uma Constituição transitória<sup>(10)</sup>, diante de uma Constituição destinada a vigorar por um período curto até essa primeira revisão ou novação constitucional.

Doutro prisma, a Constituição seria transitória, por incidível da transição para o socialismo a que ela própria se referia; seria uma Constituição para a transição para o socialismo e, logo que este objetivo estivesse alcançado, haveria de ser substituída por outra, determinada pelas relações sociais de produção que então viessem a prevalecer<sup>(11)</sup>.

Estas opiniões não eram suficientemente fundadas.

Por um lado, o ter sido a Plataforma uma das fontes da Constituição e o falar em “período de transição” só poderia implicar (como veio a implicar) uma consequência: a extinção do Conselho da Revolução na primeira revisão constitucional (correspondente ou subsequente ao período dito de transição). E essa consequência apenas prova (e provou) que a Constitui-

<sup>(8)</sup> Cf., acentuando mais o elemento socialista, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, 1.ª ed., *maxime* pp. 8, 50, ss. e 189, ss.; ou, inversamente, tendo-o por não cogente, ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *Sistema financeiro e Constituição financeira no texto constitucional de 1976*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III, p. 567, ss.

<sup>(9)</sup> E ao contrário do primeiro texto preparado pela 5.ª comissão da Assembleia Constituinte, em correspondência com a 1.ª Plataforma, de 13 de abril de 1975 (art. 2.º, n.º 1).

<sup>(10)</sup> ANDRÉ THOMASHAUSEN, *Constituição e realidade constitucional*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1977, p. 473, ss.

<sup>(11)</sup> Divisa-se aqui um direto afloramento das concepções estalinistas da Constituição-balanço e Constituição-programa. Mas não foram só setores identificados com tais concepções que se serviram do argumento.

ção continha em si um princípio definitivo, o princípio democrático, em relação ao qual o Conselho da Revolução representava um desvio.

Por outro lado, regras específicas da primeira revisão eram a exigência de maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (art. 286.º, n.º 1), em vez de maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (art. 287.º, n.º 3); e a aproximada coincidência da atribuição à Assembleia da República de poderes de revisão com os termos da primeira legislatura e do primeiro mandato presidencial (arts. 286.º, n.º 1, 299.º, n.º 1, e 296.º). Mas estas regras justificavam-se por a primeira fase de vigência de qualquer Lei Fundamental equivaler a um tempo de experimentação e por a extinção do Conselho da Revolução exigir a reponderação do sistema de governo. Não permitiam concluir que se fosse passar de uma Constituição a outra<sup>(12)</sup>.

Quanto à “transição para o socialismo” tão pouco ela conferia à Constituição índole transitória, apenas lhe conferia (parcialmente) caráter programático. A transição não era exterior à Constituição formal e alterações de preceitos que viessem a ocorrer, por virtude disso, não afetariam a Constituição material<sup>(13)</sup>.

5. Tanto a Constituição não era transitória que enumerava explícitos limites materiais da revisão constitucional — quer dizer, princípios substantivos que deviam ser respeitados em ulterior modificação do seu texto. E à volta do preceito a eles referente (o art. 290.º) uma larga polémica doutrinal (e política) se estabeleceu.

O lugar indicado para analisar o problema, extremamente complexo, não pode ser, porém, este<sup>(14)</sup>. Por agora apenas se diga que cláusulas de limites materiais encontram-se em várias Constituições (como na nossa de 1911, no seu art. 82.º, § 2.4, a respeito da forma republicana de governo); o que distingue a Constituição de 1976 é prever um copioso elenco, abrangendo também princípios da organização económica.

6. Portugal pôde ratificar, dois anos depois da aprovação da Constituição, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os seus Protocolos Adicionais.

---

(12) Significativo é ainda o facto de a matéria da revisão constitucional, que no parecer da Comissão de Sistematização da Constituinte era colocada em “Disposições finais e transitórias” (v. *Diário*, n.º 13, p. 272), no fim ter ficado a constituir o título II da parte IV.

(13) Para maior desenvolvimento deste assunto, v. *A Constituição de 1976, cit.*, p. 215, ss.

(14) *V. Teoria da Constituição*, Coimbra, 2020, p. 198, ss.

Mais tarde, aderiu ou ratificou numerosos tratados internacionais de proteção da pessoa humana; ingressaria nas Comunidades Europeias, antecessoras da União Europeia; ratificaria o Tratado institutivo do Tribunal Penal Internacional.

A Constituição portuguesa influenciaria, em alguns pontos, as Constituições espanhola de 1978 e brasileira de 1988 e pode considerar-se largamente fonte das Constituições de Cabo Verde, da Guiné-Bissau, de São Tomé e Príncipe, de Angola e de Moçambique, ocorrida nesses países a democratização dos anos noventa, tal como fonte principal da Constituição de Timor independente.

7. O modo como se deveria fazer a primeira revisão constitucional foi, de todas as questões, a mais agitada. A despeito de a Constituição se ocupar *ex professo* do assunto, cometendo tal poder à Assembleia da República [arts. 164.º, alínea *a*), 169.º, n.º 1, e 286.º, ss.], houve quem invocasse a possibilidade ou a necessidade de recorrer ao povo através de referendo; foram apresentados um projeto de lei e uma proposta de lei de autorização legislativa tendentes à organização do referendo<sup>(15)</sup>; e a campanha eleitoral relativa à eleição presidencial em 1980 teve-o como tema primacial.

O referendo serviria para resolver o problema dos limites materiais da revisão constitucional, pois só o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar; ou para vencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo; ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição; ou ainda, na hipótese de não se formar na Assembleia da República a maioria qualificada exigida no art. 286.º, para viabilizar a própria revisão.

Sendo, embora, diversas as funções esperadas do referendo, era comum a fundamentação: o princípio democrático — por o povo, por direito natural (segundo alguns), estar acima da Constituição e esta mesma apelar para a participação direta e ativa dos cidadãos na vida pública (arts. 48.º e 112.º).

Mas a fraqueza jurídica dos argumentos era notória, à face dos cânones gerais de interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental (em que todo o poder público tem de estar previsto e contido em regras jurídicas e em que prevalecem os mecanismos representativos<sup>(16)</sup> e pluralistas).

---

(15) V. *Diário da Assembleia da República*, I legislatura, 4.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.ºs 69 e 74, pp. 1140, ss. e 1284, ss., respetivamente; cf. as impugnações que lhes foram dirigidas, *ibidem*, n.ºs 71 e 76, pp. 1214 (2) e 1312.

(16) V., por todos, o colóquio sobre revisão constitucional em que intervieram FRANCISCO LUCAS

No fundo o que estava em causa era ainda a oposição à Constituição; era, não já um processo para a modificar — o que pressupunha a aceitação das suas regras — mas um processo para a substituir; era saber se deveria ou não dar-se, e de que forma, rutura da ordem constitucional de 1976.

8. Os resultados da eleição presidencial de Dezembro de 1980 resolveram este problema no sentido da inadmissibilidade do referendo (com risco de degenerar em plebiscito, na pior aceção do termo) e do respeito das regras constitucionais sobre revisão<sup>(17)</sup>.

9. A primeira revisão constitucional, em 1981 e 1982, efetuar-se-ia, pois, no respeito pela Constituição, em ambiente de participação. E extinto o Conselho da Revolução, os militares, pela primeira vez desde 1822, deixaram de intervir na vida política.

As revisões constitucionais subseqüentes continuariam nessa linha.

Assim como um papel importante seria desempenhado pela jurisprudência, primeiro da Comissão Constitucional, de 1976 a 1980 e, depois, pelo Tribunal Constitucional, semelhante aos de vários países europeus, e posto a funcionar em 1982.

## II. A dignidade da pessoa humana, fundamento da República

10. Por circunstâncias históricas de vária índole, a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subseqüentes à segunda guerra mundial<sup>(18)</sup>.

Surge na Carta das Nações Unidas (no preâmbulo); na Declaração Universal, ao afirmar-se que “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem” tinham conduzido “a atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”

---

PIRES, ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, JOSÉ MIGUEL JÚDICE e MARCELO REBELO DE SOUSA, in *Democracia e Liberdade*, n.º 16, Novembro de 1980, p. 9, ss.

(17) Do mesmo modo que, em todas as eleições realizadas desde 1976, nunca o partido cujos deputados votaram contra a Constituição obteve maioria; ficou sempre abaixo dos 18%.

(18) *Direitos fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, 2020, p. 225, ss.

(preâmbulo); nos Pactos Internacionais de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Cíveis e Políticos (também nos preâmbulos); ou na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (preâmbulo e art. 1.º).

Surge em resposta “aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana” (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que “a dignidade da pessoa humana é sagrada” (art. 1.º da Constituição alemã de 1949). E vai constar depois das Constituições mais recentes.

**11.** Não foi, porém, nessa esteira das Constituições do segundo pós-guerra que a Constituição do regime autoritário de 1933 introduziu, na revisão constitucional de 1951, a expressão “dignidade humana” ao acrescentar ao art. 6.º, como uma das incumbências do Estado “zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, procurando assegurar-lhes um nível de vida compatível com a *dignidade humana*” (n.º 3); e a revisão de 1945 iria consagrar a “dignidade das pessoas” como limite à liberdade dos cultos (art. 45.º). Apesar de representar um progresso, parecia prevalecer aí uma linha principalmente assistencialista e paternalista.

Bem diferente viria a ser a Constituição atual, ao declarar logo no art. 1.º, a República “*baseada na dignidade da pessoa humana*”. Ao dizer que “todos os cidadãos têm a mesma *dignidade social* e são iguais perante a lei” e ao reiterá-lo no art. 26.º, n.º 2: “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à *dignidade humana*, de informações relativas às pessoas e famílias”. No art. 26.º, n.º 3: “A lei garantirá a *dignidade pessoal* e a identidade genética do ser humano...”. No art. 59.º, n.º 1, alínea *b*): “Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: (...) *b*) À organização do trabalho em *condições socialmente dignificantes*, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar”. No art. 67.º, n.º 2, alínea *e*): “Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: (...) *b*) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a *dignidade da pessoa humana*”. Ou no art. 206.º, ao admitir limites à audiência dos tribunais para *salvaguarda da dignidade das pessoas*.

**12.** A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.



Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. No entanto, os demais direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.

Por outro lado, o princípio da participação democrática na vida coletiva — quer enquanto subjetivado em direitos individuais, os direitos políticos (arts. 48.º, ss.), quer enquanto elevado a um dos objetivos da educação (art. 73.º, n.º 2), quer enquanto princípio estruturador da organização económica no tocante aos trabalhadores, aos empreendedores e aos consumidores [arts. 80.º, alínea g), e 60.º, n.º 3], quer, finalmente, enquanto condição do sistema democrático (art. 109.º) — alicerça-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 2.º e 9.º). Não se prevê a participação pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas.

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz assim como o carácter inalienável e imprescindível dos direitos fundamentais.

O “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

Enfim, a jusfundamentalidade como critério para a admissibilidade de outros direitos afora os inseridos no texto constitucional pode ainda associar-se à ideia de respeito pela dignidade da pessoa humana.

**13.** O art. 1.º da Declaração Universal precisa e explicita a conceção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

*Dotados de razão e de consciência* — eis o denominador comum a todos os homens e mulheres em que consiste essa igualdade. *Dotados de razão e consciência* — eis o que, para além das diferenciações geográficas, económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. *Dotados de razão e de consciência* — eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu

cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica das pessoas e dos povos.

*Devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade* — eis o horizonte de esperança aberto ou proposto a todos os seres humanos.

### III. O Estado de Direito democrático

14. Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientados para a sua garantia e a sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro<sup>(19)</sup>.

Em suma: é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de desenvolvimento; que (na linha que, afinal, remonta a MONTESQUIEU) a garantia da liberdade se faça através da divisão do poder. A síntese destes princípios, o modelo ou a ideia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.

Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Citando de novo uma fórmula lapidar da Declaração Universal (do seu preâmbulo): “É essencial a proteção dos direitos do homem através de um *regime de direito* para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”.

Há elementos inerentes ao Estado de Direito que antecedem a formulação da ideia e até o constitucionalismo moderno, porque são essenciais à

---

(19) *Direitos fundamentais, cit.*, p. 257, ss.

civilização jurídica (ou a *qualquer* civilização jurídica); a publicidade das leis, a sujeição dos governantes às leis em vigor enquanto não sejam modificadas, a imparcialidade dos tribunais, a salvaguarda dos casos julgados.

Mas o art. 16.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão identificaria os direitos individuais e a separação dos poderes com o cerne da Constituição e seria a partir daí que se desenvolveria o Estado de Direito ao longo do século XIX: a segurança como base da Constituição a par da liberdade e da propriedade (assim, entre nós, logo o art. 1.º do texto de 1822), as garantias da liberdade e da segurança pessoal, a não retroatividade das leis, ou, pelo menos, das leis penais incriminadoras, o primado da lei e o princípio da legalidade da Administração, a ressalva dos atos administrativos constitutivos de direitos, a independência dos tribunais.

A seguir à segunda guerra mundial surgiria aquilo a que se tem chamado *Estado de Direito material*, contraposto ao *Estado de Direito formal* do positivismo jurídico. Um Estado de direitos fundamentais e orientado para a justiça, em que avultam o princípio da constitucionalidade e a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos atos do poder, a consideração dos direitos fundamentais nos termos da Constituição e não nos termos da lei, o carácter restritivo das restrições a direitos fundamentais, os princípios da proporcionalidade, da tutela da confiança e da tutela jurisdicional efetiva, a reserva (absoluta) de jurisdição dos tribunais, a obrigatoriedade de execução das sentenças dos tribunais administrativos, a responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos seus órgãos e agentes.

Como as coordenadas do Estado de Direito se desenvolvem todas segundo a linha dos direitos fundamentais, ele agora desenvolve-se a par do Estado social.

**15.** No caso português, se muitos dos elementos acabados de indicar aparecem, sob feições e em graus variáveis, ao longo das sucessivas Constituições, certo é que, em nenhuma, elas os ressaltam de uma forma tão clara e tão completa quanto na Constituição de 1976.

Para isso terão contribuído, por um lado, as deficiências e insuficiências manifestadas pela Constituição de 1933 e, sobretudo, a denúncia das perversões na sua aplicação prática, bem como, por outro lado, depois de 25 de abril de 1974, a resistência a graves desvios verificados em 1974 e 1975 e a necessidade de evitar a sua repetição. Terão concorrido ainda a convicção, que subsistiu sobretudo entre os advogados, dos princípios do Estado de Direito e, embora menos, o ensino e a investigação nas Universidades.

O texto inicial da Constituição procurou ser, pois, extremamente minucioso e cuidadoso no domínio dos direitos fundamentais e na organi-

zação do poder — não obstante só falar em Estado de Direito, em Estado de Direito democrático no preâmbulo e encerrar algumas normas controversas à sua luz. A revisão constitucional de 1982, por seu turno, definiu o regime político como Estado de Direito democrático (art. 2.º), alargou ainda mais o quadro dos direitos, liberdades e garantias e os mecanismos de fiscalização e criou um Tribunal Constitucional. Enfim, as revisões de 1989 e de 1997 persistiram nessa linha, com especial incidência nos direitos dos administrados<sup>(20)</sup>.

À face do texto inicial da Constituição chegou a ser contestada a qualificação do Estado português como Estado de Direito, nomeadamente, por causa da atribuição ao Conselho da Revolução da competência para declarar a inconstitucionalidade de normas jurídicas com força obrigatória geral (art. 281.º), da subsistência da Lei n.º 8/75, de 25 de julho (art. 309.º), e da constitucionalização do Decreto-Lei n.º 621-B/74, de 15 de novembro (art. 308.º).

Todavia, apesar de conter essas normas e de a aplicação retroativa de sanções criminais cominadas pela Lei n.º 8/75 ser, como sempre sustentei indiscutivelmente, violadora de princípios do Estado de Direito<sup>(21)</sup>, tal não era suficiente para inquinar a qualificação. Não só as referidas normas apareciam com alcance e duração limitados como eram amplamente compensadas — se é lícito pensar em compensação nesta matéria — por importantíssimos avanços na consagração dos direitos fundamentais e no reforço dos meios jurisdicionais de garantia.

Entre os progressos no sentido do Estado de Direito (muitos deles desconhecidos da generalidade das Constituições e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem) trazidos logo em 1976 avultavam (frisando, de novo, alguns pontos já aflorados atrás) os princípios sobre a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º) e o regime da sua suspensão (art. 19.º), os limites materiais e a jurisdicionalização da extradição (art. 23.º, n.º 4; hoje art. 33.º, n.ºs 3 a 6), as garantias de direito e processo penais (art. 27.º, ss.), a definição do conteúdo do *habeas corpus* (art. 31.º), as garantias relativas à utilização da informática (art. 35.º), o direito à objeção de consciência (arts. 41.º, n.º 5, e 276.º, n.º 3), a interdição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos [art. 52.º, alínea *b*); hoje art. 53.º], a afirmação dos tribunais administrativos como verdadeiros tribunais (art. 212.º), valendo

---

<sup>(20)</sup> V. os Autores indicados in *Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, p. 20.

<sup>(21)</sup> Como sempre entendi: v. *A Constituição de 1976*, cit., p. 481, ss., e *Manual...*, VI, 4.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 21-22.

para eles os princípios gerais sobre a execução das sentenças (art. 210.º, n.º 2; hoje art. 205.º, n.º 3), a consagração do Conselho Superior da Magistratura como órgão constitucional (art. 223.º; hoje art. 218.º), o princípio da imparcialidade da Administração (arts. 267.º, n.º 2; hoje 266.º, n.º 2), os princípios e regras sobre polícia (art. 272.º), a inexistência de garantia administrativa (art. 271.º, n.º 1).

**16.** Reportando-nos à Constituição, no articulado atual, firmam o Estado de Direito:

- a) O sentido restritivo das restrições a direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.os 2 e 3);
- b) Os princípios da segurança jurídica (arts. 18.º, n.º 3, 32.º, n.º 9, 102.º, n.º 3, 266.º, n.º 2, 280.º, n.º 3, e 282.º, n.º 4), da proporcionalidade (arts. 18.º, n.º 2, 19.º, n.os 4 e 8, 30.º, n.º 5, 50.º, n.º 3, 65.º, n.º 4, 266.º, n.º 2, 267.º, n.º 4, 270.º e 272.º, n.º 2) e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos (arts. 20.º e 268.º, n.os 4 e 5);
- c) O princípio de separação e interdependência dos órgãos de poder [arts. 2.º, 112.º, n.º 1, e 288.º, alínea *j*)]; a distribuição de competências entre os órgãos governativos tendo em vista não apenas a prática de atos próprios mas também o exercício de funções de fiscalização recíproca (entre outros, arts. 133.º, 134.º, 135.º, 136.º, 161.º, 162.º, 195.º, 231.º e 233.º); a competência legislativa genérica da Assembleia da República [art. 161.º, alínea *d*)] e reservada, nomeadamente sobre direitos, liberdades e garantias, direito e processo penais, tribunais e magistratura (arts. 164.º e 165.º); a proibição de dissolução da Assembleia da República e de atos de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de emergência (arts. 172.º, n.º 1, e 289.º) e a obediência das Forças Armadas aos órgãos competentes nos termos da Constituição e da lei (art. 275.º, n.º 3);
- d) A reserva aos tribunais da função jurisdicional, visto que eles são “os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (art. 202.º)<sup>(22)</sup>, e, assim, cabe-lhes defender os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflí-

---

<sup>(22)</sup> Cf. acórdão n.º 41 da Comissão Constitucional, de 9 de novembro de 1977, *in* apêndice ao *Diário da República* de 30 de dezembro de 1977.

tos de interesses públicos e privados (art. 202.º e ainda arts. 20.º, n.º 1, e 113.º, n.º 7); a independência dos tribunais [arts. 203.º e 288.º, alínea *m*)] e a obrigatoriedade das suas decisões para todas as entidades públicas e privadas (art. 205.º, n.º 2); e a competência reservada dos tribunais judiciais, salvo em tempo de guerra a dos tribunais militares, para aplicar a lei criminal (arts. 27.º, n.º 2, 28.º, n.ºs 1 e 3, 30.º, n.º 2, 31.º, n.º 1, e 212.º); a proibição de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes (art. 209.º, n.º 4); a inamovibilidade, a irresponsabilidade e as demais garantias dos juizes (arts. 216.º);

- e) O exercício do poder político, a nível do Estado, das regiões autónomas e do poder local, com sujeição à Constituição [art. 3.º, n.º 2 — inicial 115.º — e arts. 10.º, n.º 1, 108.º, 110.º, n.º 2, 111.º, n.º 1, 114.º, n.º 2, 223.º, n.º 2, alínea *f*), 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), 234.º, n.º 1, e 241.º], dependendo a validade dos seus atos da conformidade com a Constituição (art. 3.º, n.º 3); o poder de apreciação pelos tribunais da existência de inconstitucionalidade nos feitos submetidos a julgamento (art. 204.º); a competência de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (art. 281.º); o direito de resistência a ordens que ofendam os direitos, liberdades e garantias (art. 21.º), o direito de não pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição (art. 103.º, n.º 3) e o direito de petição para defesa da Constituição (art. 52.º, n.º 1); a fiscalização de inconstitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas como limite material da revisão constitucional [art. 288.º, alínea *l*);
- f) A subordinação dos órgãos e agentes administrativos à Constituição e à lei com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (art. 266.º, n.º 2); os direitos e garantias dos administrados, designadamente a necessidade de fundamentação expressa dos atos que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (art. 268.º, n.º 3) e a garantia do acesso à justiça administrativa (art. 268.º, n.ºs 4 a 5); a observância das regras gerais sobre polícia e o respeito dos direitos, liberdades e garantias na prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado (art. 272.º, n.º 3);
- g) A responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários

ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (art. 22.º); em especial, o dever de indemnizar o lesado, em caso de privação de liberdade contra o disposto na Constituição e na lei (art. 27.º, n.º 5) e de condenação criminal injusta (art. 29.º, n.º 6); a responsabilidade civil e criminal dos titulares de cargos políticos (arts. 117.º, 130.º e 196.º); a responsabilidade civil, criminal e disciplinar dos funcionários e agentes pelas suas ações ou omissões de que resulte violação dos direitos ou de interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica (art. 271.º, n.º 1)<sup>(23)</sup>.

17. Além destas regras a jurisprudência formulou outras, deduzidas da própria ideia ou do conteúdo do Estado de Direito, tais como:

- A extensão ao ilícito de mera ordenação social e às sanções disciplinares, inclusive em Direito do trabalho, do princípio da proporcionalidade e mesmo de alguns dos princípios fundamentais de Direito criminal (*v. g., nulla poena sine lege*) e das garantias essenciais de defesa;
- A aplicação judicial das medidas de reeducação privativas da liberdade;
- Os princípios da igualdade processual das partes e do contraditório;
- A proibição de lei retroativa — para lá de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 3), de lei penal incriminadora (art. 29.º, n.º 2) e de lei definidora de competência do tribunal (art. 32.º, n.º 9) — que viole de forma intolerável a segurança jurídica e a confiança das pessoas, designadamente de lei tributária retroativa nessas condições;
- A inadmissibilidade de privação retroativa do direito de interposição de recurso de decisões judiciais;
- O princípio da publicidade dos atos.

---

<sup>(23)</sup> Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2004, p. 243, ss.; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 161, ss.; MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma da República*, Coimbra, 2005, p. 179, ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito constitucional*, II, 5.ª ed., Coimbra, 2013, p. 697, ss.

**18.** Quanto a *Estado de Direito democrático*, a expressão traduz a confluência de Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito — por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (arts. 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º, etc.), mas está subordinado — material e formalmente — à Constituição (citados arts. 3.º, n.º 2, 108.º, 110.º, n.º 2, 225.º, n.º 3, 266.º, 288.º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder (arts. 3.º, n.º 3, 204.º, 268.º, n.º 4, 278.º, ss.)(<sup>24</sup>).

Há uma interação de dois princípios substantivos — o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais — e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação. O equilíbrio (ou, se se preferir, a síntese, obtém-se através da harmonia sistemática de valores e princípios, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

À luz desta conceção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para proteção dos direitos individuais. Já não configurar os direitos como trunfos contra a maioria. Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efetivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais. E, se ocorrem tensões ou desvios, hão de ultrapassar-se no âmbito da Constituição e dos seus mecanismos de garantia.

**19.** Em segundo lugar, porém, Estado de Direito democrático parece querer significar um pouco mais. Pode significar Estado social de Direito.

Ele liga-se especificamente também à democracia económica, social e cultural, cuja realização é objetivo da democracia política (art. 2.º, 2.ª parte); reporta-se ao relevo assumido pelos direitos económicos, sociais e culturais e pelas condições da sua efetivação [art. 9.º, alínea *d*), e arts. 58.º, ss.];

---

(<sup>24</sup>) *Direitos fundamentais*, cit., p. 266, ss. Mas é bem melhor dizer *ordem constitucional democrática*, como diz o citado art. 19.º, n.º 2.



torna-se indissociável da vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 1, *in fine*) e da subordinação do poder económico ao poder político democrático [art. 80.º, alínea *a*), e art. 81.º, alínea *e*)]; pretende-se um modelo mais exigente (não necessariamente mais original) de Estado de Direito — no confronto do dos países da Europa ocidental — quer no tocante aos direitos sociais quer no que tange aos próprios direitos de liberdade.

Afirmando a decisão de assegurar o primado do Estado de Direito democrático, a Constituição reitera do mesmo modo o primado do Direito — do Direito que justifica e organiza um Estado democrático e, concomitantemente, reflete e conforma uma sociedade que se aspira de pessoas livres e iguais. O Estado e a sociedade são, assim, qualificados pela sua integração pelo Direito e este é, por seu turno, posto perante a vivência dos fatores de vária ordem decorrentes daquela perspetiva.

Não é uma harmonia pré-estabelecida que se pretende conservar a todo o custo, é uma sociedade imperfeita que se pretende transformar no respeito de certas regras e com vista a certos objetivos. Não se negam os contrastes, os conflitos e os antagonismos de classes, de grupos, de gerações, de setores e de regiões; mas inserem-se tais contrastes numa visão dinâmica do processo social em que se espera a sua superação através de níveis crescentes de participação e desalienação — tudo dentro dum rigoroso quadro constitucional e na permanência dos valores que imprimem caráter e razão de ser à comunidade política.

#### **IV. O sistema de governo semi-presidencial**

**20.** O sistema de governo de 1976 foi moldado com a preocupação maior de evitar os vícios inversos do parlamentarismo de assembleia da Constituição de 1911 e da concentração de poder da Constituição de 1933, e tendo como pano de fundo a situação institucional pós-revolucionária.

O ponto mais delicado dizia respeito ao lugar do Presidente da República, às suas competências e ao seu modo de eleição. Ele não devia ser um Presidente meramente representativo, nem um Chefe de Estado equivalente ao do regime autoritário, nem tão pouco (o que contrariaria a tradição constitucional portuguesa) um Presidente chefe do Poder Executivo. Mas tanto poderia ser um Presidente arbitral, embora com capacidade de intervenção efetiva, no âmbito de um parlamentarismo racionalizado, como um Presidente mais forte, regulador do sistema político, de tipo semipresidencial.

Optou-se pela segunda alternativa, desde logo, pela necessidade de compensar ou equilibrar o Conselho da Revolução, que iria subsistir durante alguns anos. E ainda por mais duas razões: pela dificuldade de instauração de um governo parlamentar após 50 anos sem Parlamento democrático e pela prefiguração de um modelo misto pela Lei n.º 3/74 (com Presidente da República, Governo e um Conselho de Estado, que fazia as vezes de assembleia).

Acrescia o modo de eleição, que não podia deixar de ser (após o desvio traduzido na 1.ª Plataforma de Acordo Constitucional) a eleição por sufrágio direto e universal, de resto prevista já no Programa do Movimento das Forças Armadas (C, 1). A sua reivindicação fazia parte desde 1958-1959 do património das reivindicações democráticas em Portugal. Só ela daria ao Presidente da República suficiente legitimidade para presidir ao Conselho da Revolução e, se fosse caso disso, para se lhe impor<sup>(25)</sup>. Ela serviria de contraponto de unidade em face da eventual fragmentação parlamentar resultante do princípio da representação proporcional — decorrente este, por seu turno, de uma exigência de garantia do pluralismo e de integração numa sociedade tão dividida como se apresentava a portuguesa.

Sobre tudo isto formara-se um consenso difuso na Assembleia Constituinte, nos principais partidos e na opinião pública nos últimos meses de 1975 e nos primeiros de 1976. E estas orientações viriam a ser consagradas na 2.ª Plataforma e no texto constitucional.

**21.** Os aspetos fundamentais a considerar eram, pois, os seguintes:

- a) Existência de quatro órgãos políticos de soberania — Presidente da República, Conselho da Revolução, Assembleia da República e Governo (art. 113.º);
- b) Atribuição ao Presidente da República, também presidente do Conselho da Revolução, sobretudo de poderes relativos à constituição e ao funcionamento de outros órgãos do Estado e das regiões autónomas, do poder de promulgação e veto e do poder de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (arts. 136.º e 137.º);
- c) Condicionamento dos principais atos do Presidente da República pelo Conselho da Revolução (arts. 145.º e 147.º);

---

<sup>(25)</sup> Mas isso explica, por outra parte, a circunstância de o primeiro Presidente eleito ter sido um militar.

- d) Sujeição a referenda ministerial apenas de certos atos do Presidente da República (art. 141.º);
- e) Atribuição à Assembleia da República, Parlamento unicameral (art. 150.º, ss.), sobretudo do primado da função legislativa (arts. 164.º, 167.º, 168.º e 172.º) e de funções de fiscalização do Governo e da Administração pública (art. 165.º);
- f) Consideração do Governo como o órgão de condução da política geral do país (art. 185.º), sendo o Conselho de Ministros presidido pelo Presidente da República apenas a solicitação do Primeiro-Ministro [art. 136.º, alínea h)];
- g) Eleição direta do Presidente da República (art. 124.º), com candidatos propostos por grupos de cidadãos (art. 127.º) e em data nunca coincidente com a da eleição dos Deputados (art. 128.º);
- h) Exigência de maioria absoluta para a eleição do Presidente da República (art. 129.º);
- i) Eleição dos Deputados à Assembleia da República segundo o sistema proporcional e o método de Hondt (art. 155.º) e com candidaturas reservadas aos partidos (art. 154.º);
- j) Duração diferenciada do mandato presidencial — cinco anos (art. 131.º) — e da legislatura — quatro anos (art. 174.º) — e ineligibilidade do Presidente para terceiro mandato consecutivo e durante o quinquénio subsequente a segundo mandato consecutivo (art. 126.º);
- l) Incompatibilidade das funções de Deputado e de membro do Governo (art. 157.º);
- m) Sujeição da Assembleia da República a dissolução pelo Presidente da República, verificados certos requisitos, designadamente parecer favorável do Conselho da Revolução [arts. 136.º, alínea e), e 175.º];
- n) Formação do Governo por ato do Presidente da República “tendo em conta os resultados eleitorais” (art. 190.º), seguido da apreciação do seu programa pela Assembleia da República (art. 195.º);
- o) Responsabilidade política do Governo perante ambos os órgãos (art. 193.º), não sendo, porém, necessária a confiança positivamente afirmada (pelo menos, da Assembleia) para que ele subsista, e bastando a não desconfiança explícita, exceto quando seja o próprio Governo a pedir um voto de confiança (arts. 195.º a 198.º);

- p) Proibição de dissolução da Assembleia da República por efeito de rejeição do programa do Governo, salvo no caso de três rejeições consecutivas (art. 198.º, n.º 2) e, em contrapartida, dissolução obrigatória quando a Assembleia haja recusado a confiança ou votado a censura ao Governo, determinando por qualquer destes motivos a terceira substituição do Governo (art. 198.º, n.º 3)<sup>(26)</sup>.

Da Plataforma de Acordo Constitucional viriam as regras correspondentes às alíneas *a)*, *b)* (em parte), *c)*, *g)*, *m)*, *n)*, *o)* (em parte) e *p)*.

Dos trabalhos da Assembleia Constituinte as regras correspondentes às alíneas *b)* (em parte), *d)*, *e)*, *f)*, *h)*, *i)*, *l)* e *o)* (em parte).

**22.** É interessante fazer uma comparação com a Constituição da V república francesa.

Entre as semelhanças contam-se a conceção do Presidente como órgão dinamizador das instituições e a do Governo como órgão de condução da política geral do país, o poder de dissolução do Parlamento, a tipicidade dos atos sujeitos a referenda e a eleição presidencial direta.

As diferenças apresentam-se, porém, mais significativas:

- a) Em Portugal, a eleição do Presidente da República não pode efetuar-se nos sessenta dias anteriores ou posteriores à data das eleições para a Assembleia da República; na França, desconhece-se esta regra de não simultaneidade das duas eleições e, portanto, dos seus resultados políticos;
- b) Em Portugal, o Governo responde tanto perante o Presidente como perante o Parlamento e o Primeiro-Ministro pode ser demitido pelo Presidente; não na França, juridicamente (mas politicamente sim, salvo em período de “coabitação”);
- c) Na França, o Presidente preside ao Conselho de Ministros e nomeia os funcionários civis e militares; em Portugal só pode presidir ao Conselho de Ministros a pedido do Primeiro-Ministro (o que assegura uma mais completa separação entre os dois órgãos);
- d) Na França, o Presidente tem poder de decisão de referendo e pode tomar medidas extraordinárias em estado de necessidade; não em Portugal;

---

<sup>(26)</sup> V. os Autores citados in *Manual de Direito Constitucional*, I, 2, 10.ª ed., Coimbra, 2014, p. 198, ss.

- e) Em Portugal, existe um órgão de condicionamento do Presidente da República; não na França.

**23.** Na primeira revisão constitucional, para lá da extinção do Conselho da Revolução, mencionem-se:

- A não reelegibilidade do Presidente da República, em caso de renúncia, nas eleições que se realizem no quinquénio imediatamente subsequente (art. 126.º, n.º 2);
- O alargamento de sessenta para noventa dias da regra de não simultaneidade da eleição do Presidente da República e das eleições para a Assembleia da República (art. 128.º, n.º 2);
- A criação do Conselho de Estado como órgão consultivo do Presidente da República [arts. 136.º, alínea a), e 144.º, ss.];
- A dependência da dissolução da Assembleia da República apenas de audição dos partidos e de parecer do Conselho de Estado [art. 136.º, alínea e)], em vez de parecer *favorável* do Conselho da Revolução (como era dantes), e a supressão das regras atinentes a crises ministeriais (anteriores n.os 2 e 3 do art. 198.º); mas, em contrapartida, a proibição de dissolução nos seis meses posteriores à eleição da Assembleia e nos seis últimos do mandato do Presidente (art. 175.º, n.º 1);
- A demissão do Governo pelo Presidente da República só quando tal se torne necessário para assegurar “o regular funcionamento das instituições democráticas” [arts. 136.º, alínea g), e 198.º, n.º 2];
- A regulamentação mais precisa do poder de veto (arts. 139.º e 235.º);
- A transferência para a Assembleia da República ou para a sua Comissão Permanente da competência para autorizar a declaração de guerra e do estado de sítio ou do estado de emergência [arts. 138.º, alínea c), 141.º e 164.º, alíneas j) e l)];
- A limitação do Governo, antes da apreciação do seu programa pela Assembleia, à prática dos atos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos (art. 189.º, n.º 5) e a possibilidade de ele solicitar a aprovação de um voto de confiança aquando dessa apreciação (art. 195.º, n.º 3);
- A definição geral das relações entre o Governo e o Presidente da República em termos de “responsabilidade”, e não já de “responsabilidade política” (arts. 193.º e 194.º);

— A prescrição da demissão do Governo por virtude do início de nova legislatura e de aprovação de uma moção de censura, e não já de duas (art. 198.º, n.º 1);

**24.** Na prática, o sistema tem-se traduzido em:

- a) Nenhum Governo se tem podido formar ou subsistir senão como emanação ou expressão da situação parlamentar, tendo sido sempre respeitados os resultados eleitorais (art. 187.º, n.º 1 da Constituição, inicialmente 190.º, n.º 1);
- b) O Presidente tem reservado, porém, para si a definição das condições e do termo da subsistência dos Governos (numa posição ativa, e não meramente declarativa, como seria em sistema parlamentar);
- c) Salvo uma única vez, o Presidente da República nunca deixou de nomear Primeiro-Ministro o dirigente político indicado pelo partido com maioria absoluta ou relativa;
- d) Tal não significa, porém, que, em casos extremos de impossibilidade de formação de Governo com base num partido ou numa coligação ou concertação de partidos, o Presidente não possa nomear um Governo de “iniciativa presidencial”, como sucedeu em 1978 e 1979 — só que, tendo esse Governo sempre de não ter o seu programa rejeitado pela Assembleia;
- e) Embora não seja a isso constitucionalmente obrigado, o Presidente da República tem quase sempre nomeado os membros do Governo propostos pelo Primeiro-Ministro e só, em raríssimos casos, tem provocado a demissão de um membro do Governo;
- f) Formado qualquer Governo e salvo em caso de crise, o Presidente, mais preocupado com o equilíbrio político geral, tem guardado sempre perante ele um maior ou menor distanciamento;
- g) Este último ponto, assim como a menor afirmação do Parlamento (por causas históricas antigas e por dificuldades atuais de funcionamento) têm contribuído para o avultar do papel do Governo, órgão de direção da política geral do país (art. 182.º da Constituição) e, quando de Governo maioritário, para a tendência para uma “governamentalização” do sistema.

## V. As autonomias regionais e locais

**25.** Sem prejuízo de Portugal continuar a ser um Estado unitário (art. 6.º), a Constituição eleva os Açores e a Madeira a regiões autónomas, dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprios.

As duas regiões gozam de largos poderes legislativos e executivos fundados nas suas características geográficas, económicas, sociais e culturais e nas históricas aspirações autónomas das suas populações (arts. 225.º, ss.). Poderes exercidos por assembleias legislativas eleitas por sufrágio universal e por governos regionais perante elas responsáveis (arts. 231.º, ss.).

Noutro âmbito — só administrativo — situam-se os princípios da subsidiariedade e da autonomia das autarquias locais e municípios, freguesias, regiões administrativas (estas, lamentavelmente ainda não criadas, quando seria possível aproveitar as áreas das comissões de coordenação e desenvolvimento regional do Continente)<sup>(27)</sup>.

## VI. A fiscalização da constitucionalidade

**26.** No texto inicial da Constituição, mantinha-se a fiscalização concreta, difusa e incidental vinda da Constituição de 1911 (art. 63.º) e da Constituição de 1933 (art. 122.º, depois 123.º)<sup>(28)</sup>.

Todavia, ele só valia plenamente para normas não inseridas em leis, decretos regulamentares e diplomas equiparáveis (art. 282.º, n.º 3). Para as outras normas, as mais importantes do ordenamento jurídico, a fiscalização difusa sofria a compressão decorrente da existência da Comissão Constitucional — a fiscalização difusa, não a fiscalização jurisdicional, pois que a Comissão, como órgão de julgamento, era um verdadeiro tribunal (arts. 282.º e 283.º, n.º 3).

Quanto à fiscalização abstrata pelo Conselho da Revolução, o seu regime diferenciava-se bem do regime do art. 91.º, n.º 2, da Constituição de 1933 (no texto de 1971) em dois pontos do maior vulto. Enquanto que, na Assembleia Nacional de 1971 (ou no Conselho de Estado de 1974 ou no

---

<sup>(27)</sup> Sobre toda esta matéria, v. *Manual de Direito Constitucional*, III, 6.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 301, ss. e 219, ss., e autores citados.

<sup>(28)</sup> Sigo aqui, *Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, pp. 155, ss. e 279, ss.

Conselho da Revolução de 1975), qualquer dos membros a promovia, agora o Conselho não tinha iniciativa, tinha de decidir a instância de certos órgãos (dotados de um direito de ação *latissimo sensu*) — o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República e, no tocante aos direitos constitucionais das regiões autónomas, as assembleias regionais. Enquanto que na Constituição de 1933 (quer no art. 91.º, n.º 2, quer no art. 123.º, § único, depois § 2.º), a Assembleia fixava ela própria os efeitos da inconstitucionalidade (salvo o respeito dos casos julgados), agora ao Conselho da Revolução era vedado fixar tais efeitos — isso competia às autoridades com poder de decisão no caso concreto e, em última palavra, aos tribunais<sup>(29)</sup>; o Conselho limitava-se a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral; e algo de semelhante se passava com a Comissão Constitucional (art. 44.º, n.º 1, do estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de junho).

Enfim, fiscalização *a posteriori* vinha a ser também a nova figura de fiscalização (não de inconstitucionalidade, naturalmente) criada pela Constituição: a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 279.º), cujo processo era de iniciativa do Conselho da Revolução, compreendia um parecer da Comissão Constitucional e terminava, quando fosse caso disso, com uma recomendação do Conselho ao órgão legislativo competente.

**27.** Comissão Constitucional foi o primeiro órgão específico de garantia da Constituição, o primeiro órgão instituído apenas para isso, em todo o constitucionalismo português<sup>(30)</sup> e a sua composição avizinhava-se da composição corrente em Tribunais Constitucionais, pois, dos seus nove membros, quatro eram juizes, designados pelo Supremo Tribunal de Justiça (um) e pelo Conselho Superior da Magistratura (três); e cinco, não juizes, designados pelo Presidente da República (um), pelo Conselho da Revolução (três) e pela Assembleia da República (um).

Não se tratava, porém, de um tribunal constitucional. Em primeiro lugar, porque desempenhava funções auxiliares de outro órgão, aliás de grande importância como se sabe. Em segundo lugar, porque, mesmo enquanto tribunal com concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade, não estava investido de um poder exclusivo (ou pre-

---

<sup>(29)</sup> V. a demonstração no parecer n.º 3/78, de 19 de janeiro, da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, IV, p. 229, ss.

<sup>(30)</sup> Para uma visão geral, v. *Recordando a Comissão Constitucional*, Lisboa, 2019.



valecente), nem de um poder genérico de decidir sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas: coexistia a par dos tribunais e só conhecia da inconstitucionalidade de certas normas.

Por causa da sua circunscrita intervenção houve quem tivesse afirmado que a Comissão não teria por razão de ser tanto defender a Constituição quanto defender o poder legislativo contra o “governo dos juízes”. A explicação bem podia, contudo, ser diversa. O que se visaria seria essencialmente submeter a uma instância especializada as questões mais relevantes de inconstitucionalidade; e, para lá disso, abrir caminho, através da conjugação com o art. 281.º, n.º 2, à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das correspondentes normas de Direito ordinário.

**28.** Nem por isso deixaria a Comissão Constitucional de vir a desempenhar um papel centralíssimo no sistema:

- porque o Conselho da Revolução seguiu, na imensa maioria dos casos<sup>(31)</sup>, os seus pareceres (em 213 só não seguiu em 13);
- e porque, despertada finalmente a fiscalização difusa, subiram à Comissão centenas de recursos (e ela viria a emitir 481 acórdãos entre 1976 e 1983).

Adotando uma linha interpretativa moderada da Constituição económica (de integração sistemática com a Constituição política), deslindando, pela primeira vez, as normas de competência legislativa e formulando uma jurisprudência aberta no domínio dos direitos fundamentais, a Comissão contribuiu, significativamente, para o desenvolvimento constitucional e para a salvaguarda das instituições democráticas em período ainda marcado por contrastes pós-revolucionários.

**29.** O tema da fiscalização da constitucionalidade foi dos temas mais discutidos da revisão constitucional de 1981-1982, em virtude de a prevista extinção do Conselho da Revolução obrigar a reponderar o sistema e haver uma mais ou menos clara consciência de que o equilíbrio dos órgãos do poder e o sentido das normas constitucionais iriam depender do modo como a garantia viesse a ser estruturada e posta em ação.

Em teoria, o legislador da revisão gozava de uma grande margem de liberdade para escolher o sistema que considerasse mais adequado, salvo o

---

<sup>(31)</sup> E não apenas *com frequência* (como escreve CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, p. 1441).

imperativo de conservação da fiscalização tanto da inconstitucionalidade por ação quanto da inconstitucionalidade por omissão [citado art. 290.º, alínea *m*)]. Na prática, encontrava-se condicionado (como não podia deixar de ser) pelo sistema vindo de 1976 e pelos seus resultados.

Não se regressou, pois, pura e simplesmente, ao modelo da fiscalização difusa, nem se substituiu o Conselho da Revolução por um novo órgão político. Entendeu-se que era altura de formar um Tribunal Constitucional como órgão de contencioso de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a atos respeitantes às regiões autónomas (segundo a Lei n.º 15/79, de 19 de maio), do Supremo Tribunal Administrativo. Mas não se recortou o acesso ao Tribunal Constitucional na fiscalização concreta em termos idênticos aos que são adotados na generalidade dos países em que existe concentração por reenvio prejudicial.

**30.** Se a criação do Tribunal Constitucional foi aceite quase pacificamente — até por constar de dois projetos de revisão subscritos por Deputados de partidos que atingiam a maioria de dois terços<sup>(32)</sup> — algumas questões graves dividiam, à partida, os projetos de revisão submetidos a discussão da Assembleia da República.

Eram elas:

- a) A manutenção ou não da fiscalização preventiva;
- b) A manutenção ou não da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão;
- c) A manter-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão saber se deveria competir a um Conselho da República, ouvido o Tribunal Constitucional, por analogia com o sistema de 1976, ou se devia competir ao Tribunal Constitucional, por analogia com a fiscalização abstrata sucessiva;
- d) O regime de intervenção do Tribunal Constitucional na fiscalização concreta, se se preferir manter, ou manter com alterações, o regime de recursos de 1976.

No tocante à composição do Tribunal Constitucional, havia diferenças entre os projetos de revisão constitucional, e um ponto comum: a

---

<sup>(32)</sup> Projetos da Aliança Democrática e da Frente Republicana e Socialista, além do projeto (depois retirado) da Ação Social-Democrata Independente.

diversidade de origem ou de designação dos juízes. Mais tarde, porém, quase nos termos da revisão, a situação modificar-se-ia por via de acordo extraparlamentar; e, à volta deste ponto, abrir-se-ia também largo debate.

**31.** Estas cinco questões básicas viriam a ser decididas dos seguintes modos:

- a) Manteve-se a fiscalização preventiva, com algumas modificações — por, na experiência do primeiro período constitucional, as suas vantagens se terem revelado superiores aos inconvenientes;
- b) Manteve-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão — de resto, limite material da revisão constitucional;
- c) Organizou-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão por via de decisão declarativa do Tribunal Constitucional — por aproveitamento do esquema paralelo da fiscalização sucessiva de normas e por o Conselho de Estado então criado ou restaurado não ter senão funções consultivas do Presidente da República (novo art. 148.º do texto constitucional);
- d) Para efeito de fiscalização concreta, configurou-se o Tribunal Constitucional como tribunal de recursos, mas em moldes bastante mais abertos do que, antes, a Comissão Constitucional — por compromisso entre os diversos projetos de revisão;
- e) Estabeleceu-se uma composição deste Tribunal com 10 membros eleitos pela Assembleia da República, por maioria de dois terços de Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, e 3 outros cooptados por aqueles — e devendo 6 dos juízes ser escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.

Imediatamente a seguir à revisão, foi aprovada a lei relativa à organização, ao funcionamento e ao processo do Tribunal: a Lei n.º 28/82, de 15 de novembro<sup>(33)</sup>, já alterada várias vezes.

É este, no essencial, o sistema que perdura até hoje.

---

<sup>(33)</sup> Os textos relativos à elaboração desta lei foram publicados pela própria Assembleia da República, *Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1984. Cf. de BARBOSA DE MELO e CARDOSO DA COSTA, *Projecto de lei sobre a Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1985.

**32.** A revisão constitucional de 1989 também atingiu alguns aspectos da justiça constitucional, quer no tocante ao Tribunal Constitucional, quer no tocante ao próprio regime substantivo e processual de fiscalização.

Uma primeira modificação foi de ordem sistemática: entendeu-se que se justificava autonomizar o seu estatuto e transferir para aí as normas organizatórias até então localizadas na parte IV (de “Garantia e revisão da Constituição”).

Nesse novo título (o VI da parte III da Constituição), as principais inovações trazidas pela revisão constitucional frente ao texto anterior a 1989 foram as seguintes:

- A definição do Tribunal Constitucional (art. 223.º, hoje 221.º);
- A possibilidade de a Assembleia da República eleger como juizes do Tribunal Constitucional mais de três juizes dos restantes tribunais, e não apenas três como acontecia desde 1982 (art. 224.º, n.º 2, hoje 222.º, n.º 2);
- A constitucionalização das competências de jurisdição eleitoral e de partidos e a extensão aos referendos nacionais da competência já prevista para os referendos locais [art. 225.º, n.º 2, alíneas c), e) e f)];
- A explicitação da possibilidade de funcionamento por secções não especializadas não só para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade mas também para o exercício de outras competências, salvo a fiscalização abstrata (art. 226.º, n.º 2, hoje 224.º, n.º 2);
- A previsão de recurso para o plenário do Tribunal Constitucional de decisões contraditórias no domínio da mesma norma (art. 226.º, n.º 3, hoje 224.º, n.º 3) — inovação, como é evidente, destinada a propiciar a harmonia de julgados, superando uma anterior omissão ou deficiência do regime do Tribunal.

Por outro lado, em sede de direitos fundamentais, ficaria consignado — numa perspectiva de certa abertura — que “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e pela prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaça ou violação desses direitos” (novo art. 20.º, n.º 5). É uma norma da mesma *ratio* da apreciação judicial da prisão preventiva (art. 28.º da Constituição) e do *habeas corpus* (art. 31.º).

**33.** A revisão constitucional de 2001 (provocada pelo Tribunal Penal Internacional) não tocou na matéria da fiscalização da constitucionalidade e também não a de 2005, só respeitante aos tratados da União Europeia. Já não a de 2004, em que as alterações feitas no sistema das regiões autónomas implicaram:

- a) Por se ter deixado de consagrar (pelo menos explicitamente) a figura de leis gerais da República (anterior art. 112.º, n.º 5), o desaparecimento do controlo pelo Tribunal Constitucional da conformidade dos decretos legislativos regionais com os seus princípios fundamentais [anteriormente, art. 280.º, n.º 2, alínea b), e art. 281.º, n.º 1, alínea c)];
- b) Também, por arrastamento, o desaparecimento da fiscalização preventiva dos decretos regulamentares de regulamentação das leis gerais da República (art. 278.º, n.º 2).

**34.** A lei orgânica do Tribunal Constitucional admite dois tipos de recursos tendo por objeto as relações de desconformidade entre normas internas e normas internacionais [art. 70.º, n.º 1, alínea g)]:

- recursos das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento em mera contrariedade com uma convenção internacional ou, como se vai dizendo, em inconvenção;
- recursos das decisões dos tribunais que apliquem uma norma constante de ato legislativo em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

A primeira hipótese é homóloga da da alínea a) do art. 280.º, n.º 1, da Constituição.

A segunda aproxima-se do caso previsto no art. 280.º, n.º 5, mas com uma diferença: no art. 280.º, n.º 5, há a aplicação de uma norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional; aqui, a decisão do Tribunal Constitucional tanto pode ter sido no sentido da contrariedade como da não contrariedade entre lei e convenção.

**35.** Desde a dissertação *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, passando por projetos constitucionais apresentados em 1975 e em 1980 e por várias intervenções parlamentares e académicas, tenho propendido para o sistema europeu de reenvio judicial.

No entanto, vários autores reconhecem que o sistema misto vigente desde 1976, tem funcionado de modo globalmente positivo e que se tornou paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa. A introduzirem-se reformas de fundo na fiscalização da constitucionalidade há outras áreas em que elas se mostram mais prementes.

Impressionam-me, sobretudo, o seguinte:

- 1.º) o sistema propicia o acesso direto dos cidadãos à garantia da Constituição, através do direito de invocação de inconstitucionalidade e da obtenção de uma decisão em qualquer tribunal (um verdadeiro direito, liberdade e garantia, insista-se);
- 2.º) torna, por isso, todos os juízes co-responsáveis pela Constituição, juízes constitucionais.

Em contrapartida, não podem ser ignorados os abusos de recursos e reclamações para o Tribunal Constitucional, banalizando-os para além do razoável ou aproveitando-os para dilação de processos. Mas a isso cabe atalhar através do agravamento dos requisitos e das sanções contra litigantes de má-fé e através de uma eventual reconsideração da regra geral do efeito suspensivo. E cabe ainda perguntar se um sistema de reenvio — com decisão da questão pelo Tribunal Constitucional, sem a filtragem decorrente de os recursos previstos no art. 280.º, n.º 1, alínea *b*), apenas serem admitidos depois de esgotados os recursos ordinários (art. 70.º, n.º 2, da Lei n.º 28/82) — não levaria a muitos mais processos naquele Tribunal do que presentemente sucede.

**36.** De resto, parecem-me mais convincentes do que os argumentos a favor:

- 1) Através do direito de petição e queixa perante o Provedor de Justiça (art. 23.º da Constituição), órgão de iniciativa da fiscalização da inconstitucionalidade por ação e por omissão [arts. 281.º, n.º 2, alínea *d*), e 283.º, n.º 1], os cidadãos podem levar ao Tribunal Constitucional quaisquer questões de direitos fundamentais; de certo modo, a filtragem operada na Provedoria funciona como equivalente à que é feita nos Tribunais Constitucionais com “recurso de amparo” e “queixa constitucional”;
- 2) A experiência mostra que a grande maioria das decisões do Tribunal Constitucional versa sobre direitos fundamentais.

37. A dificuldade está em que, não obstante o entendimento alargado que tem sido dado a normas jurídicas<sup>(34)</sup>, não se torna possível impugnar no Tribunal Constitucional nem atos da Administração nem decisões jurisdicionais ofensivas de direitos fundamentais.

Quanto aos atos da Administração, porém, os remédios contenciosos oferecidos pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos afiguram-se satisfatórios, sejam as intimações (arts. 97.º, ss.), sejam as providências cautelares (arts. 112.º, ss.). E quanto às decisões dos tribunais em geral as vias de recurso igualmente prestam suficientes garantias. Restam as decisões dos Supremos Tribunais e as decisões de outros tribunais que não admitam recurso ordinário; e tem havido casos em que, chocantemente, a sua falta é manifesta<sup>(35)</sup>.

Por isso, tenho propugnado desde há alguns anos pela consagração de um recurso — chame-se extraordinário ou não — de tais decisões para o Tribunal Constitucional, quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga.

---

<sup>(34)</sup> Ao invés, a queixa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por importante que seja na perspectiva da proteção internacional, não é sucedâneo daquele recurso ou daquela queixa, visto que o Tribunal Europeu não anula, nem revoga as decisões dos tribunais internos; apenas julga se houve ou não violação de direitos consignados na Convenção Europeia e nos seus Protocolos adicionais e, em caso positivo, concede à vítima uma reparação razoável.

<sup>(35)</sup> Cf., por exemplo, o caso do acórdão n.º 357/2009, de 8 de julho, *in Diário da República*, 2.ª série, de 17 de agosto de 2009.





# FUSÃO, CISÃO E TRANSFORMAÇÃO DE SOCIEDADE ARRENDATÁRIA

*Pelo Dr. José Diogo Falcão<sup>(1)</sup>*

## *SUMÁRIO:*

**1. Introdução.** **2. Fusão da sociedade arrendatária.** **2.1.** Efeitos da fusão da sociedade arrendatária no contrato de arrendamento. **2.2.** Desnecessidade de autorização do senhorio para a transmissão do direito ao arrendamento. **2.3.** O dever de comunicar ao senhorio a transmissão do direito ao arrendamento decorrente da fusão. **2.4.** Forma e conteúdo da comunicação. **2.5.** Falta ou extemporaneidade da comunicação. **3. Cisão da sociedade arrendatária.** **4. Transformação da sociedade arrendatária.**

## **1. Introdução**

Desde o século XX que vimos assistindo à transformação gradual da forma organizativa da empresa, enquanto organização unitária de meios produtivos. Com efeito, a empresa individual do início do século XX, explorada por um empresário ou comerciante singular, foi dando lugar à empresa colectiva, normalmente explorada por uma sociedade comercial.

De facto, cada vez mais os comerciantes em nome individual, isoladamente ou associando-se a familiares ou outros empresários, prosseguem a sua actividade organizando-se através de sociedades comerciais, o que tem implicado a diminuição do peso económico da empresa individual para a empresa detida por sociedades comerciais. É nossa convicção que a

---

<sup>(1)</sup> Advogado e Professor no ISCAP-IPP. O presente artigo corresponde a parte do trabalho apresentado e discutido no âmbito das provas públicas para a atribuição de título de especialista na área de Direito realizadas no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP-IPP).

transformação da célula económica, outrora assente em empresa detida por empresário em nome individual, para empresas organizadas através de modelos societários representa uma tendência global que, julgamos, continuará a acentuar-se no futuro.

Esta transmutação da organização produtiva traz consigo novos, e por vezes complexos, desafios ao direito do arrendamento, na medida em que implica uma maior interligação entre este ramo do Direito das Obrigações e diversos temas societários, que, por regra, são estudados não tendo em consideração a sua conexão com o contrato de arrendamento.

Como é consabido, no século XXI, em pleno capitalismo globalizado, as sociedades comerciais, mercê de diversificadas razões (conquista de quota no mercado, crescimento, concorrência de outras empresas, por vezes motivada pela entrada de grandes empresas estrangeiras no mercado nacional, diminuição de capitais próprios, etc.), têm vindo a sentir a necessidade de se reestruturar, por vezes de se reinventar, com vista a enfrentar as dificuldades com que no seu giro comercial diário se deparam. Esta necessidade das sociedades comerciais se reorganizarem implica, por vezes, a transmissão definitiva da sua empresa (do seu estabelecimento comercial ou industrial), quer se trate de transmissão directa (*asset deal*) quer de transmissão indirecta (*share deal*).

Hoje, a transmissão das empresas exploradas por sociedades comerciais continua, como no passado, a ser assegurada pelos tradicionais mecanismos previstos no Direito Comercial, concretamente através do *traspasse* (art. 1112.º do Cód. Civil) ou *locação de estabelecimento* (art. 1109.º do Cód. Civil), consoante se trate, respectivamente, de transmissão definitiva da titularidade da empresa ou da sua transmissão temporária. Mas, ao invés deste sistema tradicional de transmissão da empresa, pode a transmissão da “empresa colectiva” ser realizada através de multifacetadas tipologias negociais destinadas a permitir que, através da aquisição da maioria ou da totalidade do capital social da sociedade comercial titular da empresa (*share deal*), o adquirente daquela passe a deter uma posição de controlo económico sobre a mesma.

As presentes notas visam analisar os efeitos que os institutos da fusão, cisão e transformação das sociedades comerciais provocam nas relações arrendatícias quando aquelas são titulares de empresa instalada em local arrendado<sup>(2)</sup>.

---

(2) Com a entrada em vigor do NRAU, em 2006, o legislador abandonou a tradicional classificação dos contratos de arrendamento quanto ao seu fim em arrendamento para a habitação, actividade comercial ou industrial, exercício de profissão liberal e outra aplicação lícita do prédio, para se

## 2. Fusão da sociedade arrendatária

### 2.1. Efeitos da fusão da sociedade arrendatária no contrato de arrendamento

É sabido que as operações de fusão (e cisão) são uma das formas pelas quais se processa a transmissão indirecta da empresa explorada por uma sociedade comercial. Tratam-se de verdadeiras metamorfoses societárias que, no que concerne à fusão, se desdobram nas seguintes modalidades fundamentais: fusão-incorporação, fusão-constituição.

Preceitua o art. 97.º, n.º 4 do Cód. das Sociedades Comerciais que a fusão consiste na união de duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diferente, numa só podendo realizar-se:

- a) mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição, aos sócios daquelas, de partes, acções ou quotas desta (fusão-incorporação ou fusão-absorção);
- b) mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade (fusão-constituição ou fusão-concentração).

A fusão de sociedades enquanto instrumento de concentração empresarial visa, pois, agrupar os patrimónios de duas ou mais sociedades numa única sociedade. Constituem, como veremos adiante, elementos característicos do conceito de fusão a extinção da(s) sociedade(s) incorporada(s); a transmissão de todo o activo e passivo para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; e a atribuição de participações sociais aos sócios das sociedades extintas.

A fusão de sociedades obedece a um apertado ritual processual que, para além de assegurar a transparência do acto, protege os interesses dos credores sociais da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas. Entre os diversos actos que compõem o referido procedimento, destaca-se o projecto de fusão (art. 98.º do Cód. das Sociedades Comerciais), a fisca-

---

centrar na classificação do arrendamento para fim habitacional ou não habitacional. Claro está que os arrendamentos para o exercício do comércio ou indústria não deixaram de existir, passando a aplicar-se-lhes as normas relativas aos arrendamentos para fins não habitacionais, previstas nos arts. 1108.º a 1113.º do Cód. Civil, e os princípios definidos para o arrendamento habitacional, para os quais o art. 1110.º do Cód. Civil remete.

lização do projecto (art. 99.º do Cód. das Sociedades Comerciais), o registo do projecto e deliberação, em assembleia geral, sobre o projecto por parte dos sócios de cada uma das sociedades participantes (art. 100.º do Cód. das Sociedades Comerciais), a oposição dos credores (art. 101.º do Cód. das Sociedades Comerciais)<sup>(3)</sup>, a forma exigida para a fusão (art. 106.º do Cód. das Sociedades Comerciais).

Culmina o referido processo de fusão com o registo da mesma, o qual deve ser requerido por qualquer dos administradores das sociedades participantes na fusão ou da nova sociedade (art. 111.º do Cód. das Sociedades Comerciais). O registo da fusão implica a extinção da sociedade incorporada ou, no caso de fusão-constituição, das sociedades fundidas. Neste sentido dispõe a alínea *a*) do art. 112.º do Cód. das Sociedades Comerciais ao preceituar que «*com a inscrição da fusão no registo comercial extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade*».

Como ensina ELDA MARQUES «o art. 112.º enuncia os efeitos da inscrição registral da fusão, que são também os elementos identificadores do instituto: *extinção de sociedade(s) incorporada(s) ou das sociedades fundidas, transmissão de todo o activo e passivo para sociedade incorporante ou nova sociedade, constituída por fusão, e integração dos sócios das sociedades extintas na sociedade incorporante ou na nova sociedade*»<sup>(4)</sup>.

Chegados aqui, importa atender ao preceituado na alínea *d*) do art. 1051.º do Cód. Civil, nos termos da qual o contrato de locação caduca «*tratando-se de pessoa colectiva, pela extinção desta, salvo convenção escrita em contrário*». Coloca-se, pois, a questão de saber em que medida é possível compatibilizar as duas disposições legais.

Apesar de uma interpretação meramente exegética das duas normas poder sugerir que o contrato de arrendamento caduca com a extinção da sociedade arrendatária incorporada (no caso de fusão-incorporação) ou da sociedade arrendatária fundida (no caso de fusão-constituição) quando estas explorem empresa instalada em imóvel arrendado, a verdade é que a norma constante do art. 112.º do Cód. das Sociedades Comerciais repre-

---

<sup>(3)</sup> Dispõe o art. 101.º-A do CSC, com a redacção introduzida pela Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, que «No prazo de um mês após a publicação do registo do projecto, os credores das sociedades participantes cujos créditos sejam anteriores a essa publicação podem deduzir oposição judicial à fusão, com fundamento no prejuízo que dela derive para a realização dos seus direitos, desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido».

<sup>(4)</sup> *In Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, p. 289, Almedina, 2011.

senta uma excepção ao disposto no art. 1051.º do Cód. Civil. Com efeito, no caso de a sociedade arrendatária se dissolver com conseqüente liquidação da mesma, cessando a sua personalidade jurídica bem como a organização unitária de meios produtivos de que aquela era titular, compreende-se que o contrato de arrendamento cesse os seus efeitos por caducidade.

O mesmo já não se dirá, porém, no caso de extinção da sociedade incorporada (no caso de fusão-incorporação) ou fundida (no caso de fusão-constituição), pois, neste caso, o substrato da sociedade objecto da fusão não se desagrega definitivamente, mantendo-se o seu elemento patrimonial, pessoal e teleológico, pois mantêm-se os bens afectos à actividade da sociedade, os seus sócios e o seu fim lucrativo, embora integrados em novas “vestes”, ou seja, integrados numa nova organização unitária de meios produtivos. E mesmo no plano económico, a fusão não visa a extinção definitiva da sociedade, mas antes a sua reorganização de forma a permitir que a mesma continue a prosseguir a sua actividade lucrativa de forma mais organizada, mais sustentada e com nova autonomia jurídica.

O mesmo entendimento é sufragado por FERNANDO PESSOA JORGE ao ensinar que *«a extinção completa, total e definitiva de uma sociedade só ocorre no caso de dissolução seguida de completa liquidação; só esta é, de certo modo, equiparável à morte da pessoa singular. Nos casos de dissolução sem liquidação (como sucede na incorporação), a extinção de certa sociedade como pessoa jurídica autónoma não afecta o prosseguimento do negócio social (com os mesmos sócios e o mesmo património), embora enquadrado noutra pessoa jurídica»*<sup>(5)</sup>.

Também HENRIQUE MESQUITA se pronunciou nesse sentido ao afirmar que *«a solução é perfeitamente compreensível, pois a fusão não se destina a liquidar ou extinguir o substrato empresarial ou económico da sociedade ou das sociedades que se incorporam noutra, mas antes a unificar as várias sociedades que participam na operação, a fim de lhes potenciar a actividade ou proporcionar outras vantagens, que podem ser, por exemplo, de carácter organizativo»*<sup>(6)</sup>.

---

(5) “Transmissão do Arrendamento Comercial por Efeito da Incorporação da Sociedade Locatária”, in *O Direito*, ano 122, p. 468.

(6) In RLI, ano 128, p. 58. No mesmo sentido vide FERNANDO GRAVATO MORAIS, in *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, p. 129, para quem *«a fusão de sociedades não acarreta a caducidade do contrato de arrendamento de que seja titular a sociedade fundida»*. Na jurisprudência vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/05/2006, in <www.dgsi.pt>, proc. 305/2006-6; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/12/2006, in >www.dgsi.pt>, proc. 06B3458 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça uniformizador de jurisprudência n.º 5/2004, publicado no Diário da República de 21/06/2004, I Série-A, n.º 144, p. 3794, o qual, debruçando-se sobre a fusão, afirma:

A mesma doutrina é firmada por RAUL VENTURA que, referindo-se à extinção da sociedade decorrente da fusão, ensina que *«assim, voltando à extinção das sociedades, é ela o mais claramente possível expressa na lei e com ela deve contar-se qualquer construção jurídica da fusão. E não tem cabimento distinções subtis sobre aquilo que se extingue: extingue-se a pessoa colectiva, extinguem-se as participações dos sócios nessas sociedades. Mas também não podem esquecer-se as finalidades dessas atribuições; não se extingue tudo isso como um fim em si mesmo — extingue-se para subsistir, extingue-se para renovar.*

*Certamente são aproveitados os elementos pessoais, patrimoniais e até imateriais das sociedades participantes que se extinguem, mas extinção não implica desaproveitamento»*(7).

Em face do supra exposto, e tendo presente que a extinção de uma sociedade em consequência de uma fusão não implica a dissolução e liquidação desta mas o aproveitamento do seu substrato, embora integrado em nova estrutura organizativa, cremos ser entendimento unânime que a extinção da sociedade incorporada ou fundida, no âmbito de um processo de fusão, não implica a caducidade do contrato de arrendamento no caso de aquela ser titular de empresa explorada em imóvel arrendado, não se aplicando, neste caso, o estatuído na alínea *d*) do art. 1051.º do Cód. Civil.

### 3.2. Desnecessidade de autorização do senhorio para a transmissão do direito ao arrendamento.

Em princípio, a transmissão da posição de arrendatário, tratando-se de uma cessão da posição contratual (art. 424.º do Cód. Civil), carece sempre do consentimento do senhorio (art. 1059.º, n.º 2 do Cód. Civil), a menos que a lei o permita. E a lei permite a transmissão definitiva da posição de arrendatário, sem o consentimento do senhorio, nas hipóteses de trespasse do estabelecimento comercial ou industrial (art. 1112.º do Cód. Civil).

---

«...os interessados, ao procederem à fusão, não têm intenção de morte, mas sim de melhor e longa vida para as sociedade e para a realização das finalidades com que foram constituídas. ... A fusão significa, pois, ao contrário da «morte», perspectiva de melhor e mais sustentada continuidade económica, por redução de riscos, obtenção de economias de escala e racionalização, obtenção de complementaridade tecnológica, redução da ameaça competitiva, superação de barreiras de ingresso no caso de internacionalização e benefício dos conhecimentos das empresas incorporadas ...».

(7) *In Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*, p. 230.

Porém, e no que tange à fusão de sociedades, a lei não disciplina directamente as consequências desta no contrato de arrendamento, nomeadamente, no que concerne à necessidade de autorização do senhorio para a transmissão do direito ao arrendamento quando a sociedade incorporada ou as sociedade fundidas que transferem o seu património para a nova sociedade seja(m) titular(es) de empresa instalada em imóvel arrendado.

Sobre esta questão, ainda que com diverso fundamento, a doutrina vem sendo unânime em considerar desnecessária a autorização do senhorio para a transmissão do direito ao arrendamento.

Para alguma doutrina, a transmissão da empresa (que, entre outros elementos, integra o direito ao arrendamento) para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade traduz um verdadeiro *trespasse*, aplicando-se, em consequência, o normativo constante do art. 1112.º do Cód. Civil, o qual preceitua ser «*permitida a transmissão por acto entre vivos da posição de arrendatário, sem dependência da autorização do senhorio, no caso de trespasse de estabelecimento comercial ou industrial*»<sup>(8)</sup>. No entanto, mesmo para os defensores desta tese, já não será possível recorrer à figura do *trespasse* se a fusão não implicar a transmissão de uma empresa da sociedade incorporada ou fundida para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade (por exemplo, porque tratando-se de uma sociedade recentemente constituída ainda não possui uma empresa, enquanto organização unitária de meios produtivos).

Outros sustentam que a transmissão da posição de arrendatária resultante da fusão tem fonte legal, estando por isso integrada numa transmissão a título universal pelo que não existe qualquer semelhança com o *trespasse*<sup>(9)</sup>.

---

(8) Nesse sentido HENRIQUE MESQUITA ao afirmar que «o direito ao arrendamento faz parte, em regra, do estabelecimento da sociedade incorporada, e a transmissão deste estabelecimento para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade traduz-se num verdadeiro *trespasse* — pois esta figura negocial, segundo o entendimento que hoje pode considerar-se pacífico, engloba todos os negócios de transmissão definitiva e inter vivos de um estabelecimento, seja qual for a causa do acto translativo (venda, troca, doação, realização do valor de uma quota no capital de determinada sociedade, transmissão decorrente de uma fusão de sociedades, etc.)» in RLJ, ano 128, p. 58. Na mesma linha, vide MARIA OLINDA GARCIA in *Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, p. 137, para quem «sempre que a sociedade arrendatária transmite para a nova sociedade ou para a sociedade incorporante o seu estabelecimento comercial, incluindo o direito ao arrendamento, poderá considerar-se tal situação comportável no âmbito da alínea a) do n.º 1 do art. 1112.º do Código Civil por se identificar com a figura do *trespasse*.»; no mesmo sentido ARAGÃO SEIA, in *Arrendamento Urbano Anotado e Comentado*, 7.ª ed., 2003, p. 680.

(9) Vide nesse sentido, FERNANDO PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 479; FERNANDO GRAVATO MORAIS, in *Novo Regime do Arrendamento Comercial*, p. 54, 3.ª ed., Almedina. Na jurisprudência os Acórdãos da Relação de Lisboa, de 01/07/2003, in <www.dgsi.pt>, proc. 4381/2003-7 e de 28/02/2012, in <www.

Em nossa opinião, esta última posição é de acolher, não sendo aplicável o instituto do *trespasse* no caso de transmissão da empresa integrada no âmbito de uma fusão, pelas razões que a seguir se enunciam.

É consabido que o *trespasse* tem por objecto a transmissão directa da empresa (do estabelecimento comercial ou industrial), sendo que através do *trespasse* se transferem voluntariamente e de modo unitário todos os elementos que integram a empresa. Acontece, porém, que não existe no direito positivo português um regime jurídico exclusivo e global do *trespasse*, o que implica a necessidade de observar individualmente as regras relativas à circulação de cada um dos elementos do estabelecimento. Assim, e a título de exemplo, no que tange à transmissão de bens móveis sujeitos a registo, é necessário proceder ao seu registo (cf. Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro); no que respeita à transmissão de direitos de propriedade industrial, torna-se necessário proceder ao averbamento destes (art. 29.º do Cód. da Propriedade Industrial); e, sobretudo, no que respeita aos créditos e dívidas da empresa — os quais, em princípio, não são transmissíveis com o *trespasse*, carecendo para o efeito de acordo entre o *trespassante* e *trespassário* —, aplica-se o disposto no Direito Civil relativo à cessão de créditos (art. 577.º do Cód. Civil) e à assunção de dívida (art. 595.º do Cód. Civil). Com efeito, a transmissão dos créditos da empresa (por exemplo, créditos sobre clientes desta) implica acordo entre *trespassante* e *trespassário* (cf. art. 577.º do Cód. Civil). *Mutatis mutandis* quanto às dívidas da empresa (por exemplo, dívidas a fornecedores), que, para se transmitirem ao *trespassário*, necessitam de acordo expresso entre *trespassante* e *trespassário* ratificado pelos credores, ou acordo entre o *trespassário* e o credor da empresa independentemente do consentimento do *trespassante* (art. 595.º, n.º 1 do Cód. Civil), mantendo-se o *trespassante* solidariamente responsável com o *trespassário* pela dívida, salvo no caso de o credor expressamente o exonerar (art. 595.º, n.º 2 do Cód. Civil).

Já no que concerne ao negócio de fusão e conforme ensina ELDA MARIQUES «a unificação do substrato material das sociedades participantes na

---

dgsi.pt>, 919/10.0TVLSB.L1-7. Num outro sentido *vide* PINTO FURTADO, para quem «com a *fusão* ou *cisão*, não é o *estabelecimento* que se *trespassa*, é o titular que se *transpersonaliza* — e não há pois, nestes casos, uma *transmissão* ou *trespasse* do estabelecimento, mas uma *sub-rogação da sociedade contributiva pela sociedade beneficiária*» in *Manual do Arrendamento Urbano*, Vol. II, p. 747, 4.ª ed., Almedina. MENEZES CORDEIRO considera que a fusão de sociedades representa uma transformação das mesmas. Para o ilustre autor, «as situações jurídicas antes encabeçadas pelas sociedades envolvidas mantêm-se, ao longo da vicissitude: no termo desta, elas vão surgir, com toda a naturalidade, na entidade resultante da fusão, sem que qualquer alteração nelas se possa revelar» in *Manual de Direito das Sociedades*, I, 2004, p. 789.



fusão realiza-se através da transmissão, a título universal, do património das sociedades extintas para a sociedade resultante, operando-se *uno actu* relativamente aos distintos bens, direitos e obrigações que integram o património transmitido. A sociedade resultante sucede na totalidade indivisa dos elementos patrimoniais activos e passivos das sociedades extintas. A adopção, em sede de fusão, do princípio da transmissão universal do património resulta da necessidade prática de facilitar a realização de uma nova operação global, não decomposta na multiplicidade de transmissões singulares relativas a cada elemento do activo e a cada elemento do passivo a que haveria lugar<sup>(10)</sup>».

No mesmo sentido se pronunciou JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, para quem «no que concerne aos seus efeitos, a fusão e cisão são caracterizadas por um regime legal unitário de transmissão patrimonial a título universal (que inexistente enquanto tal nos negócios de trespasse), o que significa dizer, no que à transmissão da empresa tange, e em síntese, que a empresa das sociedades absorvidas, fundidas, ou cindidas, se transmite “*in toto*” sem necessidade de observância das leis de circulação específicas relativas aos diferentes elementos empresariais componentes (“maxime”, bens imóveis, contratos, créditos, débitos, direitos de propriedade industrial)»<sup>(11)</sup>.

Destarte, no caso de fusão, a empresa da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas transmite-se *in toto* para a titularidade da sociedade incorporante ou da nova sociedade. Quer isto significar que a fusão está dotada de um regime legal unitário, o qual assegura a transmissão (*ope legis*) universal e automática (*uno actu*) da empresa pertencente à sociedade incorporada ou fundidas, sem necessidade de observar as diversas regras legais destinadas a disciplinar a circulação em concreto dos diversos elementos integrantes da empresa como acontece no trespasse. Isto é, a fusão opera uma verdadeira transmissão universal de todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada ou fundida, os quais se transferem globalmente sem necessidade de observar as regras atinentes à transmissão singular de cada um dos elementos da empresa. Trata-se, pois, de uma transmissão universal que abrange todas as posições jurídicas, activas e passivas, de que cada sociedade incorporada ou fundida seja titular à data em que se produzem os efeitos da fusão. Esta transmissão universal da empresa por força da fusão

<sup>(10)</sup> *In Código das Sociedades Comerciais em Comentário, cit.*, pp. 291 e 292.

<sup>(11)</sup> *In Revista da Ordem dos Advogados*, “A Empresa como Objecto de Negócios”, ano 68, II/III, p. 739.

engloba, também, os contratos de arrendamento comercial no caso de a sociedade incorporada ou fundida ser titular de empresa (ou empresas) instalada em imóvel arrendado, dispensando-se o consentimento do senhorio, ao contrário do que sucederia caso se aplicasse o disposto no art. 424.º do Cód. Civil.

Compreende-se este regime, pois estamos perante uma operação de reorganização societária que se reporta à sociedade enquanto estrutura económica com fim lucrativo e não faria sentido fazer depender o sucesso desta operação do consentimento de um terceiro, designadamente do senhorio. Ao estipular que com a fusão se transmitem para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade os direitos e obrigações da sociedade incorporada ou fundida, o art. 112.º do Cód. das Sociedades Comerciais pretende, tão somente, evitar que surjam obstáculos intransponíveis à realização da fusão.

Por ser assim, sempre que entre os direitos da sociedade que vai fundir-se, seja por fusão-incorporação seja por fusão-concentração, esteja o direito ao arrendamento, tal direito transmite-se para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade independentemente do consentimento do senhorio. De outra forma, este poderia causar entraves inultrapassáveis à fusão da sociedade arrendatária.

Diga-se, no entanto, que o facto de inexistir trespasse da empresa quando ocorre a transmissão da estrutura empresarial decorrente de fusão, não obsta a que noutras situações se possa recorrer, dada a similitude dos institutos, à argumentação do trespasse sempre que isso se revele ajustado para dar resposta a problemas concretos suscitados pela fusão.

### **2.3. O dever de comunicar ao senhorio a transmissão do direito ao arrendamento decorrente da fusão**

Questão que já não reúne consenso na doutrina e na jurisprudência prende-se com a necessidade de a transmissão do direito ao arrendamento decorrente da fusão dever, ou não, ser comunicada ao senhorio no prazo de 15 dias após a sua consumação.

Trata-se de uma questão de enorme importância prática porquanto, caso se considere existir aquele dever, haverá que apurar se o seu incumprimento permite ao senhorio lançar mão da sanção máxima, isto é, resolver o contrato de arrendamento.

Preceitua o art. 1038.º do Cód. Civil,

«São obrigações do locatário:

- .....
- f) Não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, excepto se a lei o permitir ou o locador o autorizar;
- g) Comunicar ao locador, dentro de 15 dias, a cedência do gozo da coisa por algum dos referidos títulos, quando permitida ou autorizada;».

Considera PESSOA JORGE, em síntese, que a menção à «cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica» prevista na citada alínea f) está empregue em sentido técnico-jurídico, para daí concluir que a mesma não se aplica em caso de fusão de sociedades, a qual não se integra em nenhum dos títulos referidos na alínea f) do art. 1038.º do Cód. Civil. Entende, por essa razão, não estar a sociedade incorporante (no caso de *fusão-incorporação*) ou a nova sociedade (no caso de *fusão-constituição*) obrigada a comunicar ao senhorio a transmissão do direito ao arrendamento nos termos previstos na aliena g) do art. 1038.º do Cód. Civil. Vale dizer, não assistirá ao senhorio o direito de resolver o contrato no caso de aquela transmissão não lhe ser comunicada<sup>(12)</sup>.

Também JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES entende ser desnecessária a comunicação ao senhorio no caso de a sociedade fundida (ou cindida) ser titular de empresa explorada em imóvel arrendado<sup>(13)</sup>.

---

(12) “Transmissão do Arrendamento Comercial por Efeito da Incorporação da Sociedade Locatária”, in *O Direito*, ano 122, pp. 477 e 478. Considera o ilustre autor que «a obrigação prevista na alínea g) só existe, como nela se diz, quando a cedência do gozo da coisa se faz por algum dos títulos referidos na alínea anterior, ou seja, por *cessão onerosa ou gratuita da posição de arrendatário, sublocação ou comodato*. A menção a estes *títulos jurídicos* mostra que a palavra *cessão* está empregada em sentido específico (de cessão da posição contratual) e não no sentido genérico de transmissão do gozo da coisa, para o qual o Código utiliza a palavra *cedência* [como faz na alínea g)]: a cedência do gozo da coisa não é um título, mas o efeito comum a vários e distintos títulos. Tanto a cessão da posição contratual de arrendatário, como a sublocação e o comodato, são *negócios jurídicos* que produzem o efeito da transmissão, definitiva ou temporária, do gozo da coisa. A transmissão prevista no artigo tem, assim, fonte *voluntária* e é a título *singular*. Ora, como se viu, a inscrição da incorporação no registo comercial produz directamente a transmissão, a *título universal*, do património da incorporada para o da incorporante, incluindo os direitos aos arrendamentos de que aquela seja parte. A incorporação não se integra, pois, em nenhum dos títulos referidos nas alíneas f) e g) do art. 1038.º do CC. (...) Consequentemente, não existe para a sociedade incorporada, que se extingue, nem para a incorporante, que àquela sucede, a obrigação de comunicar ao locador que o gozo da coisa locada se transferiu para a segunda, pois se está fora do campo de aplicação das transcritas alíneas do art. 1038.º. Não havendo essa obrigação, a falta de comunicação aí prevista não envolve violação do contrato e não fundamenta, por isso, a resolução deste por parte do senhorio».

(13) *In Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, II/III, p. 739, nota de rodapé 48.

PINTO FURTADO, concordando com a doutrina firmada pelo Acórdão da Relação de Coimbra de 24/06/1997, pronunciou-se considerando que a transmissão do direito ao arrendamento decorrente de um negócio de fusão não carece de ser comunicada ao senhorio, justificando a sua posição com o facto de a fusão não envolver uma cessão da posição de arrendatário<sup>(14)</sup>.

MARIA OLINDA GARCIA considera não existir a obrigação de comunicação, prevista na alínea f) do art.º 1038.º do Cód. Civil, em virtude do processo de fusão ser acompanhado «*de especial relevo publicitário*», sendo este meio suficiente para tutelar os interesses do senhorio, permitindo-lhe, designadamente, conhecer o novo arrendatário e a natureza do negócio pelo qual se processou a transmissão do gozo do local arrendado, podendo o senhorio, dessa forma, controlar a licitude da transmissão do direito ao arrendamento<sup>(15)</sup>.

Em sentido oposto, argumentado que a transmissão do direito ao arrendamento deve ser comunicada ao senhorio, no prazo de 15 dias a contar da data em que se consumou, no caso de a sociedade fundida ser titular de empresa explorada em imóvel arrendado, pronunciou-se HENRIQUE MESQUITA. Considera o ilustre autor que «na «*cessão onerosa ou gratuita*» da posição jurídica do locatário, a que faz referência a alínea f), abrangem-se *todos os negócios através dos quais se transmite o direito ao arrendamento*, pois a *cessão de uma posição contratual é um negócio de causa variável*, podendo ter na base uma compra e venda, uma troca, uma doação, uma dação em cumprimento, um trespasse, uma fusão de sociedades, etc.»<sup>(16)</sup>.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA sustentam que «a obrigação de comunicação ao locador, nos casos de cedência do gozo da coisa, existe em qualquer caso de transmissão da posição contratual do locatário ou sublocação»<sup>(17)</sup>.

FERNANDO GRAVATO MORAIS considera que a norma contida no art. 1038.º, al. g), deve aplicar-se ao negócio de fusão. Para o Ilustre Autor «mantêm-se os mesmos motivos que impõem a notificação em sede de trespasse. Por um lado, destina-se a proporcionar ao senhorio o conhecimento da mudança da pessoa do arrendatário. Por outro, permite-lhe ainda averiguar a licitude da cedência. O interesse do locador do imóvel merece, assim, a protecção do direito»<sup>(18)</sup>.

<sup>(14)</sup> *In Manual do Arrendamento Urbano*, Vol. II, p. 748, 4.ª ed. actualizada, Almedina.

<sup>(15)</sup> *In Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, pp. 139 e 140.

<sup>(16)</sup> *In RLJ*, ano 128, p. 59 e *RLJ*, ano 131 p. 157.

<sup>(17)</sup> *In Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª ed. rev. e actualizada, nota 9 ao art. 1038.º, p. 372.

<sup>(18)</sup> *In Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, p. 131; no mesmo sentido vide JOSÉ DRAGO, *in Fusão de Sociedades Comerciais*, p. 39; e LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO, JOÃO CALDEIRA JORGE, *in Arrendamento Urbano*, 3.ª ed., pp. 527 e 528.

Na jurisprudência o Acórdão da Relação de Coimbra de 24/06/1997, adere à tese de PESSOA JORGE, argumentando ainda que a “nova identificação” do arrendatário se revela irrelevante para os interesses do senhorio tanto mais que muitas vezes «serão os mesmos empregados que se integraram na nova sociedade que lhe continuarão a pagar as rendas»<sup>(19)</sup>.

Em sentido inverso vai a orientação firmada pelo Acórdão da Relação de Lisboa de 28/02/2012, o qual considerou dever o senhorio ser notificado da cedência do gozo da coisa locada em consequência do negócio de fusão, pelo que a omissão deste dever de notificar tornou o negócio que originou a cessão da posição locativa de que era titular a sociedade incorporada ineficaz em relação à senhoria<sup>(20)</sup>.

Creemos que a doutrina que pugna pela notificação ao senhorio do negócio de fusão corresponde à correcta interpretação das normas constantes das alíneas *f*) e *g*) do art. 1038.º do Cód. Civil. A norma da alínea *f*) considera lícita a cedência do gozo da coisa locada, por meio de cessão da posição contratual do locatário, sublocação ou comodato, quando permitida pela lei ou autorizada pelo locador. Como vai supra referido, em caso de fusão, a transmissão do direito ao arrendamento, sendo a sociedade fun-

---

<sup>(19)</sup> *In* RLJ, ano 131, p. 147, ss.; lê-se no sumário do Acórdão: «I — A transmissão do direito ao arrendamento, decorrente de um negócio de fusão de sociedade, não carece de autorização do senhorio, nem tem que lhe ser comunicada. II — O legislador, na alínea *f*) do art. 1038.º do Código Civil, utiliza a palavra «cessão» no sentido de cessão da posição contratual, não estando incluída em tal conceito, bem como na obrigação imposta pela mencionada alínea, a figura da fusão». No Acórdão da Relação de Guimarães de 08/01/2003 votou vencido a Desembargadora ROSA TCHING reproduzindo-se aqui o seu voto: «A meu ver, estando *in casu* perante uma fusão com incorporação da sociedade que contratou o arrendamento, operou-se uma extinção desta, com a conseqüente transmissão a título universal do respectivo património, incluindo o direito ao arrendamento. A al. *g*) do art. 1038.º do Cód. Civil não se reporta a um caso fretal, mas apenas às hipóteses aludidas na al. *f*). O argumento de que a notificação ao senhorio se impõe para que este fique ciente de quem passa a ser o arrendatário afigura-se-me de valor incipiente. Este conhecimento ao senhorio compreende-se no caso de passar a ser um terceiro distinto e autónomo o novo arrendatário. Não é o que se passa em caso de fusão, pois que aqui o substrato patrimonial “não muda de mãos”, apenas se funda em outro. A questão, salvo sempre o devido respeito, tem aqui apenas a mesma importância e alcance da simples alteração da denominação social da sociedade arrendatária, caso em que ninguém certamente defende a comunicação da alteração ao senhorio», *in* CJ, 2003, T. I, p. 279. Também o Acórdão da Relação de Guimarães de 17/06/2010, considerou não ser necessária a comunicação ao senhorio prevista no art. 1038.º, al. *g*) do Cód. Civil em caso de fusão, pelo que a falta de desta comunicação, em caso de fusão de sociedades, não dá lugar à resolução do contrato de arrendamento (*in* <www.dgsi.pt>; proc. n.º 3730/08.5TBVCT.G1).

<sup>(20)</sup> *In* <www.dgsi.pt>, proc. 919/10.0TVLSB.L1-7. Nesse mesmo sentido pronunciaram-se os seguintes arestos: Acórdão da Relação de Lisboa de 25/10/1994 *in* RLJ, ano 127, p. 378; Acórdão da Relação de Lisboa de 01/07/2003, *in* <www.dgsi.pt>. Proc. 4381/2003-7; Acórdão da Relação de Guimarães de 08/01/2003, *in* Col. Jur., 2003, T. I, p. 277; Acórdão da Relação de Lisboa de 18/05/2006, *in* <www.dgsi.pt>. Proc. 305/2006-6; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/12/2006, *in* <www.dgsi.pt>, proc. 06B3458.

didatitular de empresa instalada em imóvel arrendado, é permitida por lei, não carecendo de autorização do senhorio. Ora, a comunicação prevista na alínea g) do art. 1038.º do Cód. Civil destina-se a dar conhecimento ao senhorio do negócio jurídico pelo qual se procedeu à cedência do gozo do local arrendado, sendo o interesse do senhorio em fiscalizar o referido negócio digno de tutela jurídica. Na verdade, operando-se a substituição da sociedade arrendatária pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade, o senhorio terá todo o interesse em conhecer o referido negócio para poder apurar se o mesmo se enquadra numa das hipóteses em que a lei permite a cedência do gozo do local arrendado independentemente da sua autorização ou se, pelo contrário, se tratou de um negócio não consentido pela lei e, por essa razão, ilícito. Neste último caso, poderá, eventualmente, o senhorio reagir contra a realização do negócio através da resolução do contrato de arrendamento [cf. art. 1083.º, n.º 2, alínea e) do Cód. Civil].

Por outro lado, sendo o contrato de locação um contrato de natureza *intuitu personae*, ainda que atenuada no arrendamento para fins não habitacionais, o senhorio tem interesse em conhecer a pessoa do arrendatário, designadamente para saber a quem deve exigir o cumprimento das obrigações contratuais ou contra quem deve propor uma acção judicial, seja para exigir o cumprimento do contrato, seja para resolver o contrato de arrendamento e, assim, obter o despejo do arrendatário.

Finalmente, importa referir que a realização da comunicação não impede, não dificulta, nem tão pouco onera a realização da fusão, pelo que não se alcança quais as razões que a lei poderia pretender acolher ao não exigir a realização da comunicação na hipótese de transmissão do gozo do local arrendado. Em suma, mantêm-se aqui as mesmas razões que justificam a comunicação ao senhorio em caso de transmissão da posição de arrendatário em sede de *trespasse* (art. 1112.º do Cód. Civil).

Pelas razões expostas, entendemos ser exigível a comunicação ao senhorio da cessão do gozo do local arrendado no prazo de 15 dias após o registo da fusão. No caso daquela comunicação não ser realizada dentro do referido prazo, a transmissão do direito ao arrendamento operada através de negócio de fusão de sociedades, apesar de lícita, será ineficaz em relação ao senhorio. Só assim não será se o senhorio tiver, expressa ou tacitamente, reconhecido o beneficiário da cedência como tal (art. 1049.º do Cód. Civil).

Merece destaque o Acórdão da Relação de Guimarães de 22/01/2009<sup>(21)</sup> o qual, reportando-se à fusão de sindicatos, considerou que a

---

(21) In <www.dgsi.pt>, proc. 2066/08-2.

transmissão da posição de arrendatário não necessitava de autorização do senhorio em caso de fusão por incorporação de associações sindicais. No que respeita à necessidade de comunicação ao senhorio da transmissão da posição de arrendatário, no prazo de 15 dias, considerou aquele Acórdão, no caso de fusão por incorporação de associações sindicais, ser aplicável o disposto na alínea g) do art. 1038.º do Cód. Civil<sup>(22)</sup>.

Quanto ao sujeito passivo da obrigação de comunicar ao senhorio a cedência do gozo da coisa por efeito de um negócio de fusão de sociedades, coloca-se o seguinte problema: a sociedade arrendatária extinguiu-se com a inscrição da fusão no registo comercial (art. 112.º do Cód. das Sociedades Comerciais), pelo que deixou de ter existência jurídica no preciso momento em que começou a decorrer o prazo de 15 dias para realizar a comunicação. Numa primeira leitura poderia pensar-se estar a sociedade arrendatária, objecto do negócio de fusão, juridicamente impossibilitada de comunicar ao senhorio a transmissão do direito ao arrendamento para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade.

É, no entanto, possível ultrapassar essa dificuldade através da aplicação analógica da norma do n.º 2 do art. 114.º do Cód. das Sociedades Comerciais.

Na verdade, apesar de a comunicação da transmissão do direito ao arrendamento, originada por um negócio de fusão de sociedades, não se encontrar directamente contemplada na norma, nada impede que a apliquemos por analogia, permitindo-se dessa forma que a sociedade fundida possa comunicar ao senhorio a transmissão da sua posição jurídica no prazo de 15 dias após a sua extinção<sup>(23)</sup>.

Isto, sem olvidar que, de acordo com o preceituado no art. 1049.º do Cód. Civil, a comunicação pode sempre ser feita pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade.

---

<sup>(22)</sup> Isto apesar de, no caso em apreço, o aludido Acórdão da Relação de Guimarães de 22/01/2009 ter considerado que a comunicação tinha sido tempestivamente realizada. Com respeito à fusão de sindicatos *vide*, também, o Acórdão da Relação de Coimbra de 21/02/1995, *in* CJ, ano XX, T. I, pp. 46 a 49, o qual considerou que à fusão de sindicatos se aplicam as normas que disciplinam a fusão de sociedades comerciais.

<sup>(23)</sup> Nesse sentido, para a hipótese de se considerar que o registo tem natureza constitutiva em caso de negócio de fusão de sociedades, pronunciou-se HENRIQUE MESQUITA, *in* RLJ, Ano 128, p. 62. No mesmo sentido, entendendo que esta hipótese encontra-se abrangida pelo espírito do art. 114.º do CSC *vide* FERNANDO GRAVATO MORAIS, *in* *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, p. 132.

## 2.4. Forma e conteúdo da comunicação

A norma da alínea g) do art. 1038.º do Cód. Civil não define a forma que a comunicação deve revestir, pelo que, até à entrada em vigor do NRAU, foi sendo entendido que aquela comunicação não carecia de observar forma especial, aplicando-se à mesma o princípio da liberdade de forma estatuído no art. 219.º do Cód. Civil.

A Lei n.º 6/2006 de 27 de Fevereiro consagrou, nos arts. 9.º a 12.º, um regime destinado a disciplinar as comunicações entre as partes no contrato de arrendamento. Preceitua o art. 9.º, n.º 1 da referida Lei que «... as comunicações legalmente exigíveis entre as partes, relativas a cessação do contrato de arrendamento, actualização da renda e obras, são realizadas mediante escrito assinado pelo declarante e remetido por carta registada com aviso de recepção»<sup>(24)</sup>. Poder-se-á entender que os aludidos normativos deveriam ser extensivamente interpretados, dessa forma contendo um regime geral aplicável a todas as comunicações entre as partes. Nesse caso, a comunicação a realizar em caso de cessão da posição de arrendatário em consequência de negócio de fusão de sociedades teria que ser realizada por carta registada com aviso de recepção. Parece-nos prudente a observância desta forma, pois tornar-se-á mais fácil para a parte que realizou a comunicação provar a sua realização. Em todo o caso, não cremos que estejamos em face de uma formalidade “*ad substantiam*” pois se a comunicação ao senhorio for realizada por outra forma, designadamente, por correio simples, entendemos que os interesses que a lei visa acolher se encontram acautelados. Seria verdadeiramente incompreensível que, estando provado que o senhorio recebeu tempestivamente aquela comunicação por correio simples, pudesse resolver o contrato de arrendamento com o fundamento de aquela comunicação não ter sido feita por carta registada com aviso de recepção<sup>(25)</sup>. Aplica-se ao caso a norma contida no art. 224.º do Cód. Civil, nos termos da qual os efeitos da comunicação produzem-se com a sua chegada à esfera do senhorio ou do seu conhecimento.

Quanto ao conteúdo da comunicação torna-se necessário ter em conta a redacção que o Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, introduziu ao art. 106.º do Cód. das Sociedades Comerciais. O n.º 1 desta disposição

---

<sup>(24)</sup> Estipula o n.º 6 do art. 9.º da Lei n.º 6/2006 a possibilidade de, em alternativa ao regime fixado no n.º 1, a comunicação poder ser eficazmente realizada desde que entregue em mão «devendo o destinatário apor em cópia a sua assinatura, com nota de recepção».

<sup>(25)</sup> Em sentido contrário parece pronunciar-se MENEZES LEITÃO, *in Arrendamento Urbano*, 9.ª ed. p. 145, Almedina.



legal preceitua que «o acto de fusão deve revestir a forma exigida para a transmissão dos bens das sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, das sociedades participantes nessa fusão». Daqui resulta que sendo o acto de fusão realizado através da transmissão de bens imóveis para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade deverá ser realizado por escritura pública, como acontecia no passado. Nesse caso bastará à sociedade arrendatária (ou à sociedade incorporante ou à nova sociedade) limitar-se a comunicar ao senhorio a data e o local em que foi realizado o acto de fusão (para além da identificação da sociedade incorporante ou da nova sociedade). No caso de não ocorrer qualquer transmissão de bens imóveis para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade, não tem a fusão que ser realizada por escritura pública, pelo que não terá o senhorio a possibilidade de obter o documento que a titulóu para assim fiscalizar a sua legalidade.

Deverá, neste caso, a comunicação ser acompanhada da fotocópia do negócio jurídico de fusão, pois só dessa forma se torna possível acolher os interesses que lei pretende tutelar com a mesma, designadamente permitir ao senhorio conhecer e fiscalizar o negócio de fusão pelo qual se operou a cedência do gozo da coisa locada. Como vai referido, só assim não acontecerá se a fusão for realizada, por exigência legal ou por vontade das sociedades, por escritura pública, pois nesse caso o senhorio terá possibilidade de, por si só, obter cópia do acto de fusão<sup>(26)</sup>.

## 2.5. Falta ou extemporaneidade da comunicação

No domínio do RAU, a falta de comunicação prevista na alínea g) do art. 1038.º do Cód. Civil era fundamento de resolução do contrato de arrendamento [art. 64.º, n.º 1, alínea f) do RAU].

Pode-se questionar se, face à redacção introduzida pelo NRAU, a falta ou extemporaneidade da comunicação, em caso de negócio de fusão de sociedade, é igualmente fundamento de resolução do contrato de arrendamento.

O actual art. 1083.º do Cód. Civil preceitua:

*1 — Qualquer das partes pode resolver o contrato, nos termos gerais de direito, com base em incumprimento pela outra parte.*

---

<sup>(26)</sup> Nesse sentido, embora reportando-se ao trespasse, vide FERNANDO GRAVATO MORAIS, *in Arrendamentos Comerciais*, 3.ª ed., p. 348.

2 — *É fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento, designadamente, quanto à resolução pelo senhorio:*

...

e) *A cessão, total ou parcial, temporária ou permanente e onerosa ou gratuita, do gozo do prédio, quando ilícita, inválida ou ineficaz perante o senhorio».*

Esta norma, que aparentemente parece ir ao encontro dos interesses do senhorio por extinguir a taxatividade das causas resolutivas, anteriormente prevista no art. 64.º do RAU, apenas permite a resolução do contrato desde que preenchida a cláusula geral da “*inexigibilidade*” da manutenção do arrendamento.

Assim, o n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil impõe, para efeitos de resolução do contrato de arrendamento, a necessidade de ocorrer um incumprimento qualificado, ou seja, um incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento.

Vale dizer, para que o incumprimento fundamente a resolução do contrato de arrendamento deverá ter-se em consideração a natureza do mesmo, as suas consequências, e, porventura, a sua reiteração, de forma a avaliar a *inexigibilidade*, para o outro contraente, da manutenção da relação arrendatícia.

Nas diversas alíneas do n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil, o legislador enunciou com carácter exemplificativo, quanto à resolução do arrendamento pelo senhorio, diversas situações de incumprimento.

É hoje aceite pela maioria de doutrina e da jurisprudência que o legislador, no n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil, adoptou a denominada “*técnica dos exemplos-padrão*”, segundo a qual as diversas alíneas da referida disposição legal não constituem, por si só, na sua materialidade, fundamento de resolução. Torna-se assim necessário apurar em cada caso se ocorre a situação objectiva de incumprimento do contrato, mas também se esse incumprimento, pela sua gravidade ou consequências, torna inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento. A declaração da resolução do contrato de arrendamento por parte do senhorio com fundamento na cláusula geral constante do n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil, implica o recurso à acção judicial, sendo necessário alegar e provar, para além de qualquer uma das situações enunciadas nas suas alíneas (sendo caso disso), os factos que preencham a cláusula geral de “*inexigibilidade*” da manutenção do arrendamento para o senhorio. Sobre o senhorio recai, naturalmente, tal

ónus de alegação e de prova quer dos factos integrantes das várias alíneas do citado n.º 2 do preceito legal, quer dos factos integrantes da cláusula geral constante do n.º 2 da mesma disposição legal.

Por essa razão afirma MARIA OLINDA GARCIA que «ainda que se defenda a necessidade de comunicação da fusão da sociedade arrendatária ao senhorio no prazo de 15 dias, concluindo-se, conseqüentemente, pela ineficácia da cedência do direito em caso de incumprimento, sempre este facto, para fundar a resolução do contrato, nos termos do n.º 2 do art. 1083.º, teria de ser de tal modo grave que tornasse inexigível ao senhorio a manutenção da relação de arrendamento<sup>(27)</sup>».

Teria, assim, o senhorio que alegar e provar que a falta objectiva de comunicação acarretou para si conseqüências que preencham a clausula geral de “*inexigibilidade*” de manutenção do arrendamento com nova sociedade (pois a manutenção do arrendamento com sociedade arrendatária incorporada ou concentrada não se coloca em virtude da sua extinção), assistindo-lhe, em conseqüência, o direito de declarar a resolução do contrato de arrendamento com fundamento na ineficácia perante si da cessão do gozo do local arrendado.

Em sentido contrário, DAVID MAGALHÃES considera que «não sendo cumprida a obrigação do art. 1038.º/g), pode o arrendamento ser resolvido dada a ineficácia da cedência face ao locador»<sup>(28)</sup>. Entende, assim, o distinto autor assistir ao senhorio o direito de resolver o contrato de arrendamento em caso de incumprimento da obrigação de comunicação prevista no art. 1038.º, g) do Cód. Civil, não necessitando o senhorio de alegar mais factos destinados a preencher a cláusula geral da “*inexigibilidade*” para si da relação arrendatícia.

Também MENEZES LEITÃO, sustenta que a falta da comunicação prevista na alínea g) do art. 1038.º do Cód. Civil torna o negócio ineficaz perante o senhorio e lhe dá o direito de resolução<sup>(29)</sup>.

FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, referindo-se ao trespassse sustenta que a inexistência de notificação é «susceptível de gerar, em princípio, a resolu-

<sup>(27)</sup> *In Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, p. 140. No mesmo sentido o Acórdão da Relação de Lisboa de 28/02/1012, in <www.dgsi.pt>, proc. 919/10.0TVLSB.L1-7.

<sup>(28)</sup> *In A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, 2009, Almedina, p. 317.

<sup>(29)</sup> *In Arrendamento Urbano*, 9.ª ed., p. 144. Na jurisprudência o Acórdão da Relação do Porto de 10/10/2013, in <www.dgsi.pt>, proc. 1494/12.7TJPRT.P1 considerou ser causa de resolução a não comunicação ao senhorio em caso de trespassse ou locação de estabelecimento. Posição algo inédita consta do Acórdão da Relação do Porto de 22/10/2018, in <www.dgsi.pt>, Proc. 20580/15.5 T8PRT.P1, o qual considerou que a falta de comunicação em caso de trespassse constitui o inquilino/ /trespassante na obrigação de indemnizar o senhorio pelos prejuízos decorrentes da quebra negocial.

ção do contrato pelo senhorio. É até legítimo concluir-se que está aqui em causa uma *presunção ilidível de inexigibilidade*»<sup>(30)</sup>.

Diga-se que a falta de comunicação da fusão da sociedade arrendatária, embora não afectando o negócio de fusão, implica a ineficácia relativa (e em sentido estrito) deste negócio perante o senhorio. Ora, sendo o negócio de fusão da sociedade arrendatária ineficaz perante o senhorio, isto significa que não é oponível ao senhorio a nova sociedade arrendatária (a sociedade incorporante ou a nova sociedade), pelo que concordamos com a posição de FERNANDO DE GRAVATO MORAIS na medida em que sendo a cessão do gozo do local arrendado ineficaz em relação ao senhorio estaremos em face de uma presunção, ainda que ilidível, de inexigibilidade da manutenção do arrendamento, assistindo em consequência ao senhorio o direito de declarar a resolução do contrato de arrendamento.

Neste caso, caberá à sociedade arrendatária ilidir tal presunção demonstrando que a falta de notificação não provocou quaisquer consequências negativas na esfera do senhorio, recaindo assim sobre a sociedade arrendatária o ónus de alegar factos impeditivos ou extintivos do direito do autor à resolução do contrato de arrendamento.

Só assim não será se o senhorio reconhecer a sociedade incorporante ou a nova sociedade como arrendatária, pois neste caso o art. 1049.º do Cód. Civil retira-lhe o direito de resolução do contrato.

### 3. Cisão da sociedade arrendatária

A cisão de sociedades constitui um instrumento jurídico típico de desconcentração social, e consiste na divisão de uma sociedade em duas ou mais sociedades.

Constituem elementos característicos do conceito de cisão a divisão e transmissão de parte (cisão parcial) ou da totalidade (cisão total) do património de uma sociedade (a sociedade cindida) a uma ou a várias sociedades beneficiárias, e a integração dos sócios da sociedade cindida nas sociedades beneficiárias através da atribuição de participações sociais correspondentes ao património transmitido.

De acordo com o estipulado no art. 118.º do Cód. das Sociedades Comerciais, a cisão de sociedade pode realizar-se mediante uma das seguintes modalidades:

---

<sup>(30)</sup> *In Novo Regime do Arredamento Urbano*, 3.ª ed., Almedina, p. 351.

- a) mediante o destaque de parte do património de uma sociedade, que mantém a sua personalidade jurídica, para com ele constituir uma outra sociedade (cisão-simples);
- b) mediante a dissolução e conseqüente extinção da sociedade cindida, dividindo-se, em seguida, o seu património em duas ou mais partes, sendo cada uma das partes destinada a constituir uma nova sociedade beneficiária (cisão-dissolução);
- c) mediante o destaque de parte(s) do património da sociedade cindida, que mantém a sua personalidade jurídica, para a(s) fundir com uma (ou mais) sociedade(s) já existente(s) (cisão parcial-fusão), ou com parte(s) do património de outra(s) sociedade(s) separada(s) por idêntico processo e com a mesma finalidade, originando, nesta hipótese, a constituição de uma nova sociedade (cisão parcial-fusão por constituição de nova sociedade);
- d) ou, ainda, mediante a dissolução e extinção da sociedade cindida, dividindo o seu património em duas (ou mais) partes para as fundir com duas (ou mais) sociedades já existentes (cisão total-fusão por incorporação), ou com partes do património de outra(s) sociedade(s), separada(s) por idêntico(s) processo(s) e com igual finalidade, dando lugar à constituição de, pelo menos, duas novas sociedades (cisão total-fusão por constituição de duas [ou mais] novas sociedades).

Como vai supra referido, a cisão de uma sociedade, seja parcial ou total, implica a divisão e conseqüente transmissão de parte do seu património para com o mesmo constituir (pelo menos) uma nova sociedade (art. 118.º do Cód. das Sociedades Comerciais).

Note-se que a cisão-dissolução e a cisão total, seja na modalidade cisão-fusão por incorporação, seja na modalidade cisão-fusão por constituição de duas novas sociedades, acarretam a extinção da sociedade cindida.

Por seu turno, a cisão simples, a cisão parcial-fusão e a cisão parcial-fusão por constituição de nova sociedade, não implicam a extinção de uma sociedade.

O art. 120.º do Cód. das Sociedades Comerciais manda aplicar à cisão o disposto relativamente à fusão de sociedades. Assim, por via da aplicação do art. 112.º do Cód. das Sociedades Comerciais decorrente do reenvio realizado pelo art. 120.º do CSC, os efeitos da cisão operam “*ope legis*” após o registo da mesma.

Deste modo, de acordo com o estipulado no art. 112.º do Cód. das Sociedades Comerciais, com a inscrição da cisão no registo dá-se a transmissão para a outra sociedade do património da sociedade cindida.

Coloca-se, porém, a questão de saber se a transmissão se opera a título universal — *uno actu* — ou a título singular.

RAUL VENTURA distingue a modalidade de cisão total da cisão parcial. Considera o ilustre autor que nos casos de cisão total (cisão-dissolução ou cisão-incorporação com dissolução da sociedade cindida), em que ocorre dissolução da sociedade cindida, o património desta terá necessariamente de ser repartido pelas sociedades beneficiárias, pelo que a transmissão do património da sociedade cindida entre as várias sociedades beneficiárias será a título universal.

Já na cisão parcial, a sociedade cindida não se extingue, pelo contrário, subsiste, embora alterada no seu substrato, sendo que só parte do seu património é transmitido para a sociedade beneficiária. Neste caso, entende o distinto autor que «a sociedade beneficiária da cisão parcial recebe elementos do património a título singular».

Considera RAUL VENTURA que neste tipo de cisão, mesmo que a sociedade cindida transmita uma empresa para a sociedade beneficiária, a transmissão das dívidas depende sempre de deliberação da sociedade cindida, o que significa que a transmissão destas não é automática. Sustenta, por essa razão, RAUL VENTURA que dependendo a transmissão das dívidas de deliberação da sociedade cindida, a transmissão de uma empresa para a sociedade beneficiária não é realizada a título universal, mas sim a título singular. De qualquer modo considera o insigne autor que, neste tipo de cisão, não se torna necessário proceder ao desmembramento dos elementos empresariais a transmitir para a nova sociedade (v.g. créditos, dívidas, direitos, etc.), pois entende ser «totalmente irreal desfazer a cisão em cada um dos elementos patrimoniais, activos e passivos, transmitidos. Mesmo quando a transmissão é a título singular — casos de cisão parcial — não há tantos actos quantos os elementos transmitidos, mas sim um único acto que opera todas as transmissões»<sup>(31)</sup>.

Em sentido contrário pronunciou-se JOANA DE VASCONCELOS considerando que a transmissão dos elementos patrimoniais activos e passivos da sociedade cindida para as sociedades beneficiárias ocorre a título universal (*uno actu*) quer se trate de cisão total ou de cisão parcial. Considera a ilustre autora «que nada na disciplina do processo de cisão per-

---

(31) *In Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, pp. 366 a 369.

mite concluir que a transmissão dos elementos patrimoniais se processe segundo um esquema diverso, consoante se esteja perante uma cisão total ou uma cisão parcial: muito pelo contrário, tal transmissão resulta, qualquer que seja a modalidade, e tal como sucede na fusão, da inscrição da cisão no registo, que conclui o correspondente processo de formação, desencadeando a produção dos efeitos típicos do negócio jurídico de cisão»<sup>(32)</sup>.

Concluindo que «no sistema do CSC, a transmissão a título universal das partes do património da sociedade cindida para as sociedades beneficiária constitui um efeito do negócio jurídico que é a cisão, a qual, observado o procedimento legalmente estabelecido, transmite, à margem das particulares regras aplicáveis a cada um, os elementos activos e passivos que, de acordo com a divisão efectuada no projecto, integram cada uma das partes»<sup>(33)</sup>.

No mesmo sentido ELDA MARQUES considera que a transmissão do património da sociedade cindida para a sociedade beneficiária se dá a título universal, independentemente de estarmos em face de uma cisão total ou parcial. Para a distinta autora «a transmissão de partes de património da cindida para a(s) beneficiárias(s) opera-se globalmente, como efeito unitário da inscrição da cisão no registo [cf. art. 112.º, a), *ex vi*, art. 120.º], sem que seja necessária a observância de quaisquer condicionalismos ou formalidades que a lei exija nas transmissões a título singular dos direitos e obrigações e outras posições jurídicas, que integram as partes de património transferidas.

Simplemente, a transmissão universal efectua-se *por partes*, nos termos da repartição prevista no projecto de cisão [cf. art. 119.º d)] ...»<sup>(34)</sup>.

Propendemos para esta posição por facilitar a realização da operação de cisão, pelo que entendemos que a transmissão do activo, passivo e outras posições jurídicas da sociedade cindida para a(s) sociedade(s) beneficiária(s) é realizada a título universal (*uno actu*), quer estejamos em face de uma cisão total ou de uma cisão parcial, sem necessidade, portanto, de observar as regras específicas atinentes à transmissão dos diversos elementos empresariais componentes da sociedade cindida.

Do que vai exposto resulta que em caso de cisão da sociedade arrendatária (total ou parcial), integrando o património a transmitir o direito ao arrendamento da sociedade cindida, não se torna necessário obter o con-

<sup>(32)</sup> *In A Cisão de Sociedade*, 2001, Universidade Católica Editora, p. 249.

<sup>(33)</sup> *In A Cisão de Sociedade*, 2001, Universidade Católica Editora, pp. 249 e 250.

<sup>(34)</sup> *In Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, *cit.*, p. 410.

sentimento do senhorio para que se transmita o direito ao arrendamento<sup>(35)</sup>.

No caso de cisão-total, na qual ocorre extinção da sociedade cindida e se dá uma transmissão universal do património, activo e passivo, para as novas sociedades, não ocorre a caducidade do contrato de arrendamento, nos termos previstos na alínea *d*) do art. 1051.º do Cód. Civil. Pelas razões supra aduzidas a respeito da fusão da sociedade arrendatária, a dissolução não visa aqui a liquidação e partilha do património social, isto é, não visa a “morte” da sociedade cindida. Com efeito, apenas se pretende reorganizar a sociedade mediante o destaque do seu património de modo a constituir duas (ou mais) novas sociedades que prosseguirão a actividade da sociedade cindida.

No que concerne à necessidade de comunicar ao senhorio, nos 15 dias após o registo da cisão, a cedência do gozo do local arrendado, nos termos preceituados no art. 1038.º, alínea *g*) do Cód. Civil, entendemos que a mesma é necessária remetendo para os argumentos expendidos a propósito da fusão da sociedade arrendatária<sup>(36)</sup>. Caso a comunicação não seja realizada, ou seja extemporaneamente efectuada, não será a cedência do gozo do local arrendado eficaz em relação ao senhorio.

Importa, porém, distinguir os casos de cisão total dos casos de cisão parcial. Se estivermos em face de uma cisão total, cremos, pelas razões expendidas sobre a fusão, que a falta de comunicação constitui uma *presunção ilidível* de inexigibilidade de manutenção do contrato de arrendamento, podendo o senhorio resolver o contrato de arrendamento [art. 1083.º, n.º 2, alínea *e*) do Cód. Civil].

No caso de cisão parcial, em que a sociedade cindida não se extingue, continuando a exercer a sua actividade, embora noutra local, a ineficácia da cedência da posição de arrendatário em face do senhorio, decorrente da falta de comunicação, implica que a posição de arrendatária passe a ser titulada pela sociedade beneficiária. Estaremos aqui também perante uma *presunção ilidível* de inexigibilidade de manutenção do contrato de arrendamento, assistindo ao senhorio o poder de resolver o contrato de arrendamento.

---

<sup>(35)</sup> Na jurisprudência e reportando-se à cisão simples *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6/02/2001 *in* CJ, 2001, T. I, p. 104 e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/03/1994, *in* <www.dgsi.pt> (proc. 9310737). Em sentido contrário, pugnando pela necessidade de autorização do senhorio em caso de cisão simples, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04/05/1999, *in* <www.dgsi.pt> (proc. 99A163), o qual considerando que a sociedade cinditória sucede à sociedade cindida a título singular, e não universal, para ela não se transmite o direito ao arrendamento.

<sup>(36)</sup> Em sentido contrário, MARIA OLINDA GARCIA, *in* *Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, p. 141.



mento [art. 1083.º, n.º 2, alínea e) do Cód. Civil)]. Todavia, circunstâncias especiais a apreciar em face do caso concreto poderão impedir a resolução do contrato. Como decorre do supra mencionado, se o senhorio reconhecer o novo arrendatário também lhe fica vedada, nos termos do art. 1049.º do Cód. Civil, a resolução do contrato de arrendamento. Na hipótese de a sociedade beneficiária, para a qual se transmitiu o direito ao arrendamento, passar a utilizar o local arrendado para um fim distinto daquele que lhe foi contratualmente dado de destino pela sociedade cindida, poderá, eventualmente, o senhorio resolver o contrato de arrendamento, nos termos do preceituado no art. 1083.º, n.º 2, alínea c) do Cód. Civil.

#### 4. Transformação da sociedade arrendatária

Preceitua o n.º 1 do art. 130.º do Cód. das Sociedades Comerciais que «*as sociedades constituídas segundo um dos tipos enumerados no art. 1.º, n.º 2, podem adoptar posteriormente um outro desses tipos ...*». Existe transformação de uma sociedade quando esta adopta um tipo societário distinto daquele que ela tinha antes da modificação, como acontece *v.g.*, quando uma sociedade por quotas se transforma em sociedade anónima ou vice-versa.

Ao contrário do que se passa na fusão ou na cisão de sociedades, em que se verifica uma alteração no seu substrato pessoal e/ou patrimonial, na transformação ocorre apenas uma alteração da organização jurídica da sociedade, mantendo-se, no entanto, a sociedade transformada com o mesmo património e os mesmos sócios.

O art. 130.º do Cód. das Sociedades Comerciais prevê duas modalidades de transformação, a saber: a transformação simples ou formal e a transformação extintiva.

Na primeira modalidade — que é a modalidade considerada normal — a sociedade não se extingue, mantendo a sua personalidade jurídica. Por ser assim, na transformação simples ou formal não há constituição de uma nova sociedade nem, tão pouco, transmissão de bens.

Já a transformação extintiva implica a dissolução da sociedade, embora sem que haja lugar a liquidação. Há, assim, lugar à constituição de uma nova sociedade para onde é transmitido o património da sociedade extinta. Esta transmissão é automática — *ex lege* — e a título universal.

Com efeito, o n.º 3 do art. 130.º do Cód. das Sociedades Comerciais determina que a transformação de uma sociedade não importa a sua disso-

lução «*salvo se assim for deliberado pelos sócios*». Prevê, assim, esta disposição legal a existência das duas espécies de transformação supra referidas. Sobre esta temática ensina RAUL VENTURA:

«Como é reconhecido no n.º 4 do mesmo artigo, existem, pois, no CSC duas espécies ou modalidades de transformação, conforme a sua estrutura jurídica: numa modalidade — que a redacção do referido n.º 3 mostra ter sido considerada normal — a transformação não provoca a dissolução (extinção) da sociedade e, portanto, a sociedade é a mesma, antes e depois da transformação; noutra modalidade — excepcional, pois não resulta directamente da lei, como a primeira, dependendo de deliberação dos sócios — a sociedade sujeita a transformação dissolve-se (extingue-se), nascendo uma nova sociedade e operando entre ambos um fenómeno de sucessão universal»<sup>(37)</sup>.

Ocorrendo transformação da sociedade sem dissolução desta (transformação formal), mantém-se sem qualquer alteração a personalidade jurídica da sociedade, que continua a ser a mesma pessoa jurídica antes e após a transformação. Nesta espécie de transformação jurídico-formal não existe alteração subjectiva na titularidade das relações jurídicas de que a sociedade era titular antes da transformação, mantendo-se inalteradas as suas posições activas e passivas. Vale dizer, não chega a verificar-se a transmissão de quaisquer elementos que integrem a empresa da sociedade transformada<sup>(38)</sup>.

No caso de a transformação implicar a dissolução da sociedade (transformação extintiva), por assim ter sido deliberado pelos sócios, a sociedade objecto da transformação extingue-se. Colocar-se-á aqui, como se colocou aquando do estudo da fusão e da cisão, a questão de saber se o contrato de arrendamento caduca por aplicação do disposto no art. 1051.º alínea *d*) do Cód. Civil. Pelas razões supra aduzidas a respeito da fusão e

---

<sup>(37)</sup> *In Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*, p. 417.

<sup>(38)</sup> *Vide* neste sentido, Acórdão da Relação do Porto de 03/01/2001, proc. 0130224 *in* <www.dgsi.pt>; também o Acórdão da Relação de Lisboa de 20/09/2007, proc. 46002007-6, *in* <www.dgsi.pt>, o qual, debruçando-se sobre a transformação de uma sociedade comercial por quotas em sociedade unipessoal por quotas, entendeu que a transformação não implica a dissolução da sociedade e a criação de uma nova sociedade, não provocando a referida alteração societária a cedência do gozo da coisa locada em que funciona a sociedade para terceiros, não existindo, por esse motivo, a obrigação de comunicação do facto ao senhorio; o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/02/2019, *in* <www.dgsi.pt>, Relator: Juiz-Conselheira Rosa Tching, considerou que a unificação de quotas e transformação de uma sociedade por quotas numa sociedade unipessoal por quotas, não se enquadra na al. g) do art. 1038.º do Cód. Civil, pelo que não estando a sociedade arrendatária obrigada a comunicar tal unificação e transformação ao senhorio, a ausência de comunicação destas alterações societárias não constitui fundamento de resolução do contrato de arrendamento, nos termos do preceituado no art. 1083.º, n.os 1 e 2, al. e) do Cód. Civil.

da cisão, para as quais se remete, entendemos que, apesar de a sociedade arrendatária se extinguir, o contrato de arrendamento não caduca uma vez que, de acordo com o preceituado no n.º 5 do art. 130.º do Cód. das Sociedades Comerciais, a nova sociedade “*sucedee automática e globalmente à sociedade anterior*”<sup>(39)</sup>.

A dissolução da sociedade em consequência da sua transformação implica, necessariamente, a transmissão, a título universal, da empresa de que aquela era titular para a nova sociedade, a qual se produz com a inscrição da transformação no registo.

Importa determinar se a transmissão do direito ao arrendamento, no caso de a sociedade transformada ser titular de empresa explorada em imóvel arrendado, carece do consentimento do senhorio.

No caso de transformação formal, em que a sociedade a transformar não é extinta, não havendo lugar à constituição de uma nova sociedade nem transmissão de bens, não será necessário obter autorização do senhorio, já que a sociedade arrendatária é a mesma.

Quanto à transformação extintiva, para responder a essa questão torna-se necessário atentar à segunda parte do n.º 5 do art. 130.º o qual dispõe que «*a nova sociedade sucedee automática e globalmente à sociedade anterior*». Daqui resulta que a nova sociedade sucede de modo automático no património da sociedade que se extingue, sendo a transmissão da empresa para a nova sociedade determinada *ope legis* e a título universal.

Destarte, na transformação extintiva (com dissolução da sociedade anterior), caso o direito ao arrendamento integre um dos elementos empresariais a transmitir para a nova sociedade, não carece esta transmissão de autorização do senhorio, uma vez que a transmissão decorre directamente da lei.

No que concerne à obrigação de comunicar ao senhorio aquela transmissão, consideramos que no caso de transformação formal não se torna necessário realizar essa comunicação uma vez que a identidade da sociedade arrendatária não é afectada.

Porém, caso estejamos em face de uma transformação extintiva propendemos para a conclusão oposta.

---

<sup>(39)</sup> Merece destaque o Acórdão do Supremo de Tribunal de Justiça de 29/09/1998, in <www.dgsi.pt>, Relator: Juiz-Conselheiro Ferreira Ramos, o qual, referindo-se à transformação de uma sociedade anónima numa sociedade gestora de participações sociais (SGPS), considerou que, em virtude das SGPS não poderem ser titulares de estabelecimentos comerciais nem no direito ao arrendamento relativo aos imóveis em que aqueles estabelecimentos estejam instalados, aquela transformação colocou a SGPS numa situação em que a lei lhe veda continuar a ser arrendatária, devendo equiparar-se essa transformação à extinção que conduz à caducidade do contrato de arrendamento, por aplicação do art. 1051.º, al. d) do Cód. Civil.

Com efeito, esta modalidade de transformação implica a extinção da sociedade arrendatária e a conseqüente constituição de uma nova sociedade para a qual se transmite, a título universal, o património da primeira incluindo o direito ao arrendamento, no caso de a sociedade arrendatária extinta ser titular de uma empresa instalada em imóvel arrendado. Nesta hipótese, tal como na fusão e na cisão, o senhorio terá interesse em conhecer o referido acto, quer para apurar se se enquadra numa verdadeira transformação, em que a lei permite a cedência do gozo do local arrendado, quer para conhecer a nova sociedade arrendatária que passará a ser titular do contrato de arrendamento e, assim, saber a quem deve exigir o cumprimento do mesmo.

Deste modo, não sendo realizada a comunicação, na modalidade de transformação extintiva, será ineficaz em face do senhorio a cedência do gozo do local arrendado para a nova sociedade, o que poderá constituir uma presunção ilidível de inexigibilidade da manutenção do contrato de arrendamento e assim fundar a resolução do contrato de arrendamento nos termos da al. e) do n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil.

A terminar diremos que constituindo os institutos da fusão, cisão e transformação de sociedades modelos típicos de reorganizações societárias, a verdade é estas não se esgotam naqueles institutos. Com efeito, existem inúmeras e multifacetadas operações de reorganização para além das supra referidas, designadamente as “operações acordeão” ou o aumento de capital reservado, entre outras. Porém, o estudo da produção de efeitos jurídicos que tais reorganizações societárias implicam nos contratos de arrendamento, no caso de as sociedades serem titulares de empresas instaladas em imóveis arrendados, excederia, em muito, o objecto das presentes notas.

## Principal bibliografia

- COUTINHO DE ABREU, JORGE MANUEL, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 7.<sup>a</sup> ed., Almedina 2009.
- DRAGO, JOSÉ, *Fusão de Sociedades Comerciais — notas práticas*, Almedina.
- ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, “A Empresa como Objecto de Negócios” — *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, II/III, 2008.
- FURTADO, J. PINTO, *Manual do Arrendamento Urbano*, Vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- GARCIA, MARIA OLINDA, *A Nova Disciplina do Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, Coimbra Editora, 2006.
- GEMAS, LAURINDA, PEDROSO, ALBERTINA, CALDEIRA JORGE, JOÃO, *Arrendamento Urbano*, 3.<sup>a</sup> ed., 2009, Quid Júris.
- GRAVATO MORAIS, FERNANDO, *Arrendamentos Comerciais*, Almedina, 3.<sup>a</sup> ed., 2011.
- \_\_\_\_\_, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Almedina, 2005.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Arrendamento Urbano*, Coimbra, Almedina, 9.<sup>o</sup> ed., 2019.
- LIMA, PIRES/VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 1997.
- MAGALHÃES, DAVID, *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, 2009, Almedina.
- MARQUES, ELDA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, Almedina 2011.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, Almedina, 2004.
- MESQUITA, HENRIQUE, *Revista de Legislação de Jurisprudência*, ano 128.
- \_\_\_\_\_, *Revista de Legislação de Jurisprudência*, ano 131.
- PESSOA JORGE, FERNANDO, “Transmissão do Arrendamento Comercial por Efeito da Incorporação da Sociedade Locatária”, *O Direito*, ano 122.
- SEIA, ARAGÃO, *Arrendamento Urbano, anotado e comentado*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- VASCONCELOS, JOANA DE, *A Cisão de Sociedade*, 2001, Universidade Católica Editora.
- VENTURA, RAUL, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*, Almedina, 1990.



# A ADESÃO DE PORTUGAL À CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE A VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(\*)*

## *SUMÁRIO:*

**I.** Introdução. **II.** Características gerais da Convenção. **III.** O âmbito de aplicação da Convenção. A) Âmbito material. B) Âmbito espacial. C) Âmbito temporal. **IV.** A Convenção e o Direito Internacional Privado. **V.** Considerações finais.

## **I. Introdução**

Portugal aderiu finalmente à Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias<sup>(1)</sup>. Há muito que venho defendendo esta adesão<sup>(2)</sup>, e importa agora estudar as consequências da entrada em vigor da Convenção na ordem jurídica portuguesa (*infra* III.C).

Esta Convenção foi aprovada, em 1980, pela Conferência das Nações Unidas sobre os contratos de venda internacional de mercadorias, que teve lugar em Viena.

---

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

(1) A Convenção foi aprovada para adesão pelo Decreto n.º 5/2020, de 7 de agosto, e o instrumento de adesão foi depositado em 23 de setembro de 2020, conforme Av. n.º 48/2020, de 21 de outubro.

(2) Cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, 260; Id., “A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias perante as ordens jurídica portuguesa e dos países africanos lusófonos”, *O Direito* 146 (2014) 297-310 (=in *Internationaler Rechtsverkehr und Rechtsvereinheitlichung aus deutsch-lusitanischer Perspektive. Comércio Jurídico Internacional e Unificação do Direito Privado na Perspetiva Luso-Alemã*, org. por Stefan Grundmann, et al., 273-287, Baden-Baden, 2014).

*A Convenção de Viena é o resultado de um longo processo de unificação legislativa do Direito da venda internacional, e por ter sido discutida e aprovada por países de todos os tipos (países do Ocidente industrializado, países em vias de desenvolvimento, países do Leste), encontrou vasto acolhimento na comunidade internacional. São partes na Convenção um elevadíssimo número de Estados europeus (43) e um número significativo de Estados extraeuropeus (51).*

As razões para o atraso na adesão de Portugal à Convenção não são claras. Aparentemente, tratou-se mais de razões de índole burocrática do que de natureza político-jurídica.

Com efeito, *a Convenção representa um compromisso aceitável entre países industrializados e países em vias de desenvolvimento*, que se saldou em soluções geralmente adequadas aos contratos de venda internacional de mercadorias, e que respeita a autonomia privada, mediante a concessão às partes da faculdade de afastamento do regime da Convenção, na sua globalidade, ou das suas disposições, individualmente consideradas (art. 6.º)<sup>(3)</sup>.

A esta luz, e dado o vastíssimo acolhimento internacional da Convenção, *a vinculação à Convenção apresenta, em geral, vantagens claras:*

- possibilita assiduamente uma uniformidade do regime aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias nos diversos Estados envolvidos;
- proporciona certeza, previsibilidade e facilidade na determinação deste regime pelas partes, reduzindo os custos de transação;
- facilita a administração da justiça, uma vez que dentro do âmbito de aplicação da Convenção os tribunais dos Estados Contratantes aplicam sempre Direito vigente na ordem interna;
- nos contratos entre partes localizadas em Estados diferentes permite a aplicação de um Direito “neutro” em situações em que cada uma das partes poderia de outro modo querer impor a escolha do Direito do seu país<sup>(4)</sup>; e
- consagra muito amplamente o princípio da autonomia da vontade em relações em que tal se justifica, porque se trata fundamentalmente de relações entre empresários.

---

<sup>(3)</sup> Com exceção do art. 12.º, em matéria de forma.

<sup>(4)</sup> Como assinala PETER MANKOWSKI, “Artikel 6 CISG und Abbedingung der CISG”, in *Festschrift für Ulrich Magnus*, 255-271, Munique, 2014, 265, ss.



A estas vantagens soma-se, na perspetiva da ordem jurídica portuguesa, a entrada em vigor na ordem interna de um regime que em diversos pontos clarifica a solução jurídico-material aplicável ou introduz soluções mais adequadas, pelo menos no que toca aos contratos internacionais.

Não se estranha, por isso, que os autores portugueses que se pronunciaram sobre a adesão de Portugal à Convenção a tenham recomendado.

Da circunstância de Portugal só agora ter aderido à Convenção não resultou o alheamento da comunidade jurídica portuguesa relativamente à Convenção.

*A Convenção foi mesmo objeto de dois estudos relativamente sistemáticos*, um da autoria de ÂNGELA BENTO SOARES/MOURA RAMOS e, o outro, da minha lavra, numa perspetiva comparativa com o Direito português<sup>(5)</sup>.

Determinados aspetos da Convenção foram objeto de estudo por autores portugueses e muitas outras obras fizeram referências à Convenção<sup>(6)</sup>.

Geralmente com base em algumas destas obras (*maxime* obras de CALVÃO DA SILVA e ROMANO MARTINEZ), um número significativo de decisões de tribunais de recurso publicadas fez apelo à Convenção<sup>(7)</sup>, em regra para justificar soluções nos quadros do Direito material português. Aqui a jurisprudência portuguesa não atendeu à Convenção como fonte do Direito em sentido técnico-jurídico, mas como *fonte de conhecimento jurídico* que é utilizada para revelar o sentido do Direito vigente, de origem interna, e promover o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento.

As *diferenças entre o regime da Convenção e o estabelecido pelo Código Civil português* são múltiplas<sup>(8)</sup>. Sem pretensões de exaustividade, refira-se que boa parte destas diferenças diz respeito à *formação do contrato*. Também quanto às *obrigações do vendedor e aos meios de que dispõe o comprador em caso de violação destas obrigações* se verificam inú-

---

(5) Cf. MARIA ÂNGELA BENTO SOARES e RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais. Compra e Venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*, Coimbra, 1986, e LIMA PINHEIRO (n. 2 [2005]).

(6) Cf., designadamente, DÁRIO MOURA VICENTE, “Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo. a Dir. 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980” (2001), in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, Vol. I, 35-58, Coimbra, 2002; Id., “A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação” (2004), in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, Vol. II, 39-55, Coimbra, 2005; MARIA DE LURDES PEREIRA, “A obrigação de recepção das mercadorias na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias”, in *Est. Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, 339-392, Coimbra, 2002; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A passagem do risco do preço na venda internacional de mercadorias”, *O Direito* 139 (2007) 757-767; e as obras referidas em LIMA PINHEIRO (n. 2 [2014]) Introdução.

(7) Ver, designadamente, LIMA PINHEIRO (n. 2 [2014]) III.

(8) Ver apontamento sobre as principais diferenças em LIMA PINHEIRO (n. 2 [2014]) II.

meras diferenças de regime, em particular no que toca à falta de conformidade da mercadoria, que decorrem antes do mais de um diferente enquadramento técnico-jurídico. Uma diferença entre o regime convencional e o entendimento tradicionalmente dominante perante o Direito português que tem motivado diversas referências à Convenção na jurisprudência portuguesa diz respeito à *indenização devida em caso de resolução por incumprimento do vendedor*. Também se registam diferenças quanto à faculdade de *resolução do contrato pelo vendedor em caso de incumprimento do comprador*.

Para além de ser um instrumento de unificação internacional do Direito material aplicável a contratos de venda internacional de mercadorias, a *Convenção tem exercido influência sobre muitos sistemas jurídicos nacionais*, designadamente os holandês e alemão<sup>(9)</sup>; *sobre outros instrumentos internacionais* que não constituem fonte do Direito em sentido técnico-jurídico (modelos de regulação), como os Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos; e *sobre a Proposta de Regulamento da União Europeia sobre um Direito Europeu Comum da Compra e Venda*<sup>(10)</sup>.

## II. Características gerais da Convenção

A Convenção de Viena representa um compromisso entre sistemas jurídicos diferentes e, em especial, entre os sistemas romanogermânicos e os sistemas do *Common Law*. Para o efeito foi necessário formular *conceitos novos* ou utilizar *conceitos que, sendo próprios de certa cultura jurídica, são estranhos a outras culturas jurídicas*. Isto reclama do intérprete uma atitude de especial abertura e livre dos condicionamentos da sua própria cultura jurídica.

---

<sup>(9)</sup> Cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER — *Commentary on the UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2016, *Introduction*, III.4.

<sup>(10)</sup> Como assinala RUI MOURA RAMOS, “A Convenção de Viena de 1980 sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias Trinta e Cinco Anos Depois”, *BFDC* 92/1 (2016) 1-22. Sobre a influência da Convenção de Viena na Proposta sobre um Direito Europeu Comum da compra e Venda e noutros instrumentos europeus, ver ULRICH MAGNUS, “Rabels Einfluss auf das CISG und die europäische Kaufrechtentwicklung”, *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 18/11* (2018) 89-114, 106, ss. Sobre as relações entre a Convenção de Viena e a Proposta sobre um Direito Europeu Comum da Compra e Venda, ver ainda ULRICH MAGNUS (org.), *CISG vs. Regional Sales Law Unification. With a Focus on the New Common European Sales Law*, Munique, 2012.

Em segundo lugar, deve sublinhar-se o recurso frequentíssimo a *conceitos indeterminados* para a definição dos direitos e obrigações das partes<sup>(11)</sup>.

É o que verifica, desde logo, com a utilização de um critério de razoabilidade. Assim, por exemplo, surge no art. 25.º o conceito de “pessoa razoável” para a determinação do carácter “fundamental” de uma violação do contrato. No art. 39.º/1, por seu turno, é utilizado o conceito de “prazo razoável”, para definir o prazo em que o comprador deve denunciar ao vendedor a falta de conformidade da mercadoria com o contrato.

Esta técnica legislativa atribui ao intérprete uma margem de apreciação que lhe permite ter em conta o conjunto de circunstâncias do caso concreto. Há aqui uma abertura à individualização de soluções. Isto é justificado pela circunstância de os contratos de venda poderem assumir configurações muito variadas e poderem ter por objecto mercadorias muito diversas. Nem sempre as regras rígidas e precisas comportam soluções adequadas a todas as relações de venda.

Por exemplo, os prazos de trinta dias depois de conhecido o defeito e de seis meses após a entrega da coisa, fixados pelo Código Civil português (art. 916.º/2) para a denúncia do defeito, poderão ser demasiado longos em muitos casos. O prazo de oito dias fixado pelo Código Comercial (art. 471.º) poderá ser, por vezes, demasiado curto. A referência a um “prazo razoável”, feita no art. 39.º da Convenção, permite ao órgão de aplicação um ajustamento do regime aplicável às exigências dos diversos setores económicos ou às particularidades da transação em causa.

A utilização destes conceitos indeterminados também permite que a jurisprudência desenvolva soluções diferenciadas, que poderão representar um desenvolvimento concretizador do regime convencional.

Como as regras convencionais são aplicadas por órgãos nacionais ou transnacionais (arbitragem transnacional), é importante que se promova a uniformidade da interpretação nos diferentes Estados contratantes (*infra* IV).

Uma terceira característica da Convenção é *um muito relativo favorecimento do comprador*<sup>(12)</sup>. Isto resulta principalmente das pressões dos países em vias de desenvolvimento que lograram introduzir no texto convencional algumas soluções mais favoráveis ao adquirente que as geralmente adotadas pelas legislações nacionais. Este relativo favorecimento do comprador não se traduz, em todo o caso, num sensível desequilíbrio da

---

(11) Ver VINCENTE FORTIER, “Le contrat du commerce international à l’aube du raisonnable”, *Clunet* 123 (1996) 315-379.

(12) Como observa FABIO BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Vol. I, *Diritto dei contratti internazionali*, 2.ª ed., Milão, 2001, 579, ss.

Convenção<sup>(13)</sup>. Ele representa um compromisso aceitável entre países industrializados e países em vias de desenvolvimento com vista a permitir a aceitação da Convenção por um grande número de países.

Além disso, isto é compensado pela concessão às partes da faculdade de afastamento do regime da Convenção, na sua globalidade, ou de qualquer das suas disposições (art. 6.º).

Em quarto lugar, importa referir que *a Convenção de Viena só contém o regime específico da formação do contrato de venda e dos direitos e obrigações por ele gerados*. Este regime não abrange todas as matérias que são disciplinadas pelas regras gerais sobre o negócio jurídico, tais como os vícios do consentimento e a transmissão da posição contratual, ou pelas regras gerais que limitam ou proíbem certas cláusulas contratuais, como é o caso das cláusulas penais. Também ficam excluídos do âmbito da Convenção os efeitos reais.

Daqui decorre que a Convenção de Viena não contém uma regulação exaustiva do contrato de venda, e que muitas questões têm de ser resolvidas segundo a lei aplicável ao contrato por força do Direito de Conflitos (*lex contractus*) (*infra* IV).

Acresce que os Estados contratantes podem vincular-se parcialmente à Convenção — afastando a Parte segunda (formação do contrato) ou a Parte terceira (que regula fundamentalmente as obrigações das partes) —, mediante declaração feita no momento da assinatura, da ratificação, da aprovação ou da adesão (art. 92.º/1). Portugal não fez declaração neste sentido.

Não se deve confundir a exclusão de matérias do âmbito material da Convenção com as *lacunas da Convenção*: casos que embora digam respeito a uma matéria regulada pela Convenção não são contemplados por nenhuma regra convencional. As lacunas devem em primeira linha ser integradas com recurso à analogia ou aos princípios gerais que inspiram a Convenção (art. 7.º/2). Por esta via a jurisprudência pode desenvolver soluções uniformes para os casos omissos na Convenção. Em princípio, só há lugar ao recurso à *lex contractus* no caso de não ser possível obter a solução por via da concretização de princípios gerais (*infra* IV).

Por último, há a assinalar que *a Convenção atribui carácter vinculativo aos usos do comércio*, nos termos do n.º 2 do art. 9.º, por conseguinte atribuindo uma relevância a estes usos com muito mais alcance que o Direito interno português (art. 3.º do Código Civil)<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Neste sentido, MANKOWSKI (n. 4) 264.

<sup>(14)</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 2 [2005]) § 43; Id. *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.ª ed., Coimbra, 2015, § 66 E.

### III. O âmbito de aplicação da Convenção

#### A) Âmbito material

A Convenção aplica-se aos *contratos de venda de mercadorias* (art. 1.º/1).

O conceito de “mercadoria” tem de ser interpretado autonomamente. As versões autênticas utilizam termos que poderiam ser interpretados de modo diferente. Assim, designadamente, a versão inglesa refere-se a “*goods*” enquanto a versão francesa se refere a “*marchandises*”. A versão portuguesa utiliza o termo “mercadorias”. Não deve, porém, pensar-se que só são abrangidas coisas móveis corpóreas. O conceito de “mercadoria” deve ser interpretado em sentido amplo, por forma que se ajuste às regras da Convenção sobre desconformidade, compreendendo a venda de *software*, mas já não a venda de direitos<sup>(15)</sup>. O conceito não abrange naturalmente a venda de coisas imóveis.

Como já se assinalou, a Convenção regula apenas a formação do contrato de venda de mercadoria e os direitos e obrigações que dele nascem para o vendedor e o comprador (art. 4.º).

Assim, *a Convenção não disciplina, em princípio, a validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como a validade dos usos* (art. 4.º/a). Isto deve ser entendido no sentido de salvaguardar a aplicabilidade das normas gerais da *lex contractus* sobre a validade intrínseca do contrato, bem como das normas imperativas que digam respeito a aspetos não regulados pela Convenção<sup>(16)</sup>. O conceito de validade deve ser interpretado autonomamente e inclui, designadamente, os requisitos de capacidade negocial, do objeto e do fim do contrato<sup>(17)</sup>.

*A Convenção também não disciplina, designadamente, os vícios do consentimento, a representação voluntária*<sup>(18)</sup>, *a transmissão da posição contratual, a cessão de créditos, a prescrição e os efeitos reais que o contrato possa produzir*<sup>(19)</sup>. A prescrição é objeto de outro instrumento da CNUDCI: a Convenção de Nova Iorque Sobre a Prescrição em Matéria de Venda Internacional de Mercadorias (1974, modificada por Protocolo

---

(15) Cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 1, III. Ver, com mais desenvolvimento, ULRICH MAGNUS, “Borderline Problems of the CISG”, in *Essays Michael Joachim Bonell*, Vol. II, 1771-1792, 1775-1776.

(16) Ver JOHN HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2.ª ed., Deventer e Boston, 1991, 114, ss.

(17) Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 4, IV,2.

(18) Cf. HONNOLD (n. 16) 116.

(19) Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 4, III, 4 e IV, 3 e 4.

de 1980). Esta Convenção está internacionalmente em vigor desde 1988, e conta com um número elevado de Estados contratantes, entre os quais não se conta Portugal. A *compensação* também está, em princípio, excluída, mas é controverso se está abrangida a compensação entre créditos emergentes do mesmo contrato ou de vários contratos regidos pela Convenção<sup>(20)</sup>.

Segundo o melhor entendimento, a *responsabilidade pré-contratual* encontra-se excluída do âmbito de aplicação da Convenção de Viena, não só porque esta não contém qualquer preceito sobre a matéria, mas também porque resulta dos trabalhos preparatórios que prevaleceu a intenção de excluir esta matéria do seu âmbito<sup>(21)</sup>. O art. 7.º/1, que estabelece que na interpretação da Convenção ter-se-á em conta a necessidade de assegurar o respeito da boa fé no comércio internacional, releva apenas para a interpretação e integração da Convenção<sup>(22)</sup>. Não se trata, por conseguinte, de uma lacuna da Convenção que deva ser integrada nos termos do art. 7.º/2 da mesma, mas de uma questão que depende inteiramente do Direito de Conflitos vigente na ordem jurídica do foro, que no caso da ordem jurídica portuguesa está contido no Regulamento Roma II (*infra* IV).

A exclusão do *onus da prova* é controvertida: a doutrina dominante, que encontra apoio na inclusão de uma regra relevante na matéria (art. 79.º/1), entende que as questões de ónus da prova não expressamente reguladas constituem lacunas da Convenção<sup>(23)</sup>.

*A Convenção não regula todos os contratos de venda de mercadorias.*

O art. 2.º exclui do âmbito de aplicação da Convenção em primeiro lugar, as vendas a consumidores. Com efeito, determina-se na sua al. a) que a Convenção não regula a venda de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, em qualquer momento anterior à celebração do contrato ou no momento da sua celebração, não conhecesse nem devesse ter conhecimento que as mesmas tinham sido

---

<sup>(20)</sup> Em sentido afirmativo, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 4, III, 6, e MAGNUS (n. 15) 1781, ss.

<sup>(21)</sup> Cf. *Uncitral Yearbook* 9 (1978) 35 e 66-67; BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milão, 1987, Art. 7, an. 2.4.2; e SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 4, III, 3

<sup>(22)</sup> Cf. ALLAN FARNSWORTH, "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles. Relevant International Conventions and National Laws", *Tul. J. Int. Comp. L.* (1994) 47-63, 55; e SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 8) Art. 7, III, 1 e 2; cp. BIANCA/BONELL/BONELL (n. 21) Art. 7, an. 2.4.1; e ULRICH MAGNUS, "Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht", *RabelsZ.* 59 (1995) 469-494, 480-481.

<sup>(23)</sup> Ver BIANCA/BONELL/BIANCA [(n. 21) Art. 36, an. 3.1; BIANCA/BONELL/SONO [(n. 21) Art. 44, an. 3.1; BIANCA/BONELL/KNAPP (n. 21) Art. 74, an. 2.8; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER [(n. 9) Art. 4, III, 5, dando conta de divergências na integração destas lacunas. Cp. BIANCA/BONELL/KHOON (n. 21) Art. 2, an. 3.2.

adquiridas para um desses usos. Pode dizer-se que a Convenção visa fundamentalmente as relações entre empresários [*business to business*], em que não se faz sentir em primeira linha a necessidade de proteger a parte mais fraca e em que entram em jogo interesses específicos do comércio internacional. Deste modo a Convenção não interfere, em princípio, com os regimes nacionais de proteção do consumidor<sup>(24)</sup>.

São ainda excluídas as vendas de mercadorias em leilão (*b*), em processo executivo (*c*), de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda (*d*), de embarcações, *hovercrafts* e aeronaves (*e*) e de eletricidade (*f*).

Relativamente aos *contratos mistos*, a Convenção determina a sua aplicação aos contratos de fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, a menos que o “comprador” tenha fornecido uma parte substancial dos materiais necessários para o fabrico ou produção (art. 3.º/1). Com efeito, neste segundo caso o contrato aproxima-se mais de uma prestação de serviço ou de um contrato de trabalho<sup>(25)</sup>. A expressão “parte substancial” deve ser entendida no sentido de “parte considerável” e não no de “parte essencial”<sup>(26)</sup>, embora algumas versões linguísticas da Convenção, como é o caso da portuguesa, utilizem esta última expressão.

A Convenção não se aplica aos contratos que combinem elementos da venda e da prestação de serviço ou de trabalho, quando este for o elemento preponderante (art. 3.º/2).

Por exemplo, um contrato para a reparação de uma máquina, em que o custo das peças de substituição é inferior ao da mão-de-obra, está, em princípio, excluído do âmbito de aplicação da Convenção<sup>(27)</sup>.

Estes preceitos podem ser aplicados analogicamente a outros contratos mistos ou *sui generis*<sup>(28)</sup>.

Assim, o regime convencional só será aplicável a um contrato para a realização de uma unidade industrial quando o fornecimento de máquinas e equipamentos for o elemento preponderante. Creio que isto resulta de uma aplicação direta do art. 3.º/2, porquanto perante este preceito tal contrato deve ser qualificado como contrato misto de venda e prestação de serviço<sup>(29)</sup>.

---

(24) Sobre esta exclusão, ver MAGNUS (n. 15) 1772, ss. Para um confronto entre a Convenção e a Diretiva 1999/44/CE Sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas, ver MOURA VICENTE (n. 6 [2001]). Esta diretiva foi substituída pela Diretiva 2019/771/UE Relativa a Certos Aspectos dos Contratos de Compra e Venda de Bens.

(25) Cf. BIANCA/BONELL/KHOO (n. 21) Art. 3, an. 2.1.

(26) Cf. BIANCA/BONELL/KHOO (n. 21) Art. 3, an. 2.2. Cp. MOURA VICENTE (n. 6 [2004]) 275.

(27) Cf. HONNOLD (n. 16) Art. 3, n.º 60.1. Ver ainda SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 3, III.

(28) Ver também HONNOLD (n. 16) Art. 3, n.ºs 60.3, e SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 3, III.

(29) Cf. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, org. por John Hon-

Enfim, a *Convenção exclui a responsabilidade do vendedor pela morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias* (art. 5.º). Isto abrange a responsabilidade do vendedor enquanto fabricante e a responsabilidade do vendedor que mais não é que um intermediário entre o produtor e o comprador. Portanto, mesmo as eventuais pretensões contratuais do comprador relativas à responsabilidade do produtor ficam excluídas do âmbito da *Convenção*, quando se trate de danos pessoais (por exemplo, uma pretensão de indemnização do comprador que foi acionado por um cliente com base em responsabilidade do produtor). A *Convenção* já se aplicará a eventuais pretensões contra o vendedor fundadas em responsabilidade do produtor, pelo menos se tiverem natureza contratual<sup>(30)</sup>, relativas a danos causados a coisas.

## B) Âmbito espacial

A *Convenção* aplica-se aos *contratos de venda de mercadoria celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes e desde que se verifique uma das seguintes hipóteses* (art. 1.º/1)<sup>(31)</sup>:

- estes Estados são Estados contratantes (a);
- as regras de Direito Internacional Privado do Estado do foro conduzem à aplicação da lei de um Estado contratante (b).

O *critério de internacionalidade* relevante é, portanto, o do estabelecimento das partes em Estados diferentes<sup>(32)</sup>.

Além disso, tem de haver uma *conexão com um Estado contratante* que resulta de as partes terem estabelecimento em Estados contratantes ou de o Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro remeter para a ordem jurídica de um Estado contratante<sup>(33)</sup>.

---

nold, Deventer, 1989, 406; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 3, III. Cp. HONNOLD (n. 16) Art. 3, an. 60.3, no sentido de uma aplicação analógica.

<sup>(30)</sup> BIANCA/BONELL/KHOO (n. 21) Art. 5, an. 3.2, e HONNOLD (n. 16) Art. 5, n.º 73, pronunciam-se no sentido da aplicação da *Convenção* quer a pretensão tenha natureza contratual ou extracontratual. Em sentido diferente, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 5, III.

<sup>(31)</sup> A nacionalidade das partes é indiferente. O mesmo se diga do carácter civil ou comercial das partes ou do contrato (art. 1.º/3).

<sup>(32)</sup> É necessário que cada uma das partes tenha conhecimento, no momento da celebração do contrato, que a outra parte tem estabelecimento num Estado diferente (art. 1.º/2). Sobre o relevante conceito de estabelecimento, ver HONNOLD (n. 16) 43; e BIANCA/BONELL/JAYME (n. 21) 30, ss.

<sup>(33)</sup> Se uma das partes tiver mais de um estabelecimento, releva aquele que tiver a relação mais estreita com o contrato e a respetiva execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas das



Se as partes tiverem estabelecimento em Estados contratantes, é irrelevante que as regras de Direito Internacional Privado do Estado do foro conduzam à aplicação da lei de um Estado não contratante.

Se pelo menos uma das partes não tiver estabelecimento num Estado contratante, a Convenção aplica-se se o Direito Internacional Privado do foro remeter para a lei de um Estado contratante. A remissão para a lei de um Estado contratante tanto pode resultar da designação feita pelas partes como de uma conexão supletiva.

A Convenção admite uma *reserva de não aplicação da al. b) do art. 1.º* através de declaração feita no momento de depósito do instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão (art. 95.º). A admissibilidade desta reserva foi criticada na doutrina<sup>(34)</sup>. Portugal não a fez.

Se, perante o Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro, que fez esta reserva, for competente a lei do foro, é indubitável que a Convenção não se aplica. À luz dos trabalhos preparatórios parece ter sido esta hipótese que foi em primeira linha visada com a introdução da reserva. Não se quis obrigar os tribunais de um Estado contratante a aplicar o regime convencional quando pelo menos uma das partes não tem estabelecimento num Estado contratante e for competente a lei do foro<sup>(35)</sup>.

A mesma solução se impõe quando tanto o Estado contratante do foro como o Estado contratante cuja lei é designada pelo Direito Internacional Privado do foro fizeram a reserva.

*O efeito desta reserva já constitui ponto controverso nas hipóteses em que só um destes Estados fez a reserva.*

Vejamos, em primeiro lugar, a hipótese em que o Estado do foro fez a reserva, mas o seu Direito Internacional Privado remete para a ordem jurídica de um Estado contratante que não fez a reserva.

Segundo um entendimento, num Estado que faça esta reserva a Convenção só se aplica caso as partes tenham estabelecimento em Estados contratantes. Se pelo menos uma das partes não tem estabelecimento em Estado contratante, a competência da lei de um Estado contratante não conduz à aplicação da Convenção, porque não se verifica o seu pressuposto espacial de aplicação<sup>(36)</sup>. Isto mesmo que na ordem jurídica compe-

---

partes ou por elas consideradas em qualquer momento anterior à celebração do contrato ou no momento da celebração (art. 10.º/a). Se uma das partes não tiver estabelecimento, atende-se à sua residência habitual (art. 10.º/b).

(34) Ver MICHEL PELICHET, "La vente internationale de marchandises et le conflit de lois", *RCADI* 201 (1987-I) 9-193, 41.

(35) Cf. *Documentary History...* (n. 29) 457-459; PELICHET (n. 34) 43.

(36) Ver BENTO SOARES/MOURA RAMOS (n. 5) 22, ss.

tente a Convenção seja aplicável (porquanto o respetivo Estado não tenha feito a mesma reserva). De acordo com outra opinião, que se afigura dominante, a reserva só exclui a aplicação da Convenção quando tanto o Estado do foro como o Estado cuja lei é competente fizeram a reserva<sup>(37)</sup>.

O entendimento exposto em último lugar parece-me preferível, por duas razões. Por um lado, não se infere dos trabalhos preparatórios uma intenção clara de excluir a aplicação do regime convencional quando o Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro remete para a ordem jurídica de um Estado que não fez a reserva. Por outro lado, entendimento diferente levaria o Estado do foro a aplicar a lei interna da ordem jurídica competente quando, nesta ordem jurídica, é aplicável o regime convencional, o que fomentaria a desarmonia internacional de soluções. É, no entanto, de sublinhar que neste caso o regime convencional é aplicável na ordem jurídica do foro como parte da ordem jurídica competente e não “diretamente”, i.e., por força das normas sobre a esfera espacial de aplicação contidas na Convenção<sup>(38)</sup>.

Suponha-se agora que o Estado do foro, que não fez a reserva, remete para a ordem jurídica de um Estado que fez a reserva. Alguns autores defendem que se deve aplicar a Convenção, uma vez que se verificam os pressupostos de aplicação no espaço da Convenção<sup>(39)</sup>. Mas este raciocínio parece-me demasiado formalista e conduz a uma desarmonia internacional de soluções visto que, na ordem jurídica competente, o regime convencional não é aplicável<sup>(40)</sup>. Bem vistas as coisas, o Estado da ordem jurídica competente que fez a reserva deve ser considerado um Estado não contratante para efeitos do art. 1.º/1/b, visto que, na sua perspetiva, a Convenção não é aplicável ao caso.

*Do ponto de vista de um Estado não contratante*, como era o caso de Portugal e continua a ser o caso dos países africanos lusófonos, a Convenção só se pode aplicar no quadro da ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos vigente na ordem interna. É necessário que este Direito de Conflitos aplique uma ordem jurídica em que vigora a Convenção de Viena e que, na perspetiva desta ordem jurídica, se verifiquem os pressupostos de aplicação no espaço da Convenção<sup>(41)</sup>.

---

(37) Ver BIANCA/BONELLI/EVANS (n. 21) 657; PELICHET (n. 34) 43; HONNOLD (n. 16) 90, ss.; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 1. V.

(38) Ver também LIMA PINHEIRO (n. 2 [2005]) § 52 e bibliografia aí referida.

(39) Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 1, V; e PETRA BUTLER, “Article 1 CISG — The Gateway to the CISG”, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 7/2 (2017) 379-395, 384-385.

(40) Ver BIANCA/BONELLI/EVANS (n. 21) 657 e HONNOLD (n. 16) 93.

(41) Cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) *Introduction to Articles 1-6*, III, 1; BUTLER (n. 39) 385-386.

Neste caso, contrariamente ao que por vezes se supõe<sup>(42)</sup>, a Convenção não é aplicável por força própria nos termos do seu art. 1.º/1/b, mas por força do Direito de Conflitos do Estado do foro. O art. 1.º/1/b só vincula diretamente os tribunais dos Estados contratantes.

Por exemplo, um contrato de venda de mercadoria é celebrado entre uma sociedade estabelecida em França e uma sociedade estabelecida em Portugal antes de 1 de outubro de 2021 (*infra* III. C). As partes designam o Direito francês para reger o contrato. A sociedade “francesa” atua uma pretensão de indemnização por incumprimento do contrato pela parte “portuguesa” junto de tribunais portugueses. Perante o Direito de Conflitos vigente na ordem jurídica portuguesa é competente o Direito francês. Na ordem jurídica francesa vigora a Convenção de Viena e, embora uma das partes tenha estabelecimento num Estado não contratante, o Direito Internacional Privado francês remete para a lei francesa; por conseguinte, do ponto de vista da ordem jurídica francesa, a Convenção de Viena é aplicável ao contrato nos termos do seu art. 1.º/1/b. O tribunal português deve aplicar as regras da Convenção de Viena enquanto regras aplicáveis ao caso na ordem jurídica francesa.

Será admissível que as partes escolham a Convenção de Viena para reger o contrato perante a ordem jurídica de um Estado não contratante ou, mesmo perante a ordem jurídica de um Estado contratante quando não se verifiquem os pressupostos de aplicação no espaço da Convenção?

Esta *referência direta das partes à Convenção de Viena* não pode valer como referência conflitual perante o Direito de Conflitos geral vigente em Portugal e nos países africanos lusófonos, visto que este só admite a referência a um ordenamento estadual ou local (art. 3.º do Regulamento Roma I e, relativamente aos países africanos lusófonos, art. 41.º CC)<sup>(43)</sup>. Nada obsta, em todo o caso, a que as partes incorporem as regras da Convenção como cláusulas contratuais, sem prejuízo das normas imperativas da *lex contractus* (referência material)<sup>(44)</sup>.

Já à face do Direito de Conflitos da arbitragem voluntária nada parece obstar a que as partes remetam para as regras da Convenção independentemente da sua vigência em determinada ordem jurídica estadual

---

<sup>(42)</sup> Ver, por exemplo, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 4.ª ed., Coimbra, 2016, 126 e n. 263.

<sup>(43)</sup> Cp., porém, BENTO SOARES/MOURA RAMOS (n. 5) 34 n. 35, e SOUSA MARQUES, “A transferência do risco na venda marítima”, in *Temas de Direito dos Transportes*, Vol. I, org. por Januário Costa Gomes, 171-292, Coimbra, 2010, 200.

<sup>(44)</sup> Ver também MOURA VICENTE (n. 6 [2004]) 281.

(Direito Transnacional da Arbitragem e art. 52.º/1 LAV portuguesa; art. 41.º/1 LAV cabo-verdiana; arts. 2.º/1 e 19.º LAV guineense; arts. 34.º/1 e 54.º/1 LAV moçambicana; art. 31.º/1 LAV são-tomense; cp. art. 43.º/1 LAV angolana)<sup>(45)</sup>.

Mesmo que, em princípio, se verifiquem os pressupostos de aplicação no espaço da Convenção, *as partes podem excluir a sua aplicação* (art. 6.º). Isto pode resultar, por exemplo, da referência expressa ao Direito *interno* de um determinado Estado ou ao Direito de um Estado não contratante<sup>(46)</sup>. Uma referência a normas internas individualizadas pode constituir o indício de uma vontade tacitamente manifestada de excluir globalmente a aplicação da Convenção, mas é de exigir, para o efeito, que as partes tenham consciência da alternativa entre o regime convencional e o regime interno<sup>(47)</sup>; caso contrário, apenas serão afastadas as normas da Convenção que forem incompatíveis com as normas internas especificamente referidas.

Esta possibilidade de afastamento do regime convencional é frequentemente utilizada pelas partes de contratos de venda internacional a que a Convenção seria, em princípio, aplicável, mas por razões muitas vezes injustificadas<sup>(48)</sup>. À luz das vantagens da aplicação do regime da Convenção que foram assinaladas (*supra* Introdução), este afastamento não é geralmente recomendável.

Do art. 6.º resulta também *o carácter supletivo das regras da Convenção*, com exceção da regra do art. 12.º relativa à forma do contrato.

### C) Âmbito temporal

Nos termos do art. 99.º/2 da Convenção, quando um Estado adere à Convenção depois do depósito do décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão a Convenção entra em vigor para esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de doze meses após a data do depósito do seu instrumento de adesão. Como Portugal depositou o instrumento de adesão em 23 de setembro de 2020, *a Convenção entrou em vigor para Portugal em 1 de outubro de 2021*.

---

(45) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, § 54, e Id. (n. 14) § 77, com mais referências. Ver também BUTLER (n. 39) 390. Neste caso, o regime convencional é aplicado por força do Direito de Conflitos da arbitragem e, por conseguinte, até certo ponto independentemente dos seus pressupostos de aplicação no espaço.

(46) Ver BIANCA/BONELL (n. 21) Art. 6, an. 2.3; ver ainda SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art. 6, II.

(47) Cf. BORTOLOTTI (n. 12) 586.

(48) Ver também MANKOWSKI (n. 4) 262, ss., e RONALD BRAND, “The CISG: Applicable Law and Applicable Forums”, *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper N.º 2019-14*, 1-16.

A Convenção tornou-se aplicável por força própria nos tribunais portugueses a partir de 1 de outubro de 2021, mas há que ter em conta *as regras sobre a aplicação no tempo da Convenção contidas no art. 100.º*.

O regime convencional só é aplicável aos contratos celebrados na ou depois da data da entrada em vigor da Convenção nos Estados em que as partes estão estabelecidas ou no Estado da lei designada pelas regras de Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro (art. 100.º/2). Por conseguinte, *o regime convencional é aplicável por força da Convenção a vendas de mercadorias celebradas por partes estabelecidas em Portugal que caiam dentro do seu âmbito material e espacial de aplicação em duas hipóteses:*

- quando o contrato seja celebrado a partir de 1 de outubro de 2021 e da data em que a Convenção entrou em vigor no Estado contratante da outra parte;
- quando o contrato seja celebrado a partir da data em que a Convenção entrou em vigor no Estado da lei designada pelas regras de Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro.

No entanto, mesmo que o contrato seja celebrado a partir de uma destas datas, o regime convencional só se aplica à formação do contrato se a proposta contratual foi feita na ou depois da data da entrada em vigor da Convenção nos Estados em que as partes estão estabelecidas ou no Estado da lei designada pelas regras de Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro (art. 100.º/1)<sup>(49)</sup>. Por conseguinte, *o regime convencional da formação do contrato será aplicável por força da Convenção a vendas de mercadorias celebradas por partes estabelecidas em Portugal que caiam dentro do seu âmbito material e espacial de aplicação em duas hipóteses:*

- quando a proposta contratual seja feita a partir de 1 de outubro de 2021 e da data em que a Convenção entrou em vigor no Estado contratante da outra parte;
- quando a proposta contratual seja feita a partir da data em que a Convenção entrou em vigor no Estado da lei designada pelas regras de Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro.

O contrato considera-se celebrado nos termos do art. 23.º da Convenção<sup>(50)</sup>, quando o regime convencional for aplicável à formação do con-

---

<sup>(49)</sup> Ver também ÂNGELA BENTO SOARES/MOURA RAMOS (n. 5) 272.

<sup>(50)</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 2 [2005]) § 54.

trato, ou nos termos do Direito designado pelas regras de Direito Internacional Privado, se o regime convencional não for aplicável<sup>(51)</sup>. Por exemplo, para determinar o momento da celebração do contrato quando a proposta foi feita antes de 1 de outubro de 2021 e da data em que a Convenção entrou em vigor no Estado da lei designada pelas regras de Direito Internacional Privado em vigor na ordem jurídica portuguesa os tribunais portugueses devem aplicar esta lei mesmo depois de 1 de outubro de 2021.

#### IV. A Convenção e o Direito Internacional Privado

*A Convenção de Viena unifica o Direito material aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias. A Convenção prevalece sobre o Direito ordinário interno, por ser uma fonte de Direito hierarquicamente superior (art. 8.º/2 da Constituição). Dentro do seu âmbito de aplicação regula materialmente estes contratos sem que, em princípio, os tribunais estaduais tenham de determinar o Direito nacional aplicável.*

Do exposto não decorre, porém, que o Direito Internacional Privado não desempenhe um papel importante relativamente aos contratos abrangidos pela Convenção.

Em primeiro lugar, os tribunais da arbitragem transnacional não são órgãos estaduais e, para além disso, a Convenção não contém qualquer regra sobre a aplicação das suas normas pelos árbitros. Por estas razões, a aplicação da Convenção de Viena pelos árbitros depende exclusivamente das normas sobre a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem, que integram o Direito de Conflitos da Arbitragem (*supra* III.B)<sup>(52)</sup>.

Segundo, a própria determinação do âmbito espacial de aplicação da Convenção por órgãos estaduais, que é feita através de uma norma de conflitos *ad hoc*, constitui matéria do Direito Internacional Privado. De resto, esta norma atende, subsidiariamente, à designação da lei de um Estado contratante pelas regras de Direito Internacional Privado do Estado contratante do foro.

Terceiro, a Convenção não determina a jurisdição competente para decidir os litígios emergentes dos contratos que regula. Esta determinação

---

<sup>(51)</sup> Cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) Art 100,

<sup>(52)</sup> No mesmo sentido, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (n. 9) *Introduction to Articles 1-6*, IV, 1. Em sentido diferente, BUTLER (n. 39) 391, ss.

tem de ser feita com base no Direito da Competência Internacional<sup>(53)</sup> ou, caso haja convenção de arbitragem, com base no Direito da Arbitragem Transnacional.

Quarto, *certos aspetos da venda internacional de mercadorias estão excluídos do âmbito material de aplicação da Convenção (supra III.A)*. Relativamente a estes aspetos, os tribunais estaduais têm de determinar o Direito estadual ou local aplicável com base no Direito de Conflitos. A principal fonte relevante nesta matéria é o Regulamento (CE) n.º 593/2008 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Regulamento Roma I). Mas também entram em jogo outras fontes: o Direito de Conflitos interno relativamente à capacidade negocial e aos efeitos reais do contrato, o Regulamento (CE) n.º 864/2007 Relativo à Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais (Regulamento Roma II) relativamente à responsabilidade pré-contratual e a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação (1978) relativamente à representação voluntária, designadamente<sup>(54)</sup>.

Quinto, o Direito de Conflitos pode ter relevância subsidiária na *interpretação e integração do regime convencional*. As normas de Direito material unificado suscitam, naturalmente, problemas de interpretação. Ressalta do anteriormente exposto que há aspetos dos contratos regulados pela Convenção que estão excluídos do seu domínio material de aplicação. Mas também há questões que não estando excluídas do “plano da unificação” também não são diretamente reguladas por qualquer norma convencional. Por exemplo, o ónus da prova (*supra* § III.A). Deparamos então com lacunas da regulação convencional.

*Os tribunais estaduais e arbitrais devem respeitar a autonomia e a especialidade do Direito material unificado*, e devem esforçar-se por favorecer a uniformidade internacional de interpretação. Só desta forma se respeita o fim visado pelo legislador internacional.

O art. 7.º da Convenção determina que na sua interpretação se terá em conta o seu carácter internacional bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa fé no comércio internacional (n.º 1). Determina também que as questões respeitantes às matérias reguladas pela Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspi-

---

(53) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. III, T. I — *Competência Internacional*, 3.ª ed., Lisboa, 2019, §§ 84 e 88.

(54) Ver LIMA PINHEIRO (n. 14) §§ 55 A, 58 A e 59 D (capacidade); § 62 B (responsabilidade pré-contratual); § 63 D (representação voluntária); e § 69 (efeitos reais), com mais referências.

ram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de Direito Internacional Privado (n.º 2).

Por conseguinte, *a interpretação do regime convencional deve ser autónoma relativamente ao Direito material dos Estados contratantes e obedecer aos critérios de interpretação aplicáveis aos tratados internacionais*<sup>(55)</sup>. Até onde for possível, o conteúdo atribuído a um conceito utilizado numa norma convencional deve ser o mesmo qualquer que seja o órgão estadual de aplicação.

Para o efeito, os tribunais devem ter em conta não só a jurisprudência e a doutrina nacionais, mas também a jurisprudência e a doutrina de outros Estados contratantes. Estão acessíveis na internet bases de dados de jurisprudência sobre a Convenção que podem e devem ser utilizadas pelos tribunais estaduais e arbitrais<sup>(56)</sup>.

Outro contributo para esta interpretação uniforme é dado pelo *CISG Advisory Council*, instituição privada que emite “pareceres” que têm obtido vasto acolhimento internacional<sup>(57)</sup>.

*As lacunas da regulação convencional devem ser preenchidas, em primeira linha, através da aplicação analógica de normas da Convenção e, na falta de analogia, com recurso aos princípios gerais que inspiram o regime convencional.*

É controverso o papel que modelos de regulação internacionalmente reconhecidos como os Princípios UNIDROIT podem desempenhar na interpretação e na integração de lacunas da Convenção de modo uniforme. Parece de admitir que estes modelos de regulação possam ter relevância no quadro dos elementos e critérios de interpretação definidos pelo art. 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Já não é de aceitar que se sobreponham a essas regras interpretativas nem ao disposto no n.º 2 do art. 7.º da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias quanto ao recurso aos princípios gerais que inspiram a Convenção e, na sua falta, à lei aplicável por força das regras de Direito Internacional Privado<sup>(58)</sup>.

De todo o modo, não é possível evitar, em absoluto, que venham a surgir soluções divergentes entre os tribunais de diferentes Estados e, até, a firmar-se jurisprudência em torno a soluções divergentes na interpretação ou na integração da Convenção com base em analogia ou princípios

---

<sup>(55)</sup> Ver art. 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

<sup>(56)</sup> Ver CLOUT em <[uncitral.un.org/en/case\\_law](http://uncitral.un.org/en/case_law)>, Pace-IICL CISG Database em <[cisg.law.pace.edu/](http://cisg.law.pace.edu/)> e <[CISG-Online em cisg-online.org/home](http://CISG-Online.com/cisg-online.org/home)>.

<sup>(57)</sup> Ver <[www.cisgac.com](http://www.cisgac.com)>.



gerais. Quando isto se verifique, não se deverá atender à solução jurisprudencialmente consagrada no ordenamento competente segundo o sistema de Direito de Conflitos?

Creio que se deve distinguir conforme a jurisdição competente for estadual ou arbitral.

Quando for competente a jurisdição estadual, parece que a resposta deve ser afirmativa, i.e., que se deve atender à solução consagrada no ordenamento nacional competente segundo o sistema de Direito de Conflitos<sup>(59)</sup>. Neste sentido pesa o interesse das partes, que se devem poder orientar pelo sistema nacional do Estado que apresenta o laço mais significativo com a situação. É também a posição que favorece mais a harmonia internacional de soluções. Com efeito, se os órgãos de aplicação de cada Estado seguirem a orientação interpretativa ou integrativa dominante na sua ordem jurídica a solução do caso será mais variável, conforme o Estado em que a questão se coloque, do que se atenderem à orientação seguida pela jurisprudência da ordem jurídica competente segundo o sistema de Direito de Conflitos. As razões para seguir esta via são reforçadas nas matérias em que o Direito de Conflitos esteja unificado<sup>(60)</sup>.

Já perante uma jurisdição arbitral só será pertinente atender à orientação de uma particular jurisprudência nacional quando as partes tenham escolhido o respetivo sistema jurídico para reger a situação. Não sendo este o caso, o tribunal arbitral deverá procurar a solução mais apropriada atendendo, designadamente, aos princípios comuns aos sistemas dos Estados conectados com a situação, aos princípios UNIDROIT e à jurisprudência arbitral.

Enfim, a Convenção também não regula *o reconhecimento de decisões judiciais ou arbitrais estrangeiras* sobre litígios emergentes de contratos por ela regulados, função que tem de ser desempenhada por diversas fontes do Direito Internacional Privado<sup>(61)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> Neste sentido, HARRY FLECHNER, “Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG”, in *Festschrift für Ulrich Magnus*, 193-207, Munique, 2014, 196, ss. Em sentido diferente, MAGNUS (n. 22) 491, ss., e PILAR PERALES VISCASILLAS, “Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review* 22 (2017) 4-28, 20, ss.

<sup>(59)</sup> Cf. JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., Tübinga, 2006, 98. Cp. CHRISTIAN VON BAR/MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Munique, 2003, 74.

<sup>(60)</sup> Cf. KROPHOLLER [*loc. cit.*].

<sup>(61)</sup> Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. III, T. II — *Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 2019, §§ 94, 95, 98, 103 e 104.

## V. Considerações finais

A adesão de Portugal à Convenção de Viena constitui um importante progresso da nossa ordem jurídica, há muito esperado.

Esta adesão, a par da adesão do Brasil, pode ser *um catalisador do processo de adesão por parte dos países africanos lusófonos*<sup>(62)</sup>. Na sua globalidade, estas adesões podem trazer significativas vantagens aos operadores do comércio internacional dos países lusófonos, facilitando a sua participação no comércio internacional de mercadorias. Facilitam também a missão dos tribunais locais na decisão de litígios emergentes deste comércio.

*A relevância da Convenção na jurisprudência portuguesa tem sido prejudicada pela tendência para o favorecimento da aplicação do Direito material do foro com respeito aos contratos internacionais*, tendência que em maior ou menor grau é conhecida de outros sistemas jurídicos. Perante a falta de alegação da aplicabilidade do Direito estrangeiro competente pelos advogados das partes, que é frequente com respeito a contratos internacionais, os tribunais limitam-se a recorrer diretamente ao Direito material português. Isto, note-se, apesar de o Direito estrangeiro ser de conhecimento officioso em Portugal (art. 348.º/1 e 2 CC)<sup>(63)</sup>.

Após a entrada em vigor da Convenção na ordem interna portuguesa esta situação será naturalmente alterada. Em todo o caso, deverá evitar-se o erro, por vezes cometido relativamente a outras Convenções de Direito material unificado vigentes na ordem jurídica portuguesa, de recorrer diretamente ao Direito material interno para interpretar ou integrar o regime convencional (*supra* IV).

---

<sup>(62)</sup> Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe não assinaram nem aderiram à Convenção. Não obstante, na ordem jurídica da Guiné-Bissau, enquanto membro da Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios (OHADA), vigora o Ato Uniforme Revisto Relativo ao Direito Comercial Geral, que contém um Livro VIII sobre a venda comercial. Este regime é aplicável às vendas entre comerciantes que tenham os seus estabelecimentos ou sedes sociais no território de um Estado-Membro da OHADA ou quando as regras de Direito Internacional Privado levem à aplicação da lei de um Estado-Membro. O Livro VIII do Ato Uniforme Revisto é inspirado principalmente na Convenção de Viena — ver, relativamente a versão anterior do Ato, PEDRO MÚRIAS, “Perturbações do Contrato e Comércio Internacional: Duas Convenções e uma Distinção”, *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau* 5 (1998) 155-171, 159-160, examinando no artigo algumas diferenças entre o Acto Uniforme e a Convenção de Viena; LUÍS MENEZES LEITÃO, “O regime da compra e venda comercial do Acto Uniforme da OHADA Relativo ao Direito Comercial Geral”, *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau* 6 (2004) 254-265, 256; SALVATORE MANCUSO, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, Coimbra, 2012, 102, ss., que refere também a influência dos códigos civis de matriz francófona.

<sup>(63)</sup> Bem como nos países africanos lusófonos.

Além de passar a constituir uma das fontes de Direito especial (dos contratos de venda internacional de mercadorias) vigente na ordem interna, *a Convenção passará a exercer uma influência mais significativa na interpretação, integração e reforma do regime comum da venda de mercadorias.*

O inegável avanço representado pela adesão de Portugal à Convenção *não significa que os esforços no sentido do desenvolvimento e aperfeiçoamento do regime aplicável à venda internacional de mercadorias devam terminar.* À luz dos limites ao âmbito material da Convenção (*supra* III.A), da evolução tecnológica, das novas formas de contratação e do progresso da ciência jurídica, o regime convencional pode e deve ser melhorado<sup>(64)</sup>. Modelos de regulação como os Princípios UNIDROIT e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos podem auxiliar o legislador internacional nesta tarefa. Mas, como se tem assinalado relativamente a outros instrumentos internacionais que obtiveram um vasto acolhimento internacional, a revisão da Convenção deve ser prudente e deve respeitar os grandes princípios orientadores que a inspiram.

---

(64) Neste sentido, ver, designadamente, MOURA RAMOS (n. 9) 7, ss.



# SOBRE OS PODERES NORMATIVOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DO GOVERNO EM ESTADO DE EXCEÇÃO

*Pelo Prof. Doutor Pedro Fernández Sánchez*

## *SUMÁRIO:*

§ 1.º A estratégia portuguesa de limitação das providências normativas do Governo em estado de excepção. § 2.º A diluição da força normativa das opções constituintes e a criação de uma nova prática de regulação do estado de excepção à margem da Constituição: sequência e selecção de dois exemplos. § 3.º Primeiro exemplo: renúncia de competências presidenciais em favor do Governo: § 3.1. Colocação inicial do problema; § 3.2. Uma primeira objecção: entre o pragmatismo e a realidade constitucional; § 3.3. A hipótese (subsidiária) de permissão da repartição de competências entre Presidente e Governo; § 3.4. Omissão de especificação de direitos fundamentais cujo exercício seria suspenso: o problema do direito de liberdade; § 3.5. *Idem*: um problema autónomo decorrente da distinção entre regras e princípios. § 4.º Segundo exemplo: a utilização de competências de declaração do estado de emergência para a ratificação retroactiva de actos inconstitucionais.

## § 1.º

### **A estratégia portuguesa de limitação das providências normativas do Governo em estado de excepção**

1. Não é desconhecido que, entre os vários ordenamentos que adoptam o modelo de democracia constitucional e que nos são mais próximos, o ordenamento português, estruturado em 1975-1976 e actualizado neste ponto em 1982, não encontra paralelos que o igualem na atribuição de poderes legislativos ordinários a um Executivo que, por essa via, se trans-

muta em verdadeiro *Governo-Legislador*<sup>(1)</sup>. Nem é sequer possível contrariar essa conclusão acenando com as semelhanças com outros modelos da Europa Ocidental que encontram vias alternativas para dotar os respectivos Executivos de poderes normativos. É claro que as exigências interventivas de um Estado pós-social têm obrigado os constituintes em cada sistema a conceber algum tipo de providência normativa que permita ao Executivo exercer amplos poderes de conformação social. Mas, mesmo sob essa perspectiva, a opção portuguesa não encontra paralelo: não está em causa o exercício de poderes legislativos reservados a situações de urgência ou de algum outro modo condicionados a hipóteses constitucionais específicas; nem se perfilha uma estratégia de tipo francês através da qual um órgão não parlamentar, embora admitido a exercer consideráveis poderes normativos, o faça através de actos sob forma regulamentar<sup>(2)</sup>. Pelo contrário, a escolha portuguesa consistiu na convocação do Governo, que também lidera a Administração Pública e exerce a direcção política geral do país nos termos do art. 182.º da Constituição, ao estatuto de órgão legislativo comum, em equiparação com um Parlamento que fica limitado, ele sim, a funções político-legislativas nos termos dos arts. 161.º e seguintes da Constituição<sup>(3)</sup>.

E diga-se que não existe nesse quadro competencial qualquer efeito accidental ou imprevisito pelo constituinte português: tal como se confirmou em anterior investigação sobre as opções conscientemente assumidas pela Assembleia Constituinte já no início do ano de 1976<sup>(4)</sup>, quando se finalizou o desenho do sistema de relações entre órgãos de soberania — num

(1) PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 129-135. Também neste sentido, embora para abordagem muito crítica, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, “A Preponderância do Governo no Exercício da Função Legislativa”, in *Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 50, 2009, p. 99, ss.; *idem*, *Lições de Direito Constitucional*, II, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 251-254; com perspectiva distinta, confirmando também esta “centralidade legiferante do Governo” mas justificando-a à luz das exigências político-constitucionais contemporâneas, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 719-723.

(2) Para este paralelo francês na V República, v. a obra colectiva *Le Domaine de la Loi et du Règlement. L'Application des Articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958 — Bilan et Perspectives*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1978; entre nós, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 55, ss.; CABRAL DE MONCADA, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 697, ss.; JAIME VALLE, *A Participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 198, ss.

(3) PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 2010, I, pp. 229-232; II, pp. 395-399; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, pp. 719-720.

(4) PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença: Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, 2 vols., AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 302, ss. e 342, ss.

momento em que a fase mais dura do processo revolucionário já tinha sido ultrapassada e não era possível alegar que os partidos estariam a ser coagidos a alguma solução radical da qual discordassem —, foi a própria maioria constituinte que concluiu que as amplas modificações a impor às estruturas políticas e sociais herdadas do Estado Novo obrigariam a uma Constituição interventiva<sup>(5)</sup> que só poderia receber efectivação prática mediante legislação aprovada a um ritmo veloz, não se compadecendo com os obstáculos próprios de um processo parlamentar público e dialógico<sup>(6)</sup>.

Portanto, se as forças constituintes maioritárias assumiam um paradoxal consenso com o regime anti-democrático que acabavam de derrubar (apenas) no ponto em que manifestavam o desejo de um sistema “livre dos vícios do parlamentarismo”<sup>(7)</sup>, é claro que o faziam agora, não por conivência com o autoritarismo, mas justamente como método de realização do Estado social de Direito — como “instrumento ineliminável do Estado democrático”<sup>(8)</sup>. A criação de um Governo-Legislador que (pelo menos no plano quantitativo)<sup>(9)</sup> surgiria como principal órgão legislativo do país não podia ser explicada por qualquer inimizade com o debate parlamentar semelhante à revelada pela ditadura anterior, mas como estratégia para a reformulação da ordem social em direcção à realização de uma democracia económica, social e cultural<sup>(10)</sup>, através da racionalidade técnico-política inerente ao funcionamento de um Gabinete<sup>(11)</sup>.

2. Ora, é neste exacto ponto que mais impressiona, pela positiva, o *diferente* cuidado revelado pelo constituinte português na regulação do exercício de poderes normativos por cada órgão de soberania em *situações de excepcionalidade constitucional*. Num notável *contraste* com a regula-

---

(5) Sobre este modelo tão exigente de intervenção social, GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador — Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 462-471; PAULO F. CUNHA, *Geografia Constitucional — Sistemas Juspolíticos e Globalização*, Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 55-56.

(6) Sobre esta justificação material, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, pp. 722-723; PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, II, p. 400, ss.

(7) *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 90, p. 2940.

(8) GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 795.

(9) BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 375-376.

(10) PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, II, pp. 409-412.

(11) MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 415-421.

ção dos poderes normativos comuns, a Constituição Portuguesa mostrou a cautela necessária para rodear o exercício de qualquer intervenção normativa em casos de exceção de um complexo de freios e contrapesos entre três órgãos de soberania<sup>(12)</sup>, impedindo que qualquer deles — mas em especial o Governo-Legislador que em geral protagoniza o centro decisório da vida política nacional — exerça autónoma e unilateralmente a capacidade de regulação de situações jurídicas afectadas pelo estado de exceção.

A mesma Constituição que se distingue das suas vizinhas por estender até um extremo ímpar as competências legislativas do Executivo em normalidade constitucional é também aquela que, nos casos de excepcionalidade que mais podem ameaçar a sobrevivência de bens jurídicos fundamentais, reduz bruscamente essas competências, deixando o Executivo profundamente dependente dos outros dois órgãos de soberania com os quais se terá de inter-relacionar para este efeito. Dir-se-á que, em situações de excepcionalidade constitucional, o *Executivo* surge, agora sim, investido no papel de verdadeiro *executor* de opções normativas prévias que lhe são impostas por órgãos decisores primários.

E se esse perfil executor não surpreenderia numa Constituição que assumisse um modelo de equilíbrio de poderes de pendor tradicional e que confiasse a um órgão parlamentar o essencial dos poderes normativos, é mais chamativo que essa seja a opção de uma Constituição amiga do protagonismo de órgãos de tipo executivo e cujos Autores admitiam desconfiar do parlamentarismo.

3. É razoável pressupor que esta cautela na regulação do estado de exceção seja especialmente devida às lições da História<sup>(13)</sup>. Como em tantos outros pontos, as opções constituintes são um reflexo de uma aprendizagem dos erros de gerações anteriores. E é verdade que a construção do modelo de Estado de Direito em Portugal precisava de corrigir a herança anterior, conformada por soluções constitucionais que, embora atravessando perfis liberais e autoritários, mostraram ter *em comum* uma censurável amputação de garantias constitucionais em situação de exceção. Pode afirmar-se que, neste ponto, as próprias Constituições *liberais* não podiam receber tal qualificação no plano da regulação do estado de exceção.

Para esse efeito, e unicamente sob a perspectiva telegráfica que é compatível com os propósitos do presente texto, bastará recordar que:

---

<sup>(12)</sup> BLANCO DE MORAIS, *O Estado de Excepção*, Cognition, Lisboa, 1984, p. 64.

<sup>(13)</sup> Também com essa inferência à luz da História Portuguesa, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1107.



- i) A Constituição de 1822 foi aquela que promoveu uma regulação mais consentânea com os postulados liberais, limitando as Cortes a dispensar *apenas* as “formalidades” relativas às garantias *criminais substantivas e processuais* (quanto à “prisão dos delinquentes”), quando tal fosse exigido pela “segurança do Estado”, “nos casos de rebelião declarada ou invasão de inimigos” (art. 211.º)<sup>(14)</sup> — o que a mais autorizada doutrina novecentista sublinhou distingui-la como mais “liberal” do que qualquer das suas sucessoras<sup>(15)</sup>;
- ii) Em contraste, a Carta de 1826 iniciou o percurso de compressão do perfil garantístico do estado de exceção, fazendo-o (a) quer no plano competencial, através da autorização conferida ao “Governo” para “exercer esta mesma providência, como medida provisória, e indispensável”, no caso de as Cortes se não encontrarem reunidas (sucendendo que essa ausência se verificava durante nove meses por ano, nos termos do art. 17.º), enquanto não cessasse “a necessidade urgente que a motivou” (art. 145.º, § 34.º)<sup>(16)</sup>, (b) quer sobretudo no plano material, ao substituir o modelo de suspensão limitada das formalidades para “prisão dos delinquentes” por uma *autorização geral* para suspensão “*das formalidades que garantem a liberdade individual*” (mesmo art. 145.º, § 34.º)<sup>(17)</sup>;

---

<sup>(14)</sup> Em concretização do art. 308.º da Constituição de Cádiz, cfr., para discussão pelos constituintes desta necessidade de limitação do “mais terrível de todos os poderes”, *Diario das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, V, n.º 20, pp. 274-275; n.º 22, pp. 296-299; n.º 23, pp. 303-309.

<sup>(15)</sup> LOPES PRAÇA, *Direito Constitucional Portuguez. Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, 3 vols., reed. da Coimbra Editora, Coimbra, 1997, I, pp. 147-149. Para desenvolvimento, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 1998, I, p. 305, ss.

<sup>(16)</sup> Cf. art. 179.º, XXXV, da Constituição brasileira de 1824.

<sup>(17)</sup> Notando este ponto, LOPES PRAÇA, *Direito...*, I, pp. 147 e 149; AFONSO COSTA, *Lições de Organização Judiciária*, Typographia França Amado, Coimbra, 1899, pp. 63-64. A redacção adoptada não parecia permitir a interpretação mais garantística de SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Projectos de Ordenações para o Reino de Portugal*, 3 vols., Casimir, Paris, 1830-1832, II, pp. 97-99; *idem*, *Observações sobre a Constituição do Imperio do Brazil*, e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal, 2.ª ed., Rey et Gravier/J. P. Aillaud, Paris, 1835, pp. 204-205; de MARNOCO E SOUZA, *Direito Politico — Poderes do Estado. Sua Organização segundo a Sciencia Politica e o Direito Constitucional Portugêz*, França Amado, Coimbra, 1910, p. 749; e, mais recentemente, de BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 318, ss., além de ser desmentida pela prática que viabilizou repetidamente a suspensão indeterminada de todas as garantias (admitindo-o, MARNOCO E SOUZA, *op. e loc. cit.*; também neste sentido, MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2006, I, pp. 327-328).

- iii) Essa iniciativa abriu o caminho para que a Constituição de 1838 já não se coibisse de declarar abertamente que (todas) “*as garantias individuais podem ser suspensas por acto do Poder Legislativo*”, desde que se verificassem os pressupostos de “rebelião ou invasão do inimigo” e que o acto suspensivo tivesse um “tempo certo e determinado” (art. 32.º)<sup>(18)</sup>, além de atribuir agora ao Conselho de Ministros o poder de aprovar, em caso de ausência das Cortes, “providências indispensáveis” para responder a necessidades urgentes nas províncias ultramarinas (art. 137.º)<sup>(19)</sup>;
- iv) Como em diversos outros aspectos de supressão de bens jurídicos fundamentais<sup>(20)</sup>, a I República não mitigou, mas antes agravou, a potencialidade lesiva do estado de excepção, fixando um poder genérico de “suspensão total ou parcial das garantias constitucionais” por meio da declaração do estado de sítio “no caso de agressão iminente ou efectiva por forças estrangeiras ou de perturbação interna”, a cargo do Congresso, mas atribuindo também ao executivo a competência para a adopção dessas providências urgentes no caso de o Congresso se não encontrar reunido, ainda que as restringindo, “nas medidas de repressão contra as pessoas, a impor a detenção em lugar não destinado aos réus dos crimes comuns” (art. 26.º, n.º 16)<sup>(21)</sup>;

---

<sup>(18)</sup> Assim se afastando da solução prevista no art. 130.º da Constituição belga de 1831, que noutros pontos confessadamente inspirara os constituintes. Para crítica violenta no comentário publicado após a aprovação da Constituição, denunciando que “até aqui se mostrou a nossa Constituição muito zelosa em garantir os direitos individuais: agora, esquecendo-se da sua mesma obra, em duas palavras destrói quanto bem havia feito”, BASÍLIO DE SOUSA PINTO, *Analyse da Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, s.n., Coimbra, 1838, pp. 88-90.

<sup>(19)</sup> Solução esta que nunca mais foi abandonada em Portugal, sendo logo acolhida pelo art. 15.º do Acto Adicional de 1852 (MARNOCO E SOUZA, *Direito Politico...*, pp. 660-665; *idem*, *Administração Colonial. Prelecções Feitas ao Curso do 4.º Anno Juridico do Anno de 1906-1907*, Typographia França Amado, Coimbra, 1906, pp. 208-215; ROCHA SARAIVA, *Curso de Administração Colonial. Segundo as Prelecções do Ex.º Sr. Dr. Rocha Saraiva ao Curso Juridico de 1913-1914*, Livraria Neves, Coimbra, 1914, pp. 297-298).

<sup>(20)</sup> Para recensão detalhada dos trabalhos constituintes de 1910-1911 que apresentaram a justificação para a sistemática supressão de bens jurídicos fundamentais no tocante a amplas categorias de indivíduos declarados como “inimigos” da República (incluindo a supressão de direitos fundamentais no foro criminal, educativo, eleitoral, religioso e de tutela jurisdicional efectiva), PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...*, I, p. 414, ss. Na prática, foi cultivada a “semente que iria lançar viçosos ramos” para ensinar aos protagonistas da ditadura subsequente as técnicas mais eficientes de “desconstitucionalização e efectiva desvalorização das liberdades” (MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, I, pp. 339, n. 252, e 351).

<sup>(21)</sup> Para tratamento desenvolvido, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 343, ss.

- v) Compreensivelmente, a Constituição autoritária de 1933 limitou-se a seguir essa senda mantendo como efeito da declaração do estado de sítio a suspensão total ou parcial das garantias constitucionais (art. 91.º, n.º 8); não se mostrou problemático que essa competência fosse conferida à Assembleia Nacional, e não ao Executivo que liderava o regime, visto que as soluções que habilitavam a sua actuação em normalidade constitucional permitiam desvalorizar as regras de excepção<sup>(22)</sup>.

4. Foi exactamente em reacção a esta perigosa herança histórica que, apesar de não recriar a criação de um Governo-Legislador em situações de normalidade constitucional, a Constituição de 1976 entendeu sujeitar os procedimentos de aprovação de actos normativos em estado de excepção a apertados travões resultantes de uma coordenação entre três órgãos de soberania<sup>(23)</sup>.

No tocante à versão original da Constituição de 1976, a solução essencialmente decorrente do n.º 4 do art. 10.º e do art. 11.º do Projecto do

---

(22) Com esta advertência quanto à possibilidade de regimes ditatoriais dispensarem frequentemente a necessidade de recurso ao Estado de Excepção, *ibidem*, p. 44. Sabe-se, porém, que, nos anos finais da Ditadura, a Lei n.º 3/71 alargou as competências do Governo para suspensão de garantias constitucionais com dispensa da interposição parlamentar. Por um lado, a nova redacção do § 5.º do art. 109.º atribuiu ao Governo a competência para declaração do estado de sítio “a título provisório”, garantindo-lhe a produção “dos efeitos” que haveriam de ocorrer se houvessem sido decretados pela Assembleia, no caso de esta não estar em funcionamento e não ser possível convocá-la ou reuni-la. Limitou-se esta declaração “provisória” a 90 dias, caso não ocorresse ratificação pela Assembleia, mas diluiu-se também esse limite temporal ao se autorizar a sua continuação se ainda se mantivesse a impossibilidade “absoluta” da sua reunião (para justificação da solução, *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67 [1971], pp. 658-659). Por outro lado, o § 6.º do mesmo artigo criou uma alternativa porventura mais relevante, pois que — concretizando a ideia de escolha entre uma *dualidade* de estados de excepção, consoante a gravidade dos pressupostos que justificam a sua implementação, prevendo o que hoje conhecemos como *estado de emergência* — habilitou o Governo a “adoptar as providências necessárias para reprimir a subversão e prevenir a extensão” de “actos subversivos graves em qualquer parte do território nacional”, quando estas não “justifica[ssem] a declaração do estado de sítio”, dando-lhe o poder de “restrição de liberdades e garantias que se mostrar indispensável”, e fazendo a Assembleia pronunciar-se somente “quando a situação se prolongue” (*ibidem*, p. 659). Mas já antes, em 1959, para fazer face aos problemas de constitucionalidade da Lei n.º 2084, que fixara a “organização nacional em tempo de guerra” (admitindo esta justificação, cfr. o Parecer da Câmara Corporativa, *ibidem*, n.º 93 [1959], p. 471), a Lei n.º 2100 tinha introduzido um art. 177.º-A que habilitou a lei ordinária a disciplinar a actuação dos órgãos constitucionais “em estado de necessidade” por situação de guerra (“livre exercício do Poder ante inimigo externo”), devendo determinar “como hão-de ser substituídos os órgãos da soberania e quais as condições da sua actividade”.

(23) Sustentando mesmo que haveria um excesso de cautela deste regime constitucional que poderia prejudicar a sua efectividade, BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 84.

PPD, e que obtinha também elementos do art. 16.º do Projecto do CDS<sup>(24)</sup>, aperfeiçoada pelo debate final na Assembleia Constituinte<sup>(25)</sup>, apresentou os seguintes traços<sup>(26)</sup>:

- i) A suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias por acto dos poderes constituídos foi sujeita a uma regra de *tipicidade*, que os reduziu à declaração do estado de sítio e do estado de emergência — impondo a *inconstitucionalidade de qualquer suspensão do exercício de qualquer direito, liberdade e garantia que não obedeça ao respeito combinado pelas exigências competenciais, formais e materiais prescritas pela Constituição* (art. 19.º, n.º 1) —, com consequências decisivas para os problemas que se considerarão nas páginas seguintes;

---

<sup>(24)</sup> Completada, no tocante a aspectos competenciais que mereciam o consenso de todos os Projectos iniciais, relativos à conjugação da intervenção do Presidente da República e do Conselho da Revolução (e nalguns casos do Governo), pelos arts. 89.º, n.º 14, 92.º, n.º 7, e 125.º, n.º 1, § 2.º, do Projecto do PPD, pelos arts. 69.º, n.º 16, e 78.º, n.º 11, do Projecto do CDS, pelos arts. 66.º, alínea *i*), e 72.º, alínea *h*), do Projecto do PS, pelos arts. 70.º, alínea *n*), 71.º, n.º 1, e 73.º, alínea *i*), do Projecto do PCP e pelos arts. 55.º, alínea *k*), e 66.º, alínea *k*), do Projecto do MDP/CDE. Como fontes adicionais, têm de ser apontados os antecedentes do art. 59.º-A da Constituição de 1911, introduzido pela Lei n.º 635, de 28 de Setembro de 1916, e da Base XXXI, n.º 3, da Lei n.º 2084, de 16 de Agosto de 1956.

<sup>(25)</sup> Para votação e aprovação por unanimidade do artigo proposto pela 2.ª Comissão, cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 36, pp. 979-980.

<sup>(26)</sup> Sem prejuízo das referências que se farão adiante, apontem-se já, para os desenvolvimentos necessários, também BLANCO DE MORAIS, *O Estado...*, p. 61, ss.; *idem*, *Justiça...*, I, pp. 84-85; *idem*, *Curso...*, I, p. 118, ss.; ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, *O Estado de Sítio e o Estado de Emergência em Democracia*, Vega, Lisboa, 1989, p. 111, ss.; JORGE MIRANDA, “Estado de Sítio e Estado de Emergência”, in *DJAP*, IV, p. 259, ss.; *idem*, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 429, ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 409-414; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 781, ss.; *idem*, “Estados de Sítio e de Emergência”, in BACELAR GOUVEIA/F. PEREIRA COUTINHO (coord.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Juris, Lisboa, 2013, pp. 144-146; *idem*, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 127, ss.; FERNANDO SUORDEM, “Os Estados de Excepção Constitucional — Problemática e Regime Jurídico”, in *Scientia Iuridica*, LXIV, n.ºs 256-258 (1999), p. 245, ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1099, ss.; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª ed., Principia, Cascais, 2012, pp. 142-146; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., 2 vols., 2007-2010, I, pp. 399-405; II, pp. 210-212; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 345, ss.; JAIME VALLE, *O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 437, ss.; GONÇALO BARGADO, “O Estado de Excepção Constitucional — Teoria e Prática”, in *O Direito*, Ano 152.º, II, 2020, p. 265, ss.; CATARINA BOTELHO, “Os Estados de Excepção Constitucional: Estado de Sítio e Estado de Emergência”, in C. GOMES/R. PEDRO (coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 47, ss.

- ii) Impôs-se que a concretização dessas exigências constitucionais fosse fixada por lei parlamentar [na versão original, alínea *d*] do art. 167.º<sup>(27)</sup>;
- iii) No plano material, a verificação de um estado de excepção dependeria da ocorrência de um destes pressupostos de facto que justificariam a sua declaração no todo ou em parte do território nacional<sup>(28)</sup>: agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras; grave ameaça ou perturbação da ordem democrática; calamidade pública [art. 137.º, n.º 1, alínea *c*)];
- iv) No plano competencial, a declaração do estado de excepção seria materializada num decreto aprovado pelo Presidente da República, o qual dependeria, porém, de autorização (e não de mera audição) do Conselho da Revolução e de referenda do Governo [na versão original, arts. 137.º, n.º 1, alínea *c*), 141.º, n.º 1, e 145.º, alínea *c*)], unindo a intervenção necessária das legitimidades democrática e revolucionária em momentos de crise da vida nacional<sup>(29)</sup>;
- v) A declaração conferiria “às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional” (art. 19.º, n.º 5);
- vi) A declaração impediria tanto a dissolução da Assembleia da República, sob pena de inexistência do decreto que o tentasse (na versão original, art. 175.º, n.ºs 2 e 3), quanto a revisão da Constituição (art. 291.º);
- vii) A suspensão do exercício de direitos fundamentais só poderia ter lugar quando a declaração especificasse quais os direitos afectados (art. 19.º, n.º 2);

---

<sup>(27)</sup> Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência — LRESEE, na versão dada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio; para a sua elaboração, *Diário da Assembleia da República*, 1.ª S., n.ºs 77, 78 e 101 (1986), p. 2912, ss., 2968, ss. e 3894, ss.

<sup>(28)</sup> Arts. 8.º e 9.º da LRESEE; v. BLANCO DE MORAIS, *O Estado de Excepção*, p. 61, ss.; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 781, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 127, ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 314-315; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pp. 1100-1103; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional...*, pp. 348-349.

<sup>(29)</sup> Por esse motivo, ficou excluída (melhor: adiada, até à extinção do Conselho da Revolução em 1982) a iniciativa — sugerida minoritariamente, mas até por campos ideológicos opostos — para fazer já intervir a Assembleia da República, sem prejuízo da referida competência exclusiva parlamentar para aprovação da lei concretizadora dos regimes de estado de sítio e de emergência.

- viii) Em continuidade com a solução inscrita no n.º 6 do art. 109.º da Constituição anterior pela Revisão marcelista<sup>(30)</sup>, o estado de sítio e o estado de emergência seriam diferenciados pela gravidade dos seus pressupostos, que justificariam que o segundo apenas pudesse determinar a suspensão parcial dos direitos, liberdades e garantias (art. 19.º, n.º 4)<sup>(31)</sup>;
- ix) Embora pudesse já determinar a suspensão total daqueles direitos, nem mesmo a declaração do estado de sítio autorizaria afetar os direitos à vida e à integridade pessoal (art. 19.º, n.º 3).

5. Este impressionante aparato garantístico seria enriquecido nas Revisões subsequentes — em especial em 1982, em alteração provocada primeiro pela alteração competencial decorrente da extinção do Conselho da Revolução, mas também em 1989 e, em aspectos menores, em 1997. Em resultado desse processo, o quadro regulatório foi alterado para<sup>(32)</sup>:

- i) Integrar a lei concretizadora dos regimes dos estados de excepção na reserva absoluta de competência parlamentar [alínea e) do art. 164.º], inviabilizando a possibilidade inicial de autorização ao Governo (art. 168.º, n.º 1, do texto original)<sup>(33)</sup>, vindo ademais, em 1997, a subordiná-la ao regime procedimental agravado de aprovação de leis orgânicas (art. 166.º, n.º 2)<sup>(34)</sup>;
- ii) Convocar a decisiva intervenção da *proporcionalidade*, que não só serve como critério de escolha de um dos dois estados mas também obriga a declaração a limitar as suas extensão e duração e os meios utilizados “ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da ordem constitucional” (art. 19.º, n.º 4)<sup>(35)</sup>, o que

---

<sup>(30)</sup> A dualidade já estava parcialmente inspirada na Base XXXI da Lei n.º 2084, de 16 de Agosto de 1956, mas sem coincidência quanto à sua tipologia (com uma divisão situada entre os estados de necessidade interno e externo, distinta da acolhida na Revisão de 1971) — cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1100.

<sup>(31)</sup> BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, pp. 681, 685, 706, ss.

<sup>(32)</sup> Além de aspectos menores, como o da precisão de que um dos pressupostos da declaração dos dois estados é o da “perturbação da ordem constitucional democrática” (novo n.º 2 do art. 19.º, transferido do antigo art. 137.º). Para estudo detalhado dos projectos e das soluções finais de cada Revisão Constitucional, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 572, ss.

<sup>(33)</sup> Sobre essa solução “mais democrática e mais parlamentar”, formando um conjunto de reservas em círculos concêntricos sucessivamente menores — trata-se de uma reserva i) total de ii) lei iii) nacional, iv) parlamentar e v) orgânica, cf. BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, pp. 578-579 e 656-662.

<sup>(34)</sup> Desde 1982, a Constituição pressupôs também que caberia a essa lei determinar as condições do emprego das Forças Armadas nos estados de excepção (art. 275.º, n.º 6 [actual n.º 7]).

<sup>(35)</sup> Arts. 3.º a 5.º da LRESEE; v. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 440-441; *idem*, “Artigo 19.º”,

não faz esquecer as limitações implícitas baseadas nas estruturas constitucionais da *universalidade* e da *igualdade* (arts. 12.º e 13.º) e — “até por maioria de razão” — o *carácter geral, abstracto e não retroactivo* da declaração (art. 18.º, n.º 3)<sup>(36)</sup>;

- iii) Fixar um novo *limite temporal* de 15 dias para a sua duração, sem prejuízo de renovações e de limites superiores em caso de guerra (art. 19.º, n.º 5)<sup>(37)</sup>;
- iv) Aumentar o elenco de *direitos insusceptíveis de suspensão*, juntando à vida e à integridade pessoal a identidade pessoal, a capacidade civil, a cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e as liberdades de consciência e de religião (art. 19.º, n.º 6)<sup>(38)</sup>;
- v) No plano *competencial* que mais interessa a este texto, blindar as garantias constitucionais contra os perigos de iniciativas unilaterais de qualquer poder constituído, exigindo-se o exercício de uma *competência tripartida*: as declarações só podem ser emitidas pelo Presidente da República [art. 134.º, alínea *d*)], após audição (não vinculativa) do Governo e autorização da Assembleia da República (art. 138.º, n.º 1)<sup>(39)</sup>, e ainda sujeitas a referenda ministerial (art. 140.º, n.º 1)<sup>(40)</sup>;

---

pp. 411-412; VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 389; *idem*, “O Império da Excepção: a Inevitabilidade do Autoritarismo em Democracia?”, in *RFDUL*, LXI, 1, 2020, pp. 825-826. Louvando especialmente a premonição de BLANCO DE MORAIS (cf. *O Estado de Excepção*, p. 69) quando previu o relevo da proporcionalidade como princípio geral do estado de excepção ainda antes da sua consagração expressa em 1989, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, p. 586; para densificação da utilização desse princípio, *ibidem*, II, p. 825, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 162, ss.

<sup>(36)</sup> JORGE MIRANDA, nas duas últimas *obs. cits.*, respectivamente p. 441 e p. 412.

<sup>(37)</sup> Art. 5.º, n.º 1, da LRESEE.

<sup>(38)</sup> Elenco este que tem de ser acompanhado, tendo em conta a sua natureza própria, pelo direito de resistência (art. 21.º; cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 404) — mais um aspecto que se verá que a prática de 2020-2021 espantosamente ignorou — e, como o art. 6.º da LRESEE bem sublinha, pelo direito de acesso à justiça, o que permite que qualquer lesão de um direito, liberdade ou garantia seja imediatamente justificável (v. *ibidem*; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 442; *idem*, “Artigo 19.º”, p. 412), sem prejuízo, quanto a este último direito, de eventuais adaptações de pormenor na forma do seu exercício (art. 22.º da LRESEE), mas nunca ao ponto de chocar com os limites fixados no n.º 7 do art. 19.º da Constituição. Para o debate na Comissão Eventual para a Revisão de 1982 quanto à selecção dos direitos a serem integrados nesta ampliação do elenco do n.º 6 do art. 19.º, cf. *Diário da Assembleia da República*, 2.ª S., 5.º supl. ao n.º 108 (1981), p. 3332 (117-120).

<sup>(39)</sup> Autorização que tem de ser confirmada pelo Plenário da Assembleia se tiver sido dada pela Comissão Permanente, por não estar aquela reunida nem ser possível a sua reunião imediata (n.os 1 e 2 do art. 138.º da Constituição; arts. 24.º e 25.º da LRESEE).

<sup>(40)</sup> Arts. 10.º a 16.º e 23.º a 27.º da LRESEE; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/

- vi) Ainda nesse plano *competencial*, reforçar as estruturas constitucionais através da limitação do alcance da declaração, sobretudo no ponto em que se veda a sua utilização para afastar as regras constitucionais relativas à *competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo regional* e aos *direitos e imunidades* dos respectivos titulares (art. 19.º, n.º 7)<sup>(41)</sup>.

6. Daqui decorreu um modelo jurídico garantístico que, tomando emprestada uma designação no contexto das tipologias de modelos mais frequentemente divulgadas<sup>(42)</sup>, só se admite poder ser qualificado como *suspensivo*<sup>(43)</sup> na medida em que tal conceito de suspensão seja lido com uma *tripla cautela*<sup>(44)</sup>:

- i) O modelo é regulado por normas constitucionais e é concebido para *defesa* da Constituição — e não de suspensão da Constituição —, sendo destinado ao pronto restabelecimento da sua normalidade<sup>(45)</sup>, mediante exigências de proporcionalidade<sup>(46)</sup>;

---

/2008 (Proc. 572/08); BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, I, pp. 576-577; II, p. 1025, ss. e 1081; *idem*, *Estado...*, p. 225, ss.; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, pp. 84-85; *idem*, *Curso...*, I, pp. 119-124; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, II, pp. 210-211; RAQUEL B. CASTRO, “Direito Constitucional em Tempos de Pandemia: Pode a Constituição Sobreviver a Crises Sanitárias?”, in *RFDUL*, LXI, 1, 2020, p. 657, ss.; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 265, ss. Todos os arestos citados do Tribunal Constitucional podem ser consultados na página <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>>.

(41) BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 950, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 197, ss.

(42) JOHN FERREJOHN/PASQUALE PASQUINO, “The Law of the Exception: a Typology of Emergency Powers”, in *I·CON*, Vol. 2, n.º 2, 2004, p. 216, ss.; BRUCE ACKERMAN, Before the Next Attack, Yale University Press, New Haven / London, 2006, p. 77, ss.; para um extenso panorama comparado, ANNA-BETTINA KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 184 ss.; entre nós, BACELAR GOUVEIA, *Estado...*, p. 111, ss.; NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 7, ss.; MELO ALEXANDRINO, *Conceito e Modelo Constitucional do Estado de Excepção — Apontamentos*, ICJP, Lisboa, 2021, no prelo, pp. 4-6.

(43) NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...”, pp. 20-23; *idem*, “Commentary on Professor Anna-Bettina Kaiser’s talk *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 3, 2020, pp. 32-33; ANA RAQUEL MONIZ, “State of Exception and Covid-19 — Commentary on the Key-Note Speech *The State of Exception under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*”, by Professor Anna-Bettina Kaiser”, *ibidem*, pp. 20-24.

(44) Precisamente com esta advertência, MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, pp. 5-6.

(45) Pode afirmar-se que se procede à constitucionalização de uma “legalidade alternativa” que passa a ser “incorporada”, pela qual o “sistema jurídico-positivo” aceita “digerir” ou “absorver” um Direito que deixa de ser “completamente estranho ao sistema” (PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I/2, Lisboa, 1999, pp. 362-363; MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 2). Por isso, em lugar de ser um “direito fora da Constituição”, o direito de necessidade é já um “direito normativo-constitucionalmente conformado” (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1086), no âmbito de uma verdadeira “jurisdição de excepção” (GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 260).

(46) JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 429, ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, pp. 409-414; BACELAR GOUVEIA,



- ii) Determina a suspensão de garantias inerentes ao exercício dos direitos — e não, também, de suspensão dos próprios direitos<sup>(47)</sup>;
- iii) Afecta certos efeitos das normas de direitos fundamentais e não suspende as próprias normas, que podem continuar a servir de parâmetro para a regulação de comportamentos jurídicos e materiais<sup>(48)</sup>.

7. Esta evolução confirma a advertência inicial, à qual se tem de dar agora a devida ênfase: as cautelas constituintes na regulação do estado de excepção estiveram longe de se limitar à tutela substantiva de bens jurídicos fundamentais, antes incluindo uma *disciplina específica no plano organizatório e competencial*<sup>(49)</sup>.

Com efeito, o legislador constituinte supôs, coerentemente, que os momentos de maior crise na vida do Estado — os únicos suficientemente graves para permitir a *suspensão*, e não a comum restrição, dos direitos de liberdade — teriam de carecer da intervenção combinada dos três órgãos de soberania dotados de competência política para a formação de um acto complexo que inclui normas atípicas da função política<sup>(50)</sup>. Mas o que mais impressiona é a circunstância de uma Constituição que se caracteriza pela “singularidade”<sup>(51)</sup> com que entregou a normalidade constitucional a um Governo-Legislador ter, em contraste, compreendido a necessidade de cercar o Executivo nestes momentos de crise constitucional em que mais forte seria a tentação para a destruição de bens jusfundamentais<sup>(52)</sup>.

Na verdade, do quadro competencial agora descrito resulta que, em benefício de uma “proeminência presidencial”<sup>(53)</sup>, o Governo foi relegado,

*O Estado...*, II, p. 781, ss. e 825, ss.; *idem*, *Estado...*, p. 73, ss.; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, pp. 399-405; VITALINO CANAS, *O Princípio...*, p. 389; *idem*, “O Império...”, pp. 825-826; RAQUEL B. CASTRO, “Direito...”, p. 657, ss.; MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, pp. 1 e 3.

<sup>(47)</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p. 315; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, pp. 58-59.

<sup>(48)</sup> MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais...*, p. 144; *idem*, *Conceito...*, p. 6; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 284.

<sup>(49)</sup> Abrange-se tanto a “Constituição dos direitos” quanto a “Constituição dos poderes” — cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/2021 (a que adiante se dará devida atenção); GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Compreender o Estado de Excepção Constitucional”, in *Julgar*, n.º 44, 2021, p. 150.

<sup>(50)</sup> BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, p. 84; *idem*, *Curso...*, I, pp. 119-120; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1101.

<sup>(51)</sup> MELO ALEXANDRINO, *Lições...*, II, p. 251.

<sup>(52)</sup> Também com esta correcta perspectiva, RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 657, ss.

<sup>(53)</sup> JAIME VALLE, *O Poder...*, pp. 441-442; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, pp. 68-71; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 269.

em casos de excepção, para uma postura meramente consultiva, coadjuvante e executora dos órgãos de soberania com competências decisórias primárias<sup>(54)</sup>. A conformação das normas que suspendem direitos, liberdades e garantias não pode ser concluída sem a audição do Governo; mas essa audição tem um perfil meramente opinativo, já que a Constituição — concretizada no art. 17.º da LRESEE — prefere convocar o Governo para a mera execução de decisões prévias às quais ele se não pode opor.

8. Em suma, se o constituinte considerou necessário acompanhar o regime material do estado de excepção por um pesado regime organizatório, é impressivo que essa disciplina tenha tido um propósito prioritário justamente oposto àquele que presidiu ao regime competencial em normalidade constitucional: a coordenação consociativa entre três diferentes órgãos de soberania, mas reservando sempre ao Governo o papel menos significativo dos três, enquanto executor das opções primárias autorizadas pela Assembleia da República e aprovadas pelo Presidente da República, isto é, enquanto responsável secundário ou derivado pela aplicação da vontade criativa dos órgãos dotados com legitimidade democrática directa. O mesmo Governo-Legislador que ocupa a centralidade de actividade política em normalidade constitucional foi estrategicamente amarrado a este papel secundário no âmbito de um estado de excepção em que os bens jurídicos fundamentais poderiam ser submetidos a maior fragilidade.

Nem seria possível censurar o constituinte português por uma eventual *ingenuidade* na crença de que um gabinete governamental poderia ser limitado a este perfil secundário e dependente das opções de órgãos com perfil mais pesado, porventura esquecendo que ninguém como o Governo estaria dotado de meios ágeis de reacção contra as situações de catástrofe que podem originar a declaração de excepção<sup>(55)</sup>. A verdade é que, como se acaba de ver, se algo caracterizou os Autores da Constituição Portuguesa foi justamente o seu realismo ou pragmatismo, revelado no ponto

---

(54) Órgãos esses entre os quais a Constituição preferiu valorizar o Presidente da República, tendo depois a LRESEE inovado de forma excessiva (sem fundamento constitucional) ao atribuir ao Parlamento, pelo seu art. 16.º, um poder condicionador do próprio conteúdo do decreto presidencial que a Constituição nunca contemplou (sobre este problema, BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, I, pp. 122-123). Em todo o caso, existe um consenso entre a Constituição e a LRESEE quanto à primariedade dos dois órgãos com legitimidade eleitoral directa e quanto à secundarização do Governo como órgão de perfil estritamente executivo.

(55) ERIC POSNER/ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 113, ss.; OREN GROSS, “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?”, in *Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1029-1030.

em que se mostraram dispostos a abdicar do papel mais privilegiado que inicialmente pretendiam dar a um Parlamento democrático — e a expor-se mesmo à acusação de cópia da herança do Estado Novo quanto à centralidade do Gabinete<sup>(56)</sup> —, tudo para o preciso efeito de oferecer meios rápidos de intervenção social ao órgão executivo que poderia legislar com maior destreza. Se os mesmos constituintes estiveram dispostos a pagar o *preço* de condicionar esse órgão executivo na intervenção normativa em situações de excepção, foi porque, conscientemente, julgaram que os perigos que a intervenção de um Governo-Legislador poderia produzir nestes casos de fragilidade do sistema jusfundamental excederiam os benefícios derivados da actuação mais ágil contra ameaças ao regime constitucional. Numa feliz expressão, considerou-se necessário “não poupar instrumentos para impedir que a declaração do estado de excepção constitucional possa ser aproveitada como «parágrafo de ditadura» ou «cláusula de plenos poderes»” em benefício de qualquer órgão constituído<sup>(57)</sup>.

Seja qual for a opinião discordante que os intérpretes posteriores vertam sobre essa solução, ela impõe-se-lhes e deve ser por eles acatada; mas, em qualquer caso, mesmo no plano *de iure condendo*, não parece compreensível que a sua crítica possa ser fundamentada numa suposta *infantidade* de um constituinte crédulo e alegadamente desconhecedor da realidade.

## § 2.º

### **A diluição da força normativa das opções constituintes e a criação de uma nova prática de regulação do estado de excepção à margem da Constituição: seqüência e selecção de dois exemplos**

9. Justamente perante este quadro constitucional marcado pelas ideias-força de *cautela*, *regulação garantística*, *limitação dos poderes normativos do Executivo* e *prioridade à tutela de bens jurídicos fundamentais*, o primeiro episódio do nosso constitucionalismo democrático em que a disciplina do estado de excepção teve de ser convocada veio a reve-

---

<sup>(56)</sup> Para sucessiva crítica na Constituinte, JORGE MIRANDA, *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 118, pp. 3917-3918; e, sobretudo, n.º 128, pp. 4243-4247.

<sup>(57)</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 401.

lar uma surpreendente insensibilidade dos órgãos constituídos para com a generalidade das balizas constitucionais. O modo como foram preparadas, aprovadas e executadas as sucessivas declarações de estado de emergência para reacção e combate à pandemia da COVID-19 apresenta sintomas deveras preocupantes quanto à questão de saber até que ponto a Lei Fundamental é levada a sério nos momentos em que é submetida aos seus maiores testes. E a circunstância de um sector da doutrina, acompanhado pelos Tribunais superiores da jurisdição administrativa e pelo próprio Tribunal Constitucional, encarar com naturalidade a consolidação de uma prática inconstitucional no ordenamento português, julgando que a gravidade dos factos em que se sustentou a declaração do estado de excepção justifica o pagamento do preço da derrogação de normas constitucionais suficientemente claras e precisas, não permite pressagiar a manutenção da efectividade da Constituição perante novos testes a que venha a ser submetida. Os surpreendentes exercícios criativos que esvaziaram o conteúdo de preceitos constitucionais centrais, embora motivados pela razoável intenção de proteger o sistema constitucional em face de limitações que os intérpretes pensaram ser irrealistas e inaplicáveis, desconsideraram que é precisamente em face de ameaças mais graves à segurança da comunidade que as normas do estado de excepção são convocadas. Se a gravidade dessas ameaças fosse uma razão suficiente para diluir o seu conteúdo normativo, então não haveria razão para manter normas como as constantes dos arts. 19.º e 138.º da Constituição, já que em nenhum outro caso elas seriam aplicáveis senão justamente nestes momentos de perigo para a comunidade<sup>(58)</sup>.

Não seria possível abordar num único texto todas as manifestações da prática para-constitucional implementadas desde Março de 2020. Na verdade, um dos aspectos mais surpreendentes dessa prática consiste no facto de ela ter atingido múltiplos campos de natureza formal, competencial e substancial, parecendo existir momentos de verdadeira *desorientação* dos poderes constituídos em que foram feridas praticamente todas as balizas constitucionais que eram aplicáveis ao caso<sup>(59)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> Advertindo bem este problema, REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise — a Propósito da Epidemia COVID-19”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, p. 87, ss.; RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 651, ss.; igualmente quanto a esta necessidade de constitucionalização mais intensa, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1086.

<sup>(59)</sup> Aproveitando uma das críticas mais intensas que foi formulada a este exercício dos órgãos constituídos, identificam-se certos momentos em que o desacerto foi tal que “quase se diria ter havido aí a preocupação de assegurar, para lá de qualquer dúvida razoável, que estas disposições eram mesmo inconstitucionais” (cf. REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 100).

Por isso, só é possível seleccionar aqui *dois exemplos* dessa prática para-constitucional:

- i) A renúncia de competências presidenciais primárias em favor do Governo<sup>(60)</sup>, constitucionalmente projectado como órgão secundário ou aplicativo das normas de excepção mas transformado em órgão normador primário em moldes próximos dos que ocorreriam em casos de normalidade constitucional, sem que, porém, se coibisse de assumir tal papel através de actos próprios da função administrativa;
- ii) A utilização de competências de declaração do estado de emergência para a ratificação retroactiva de normativos inconstitucionais constantes de decreto-lei<sup>(61)</sup>.

### § 3.º

#### **Primeiro exemplo: renúncia de competências presidenciais em favor do Governo**

##### § 3.1. Colocação inicial do problema

**10.** O primeiro problema detectado afecta transversalmente a elaboração, aprovação e execução da generalidade dos Decretos que declararam o estado de emergência. Embora com naturais variações, a estrutura presente desde o (primeiro) Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março, até ao (décimo quinto) Decreto do Presidente da

---

<sup>(60)</sup> Os limites de extensão do texto obrigam à concentração da análise do exercício de competências pelo Governo, abstraindo da situação — não menos inédita, e que implicaria um novo estudo tão extenso quanto este — de criação de um ordenamento jurídico *autónomo* ao abrigo de um *Direito Regional de Excepção*, que tem sido mantido em vigor ressalvados os casos (muito minoritários) submetidos aos Tribunais — cf. TIAGO F. FREITAS, “A Execução do Estado de Emergência e da Situação de Calamidade nas Regiões Autónomas — o Caso da Pandemia COVID-19”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 44, ss.

<sup>(61)</sup> Terá de ser igualmente abordado num escrito posterior uma *terceira* grave manifestação dessa prática para-constitucional — que se mostra mais preocupante por ter sido já acolhido pela jurisprudência constitucional através de pronúncia explícita, e não apenas de adesão implícita, por meio do Acórdão n.º 352/2021 —, consistente na utilização da declaração do estado de emergência para a *modificação das regras de competência dos órgãos de soberania, designadamente em matéria sancionatória*. O sério alcance dessa solução impede a sua consideração em termos compatíveis com a extensão deste texto.

República n.º 41-A/2021, de 14 de Abril, assentou numa estratégia de devolução ao Governo do conteúdo, do alcance e do modo de conformação das regras de suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias. Na prática, incumbiu-se o Executivo de agir como “*legislador de emergência*”<sup>(62)</sup>.

É certo que, nalguns casos, o Presidente da República, como órgão responsável pela declaração do estado de emergência nos termos da alínea *d*) do art. 134.º da Constituição, definiu e delimitou com considerável precisão o teor e o alcance da suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias. Qualquer iniciativa adicional tomada pelo Governo nesse contexto estaria realmente limitada à aplicação ou concretização de opções normativas prévias, no papel de executor derivado das escolhas de um órgão decisor primário.

Foi o que se verificou, por exemplo, no caso do direito à *greve*, que desde o primeiro Decreto foi declarado imediatamente “suspensão”, “na medida em que possa comprometer o funcionamento de infraestruturas críticas ou de unidades de prestação de cuidados de saúde, bem como em sectores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população” [alínea *c*] do art. 4.º do Decreto n.º 14-A/2020]. Mas foi também o que se verificou — de forma inexplicável por ofender um limite consensualmente reconhecido como implícito (devido à sua “natureza instrumental” em face dos direitos expressamente blindados) ao n.º 6 do art. 19.º da Constituição<sup>(63)</sup> — com o caso do mesmo direito de *resistência* [alínea *g*] do art. 4.º<sup>(64)</sup>.

No entanto, tem de reconhecer-se que, quanto à esmagadora maioria das normas autorizadas pela Assembleia da República e aprovadas pelo Presidente da República, estes órgãos decisores primários não chegaram a definir — nem sequer se aproximaram disso — o teor das normas suspensivas do exercício de direitos, liberdades e garantias. Os Decretos que

(62) PEDRO LOMBA, “Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, 2020, p. 33; *idem*, “The Constitutionalized State of Emergency: The Case of Portugal”, in *VerfBlog*, disponível em <<https://verfassungsblog.de/the-constitutionalized-state-of-emergency/>>.

(63) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 404; para desenvolvimento do papel do direito de resistência no estado de excepção, BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 1181, ss.

(64) Iguualmente neste sentido crítico, RÚBEN RAMIÃO, *Lendo a Constituição em Estado de Emergência*, in <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/lendo\\_a\\_constituicao\\_em\\_estado\\_de\\_emergencia\\_3a\\_resposta\\_a\\_jorge\\_reis\\_novais.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/lendo_a_constituicao_em_estado_de_emergencia_3a_resposta_a_jorge_reis_novais.pdf)>, pp. 14-15; suscitando dúvidas semelhantes, RUI LANCEIRO, “Breves Notas sobre a Resposta Normativa Portuguesa à Crise da Covid-19”, in *RFDUL*, LXI, n.º 1, 2020, p. 738. O reconhecimento de que se havia ultrapassado uma linha vermelha explicará a retractação que levou à sua omissão nos Decretos seguintes.

tinham a responsabilidade de *especificar* os direitos, liberdades e garantias cujo exercício ficaria suspenso, nos termos do n.º 5 do art. 19.º da Constituição, realmente nunca o fizeram, visto que apenas continham uma enunciação genérica de direitos que o Governo poderia vir a suspender, se, quando e nos termos em que o considerasse necessário<sup>(65)</sup>.

Entre o número multitudinário de exemplos, basta recordar apenas *dois* dos mais marcantes:

- i) A autorização, consagrada desde a alínea *a*) do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, para serem “impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia”, utilizando-se o “confinamento compulsivo”, o “estabelecimento de cercas sanitárias” ou a “interdição das deslocações” como meros exemplos não taxativos (“*incluindo*”) que não esgotavam o leque de quaisquer medidas ablativas que o Governo qualificasse como “restrições necessárias” e que o Decreto não identificou;
- ii) A autorização, consagrada desde a alínea *b*) do n.º 2 do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, para serem “adoptadas as medidas adequadas e indispensáveis para garantir as condições de normalidade na produção, transporte, distribuição e abastecimento de bens e serviços essenciais à actividade do sector da saúde”, em afectação “parcial” (cf. proémio do art. 4.º) do exercício da liberdade de “iniciativa privada, social e cooperativa”, sem que aqui se identificassem, *nem mesmo a título exemplificativo*, quais as parcelas do direito fundamental que estariam em causa e, em consequência, quais as parcelas que não teriam sido afectadas pela suspensão dita “parcial”.

Em qualquer desses casos, não pode sustentar-se que os Decretos do Presidente da República “*contêm a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso*”. Na verdade, dessas normas nenhuma suspensão resultou, mas apenas a referência à potencialidade de que uma suspensão fosse ulteriormente aprovada pelo Governo. A suspensão ocorreria, e ocorreu, no momento em que o Governo aprovou Decretos

---

<sup>(65)</sup> Poderia afirmar-se que, nestes casos, a “suspensão foi meramente nominal”, promovendo uma “delegação quase total” da competência de suspensão do Presidente (GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, pp. 296 e 298).

de execução — que não correspondem aos actos normativos previstos no n.º 5 do art. 19.º da Constituição — que definiram, esses sim, quais as modalidades de exercício de direitos, liberdades e garantias que foram bloqueadas em cada lapso temporal ou, noutros termos, as alternativas *prima facie* de exercício de direitos fundamentais que deixaram de obter protecção normativa.

### § 3.2. Uma primeira objecção: entre o pragmatismo e a realidade constitucional

11. À luz do conteúdo que conjugadamente se extrai do n.º 5 do art. 19.º e da alínea *d*) do art. 134.º da Constituição, a nossa Lei Fundamental parece indicar que aquela suspensão só poderia ser validamente aprovada por actos do Presidente da República. Sem o cumprimento dessa regra competencial excepcional, mantém-se aplicável a regra geral prevista na primeira parte do n.º 1 do art. 19.º da Lei Fundamental: o exercício dos direitos, liberdades e garantias simplesmente não se encontra suspenso, visto que o órgão de soberania competente não o aprovou pela forma certa<sup>(66)</sup>.

Contudo, a primeira dúvida que se veio a formular contra esta conclusão — a qual, aliás, foi já expressamente suscitada pela nossa jurisprudência constitucional, em virtude de formar um dos pilares argumentativos da pronúncia do Tribunal Constitucional no seu recente Acórdão n.º 352/2021<sup>(67)</sup> — resulta da possível coordenação de competências normativas entre o Presidente da República e o Governo.

Subscrevendo o modelo de um “decreto-quadro” ou “decreto autorizativo”<sup>(68)</sup>, dir-se-ia que o Presidente estaria a prover ao Governo a habilitação suficiente para os actos efectivamente concretizadores da suspensão, visto que, numa adequada *coordenação* entre as competências primárias e

---

<sup>(66)</sup> É feliz a formulação de GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional...*, p. 1106): a Constituição pretendeu adoptar a “máxima *enumeratio ergo limitatio*. Consequentemente, todos os direitos que não foram enumerados na declaração do estado de sítio ficam fora das medidas restritivas de excepção”.

<sup>(67)</sup> Tirado no Proc. 397/2020. Quanto aos demais problemas colocados por este Acórdão, que não podem ser aqui abordados por razões de extensão do texto, remete-se para a sua crítica em PEDRO F. SÁNCHEZ, “A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Excepção: o Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal”, no prelo; igualmente, MARCO CALDEIRA, “A Pandemia e a Jurisprudência: Primeiros Desenvolvimentos”, in *Revista Jurídica*, AAFDL, Lisboa, 2021, no prelo.

<sup>(68)</sup> MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 7.



secundárias de diferentes órgãos de soberania, à luz de uma leitura constitucionalmente adequada do princípio da separação de poderes, o Presidente procederia à delimitação do âmbito máximo de extensão das normas suspensivas; e o Governo, de modo executivo e não inovador, limitar-se-ia a aproveitar ou não, em cada momento, essa habilitação para a suspensão, sem chegar a violar a competência presidencial conjugadamente resultante do n.º 5 do art. 19.º e da alínea *d*) do art. 134.º da Constituição (cf. ponto 11 do Acórdão). Ademais, dir-se-ia que sustentar o contrário envolveria uma desconexão da realidade, desconhecendo a necessidade de prover o Governo, enquanto órgão dotado dos recursos técnicos e científicos para o efeito, com uma suficiente autonomia que o Presidente da República e a Assembleia da República não poderiam consumir.

Esta argumentação de recurso esbarra sucessivamente em *quatro* obstáculos.

**12.** O primeiro deles, embora ainda não decisivo, precisa de colocar no devido lugar esta argumentação de tipo *realista*. Como já se explicou, se existe censura que não pode ser lançada aos constituintes portugueses, essa é a de que eles teriam sido irrealistas na distribuição de competências normativas entre órgãos constitucionais. Repita-se que eles estiveram dispostos a abdicar das suas ambições ideais justamente para tornar mais efectivo o seu programa de reformas da ordem social. Se, apesar de tudo, insistiram em implementar uma divisão mais férrea entre as competências normativas dos órgãos de soberania nos casos de estado de excepção, foi porque julgaram — com a legitimidade que lhes era própria e que não pode ser afrontada pelo intérprete discordante — que os riscos de governamentalização da gestão das emergências constitucionais seriam já um preço excessivo que não poderiam aceitar pagar. Em face dessa opção, a insistência do intérprete em recusar esta secundarização do Governo no âmbito dos estados de sítio e de emergência reside já no domínio da pura discordância política. Mas esse é um domínio que não é próprio do intérprete e aplicador da Constituição.

Aliás, se o intérprete manifestar essa discordância terá um problema muito maior com que se confrontar: como há muito foi explicado entre nós, a opção decorrente do n.º 6 do art. 19.º da Constituição implica que o constituinte prefere que o Estado *pereça*, se necessário for (porque as situações extremas presentes no estado de sítio podem implicar essa hipótese), do que transigir na protecção de bens fundamentalíssimos cuja valia é alçada a uma prioridade superior à própria sobrevivência do Estado. Mesmo que a suspensão do exercício do direito à vida ou à liberdade reli-

giosa seja considerada imprescindível para a preservação da comunidade política, a Constituição dispõe-se a enfrentar as consequências de uma proibição irreductível de afectação desses bens que são verdadeiramente sacralizados para o Estado<sup>(69)</sup>.

Embora esta solução deva ter o aplauso de quem adopta uma concepção *personalista* do Direito e do Estado — que não autoriza o apelo a esquemas formais como pretexto para diluir as exigências normativas de protecção dos direitos mais incindivelmente conexos com a subsistência da dignidade, da autonomia e da autodeterminação de cada ser humano (*Elementarrechte*)<sup>(70)</sup> —, admite-se que o partidário de uma concepção constitucional *asséptica* opine que o legislador constituinte terá incorrido numa nova ingenuidade ao aceitar correr o risco de sacrificar a existência do Estado e da Constituição. Mesmo que assuma essa opinião, ela será apenas isso: uma discordância *de iure condendo* que não pode neutralizar o dever de obediência a uma regra constitucional.

**13.** Mas o segundo obstáculo responde justamente a quem insiste em laborar sob essa perspectiva descrita como *realista*, recordando a superior preparação técnica e de recursos humanos do Governo para responder com agilidade a cada momento da calamidade pública. Sob essa perspectiva, pode sugerir-se que, mais do que permitida, a margem de decisão deixada ao Governo seria inevitável; o Chefe do Estado incumbido de proferir a declaração prevista no n.º 5 do art. 19.º da Constituição deveria construir um mero *enquadramento* a ser concretizado pelo Executivo nos termos do art. 17.º da LRESEE. No dizer do Acórdão n.º 352/2021 do Tribunal Constitucional, o modelo de *organização do poder de emergência* no direito constitucional português” assenta numa “separação tão estrita quanto possível entre o *poder de declaração* e o *poder de execução* do estado de excepção”.

Sucedee que esse argumento descrito como *realista* simplesmente não reproduz a *realidade* que efectivamente se verificou na prática portuguesa. Por isso, não dispondo de enquadramento normativo, tão-pouco obtém sequer enquadramento *fáctico*.

---

<sup>(69)</sup> MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 201 e 334-336; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, pp. 1495-1497.

<sup>(70)</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, s.n., Lisboa, 1988, p. 174; PAULO OTERO, *Legalidade...*, pp. 565-566; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1106; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 1463, ss.

Entende-se, com efeito, que o órgão responsável pelas competências executivas no Direito de Excepção não possa ser desprovido de uma considerável margem de decisão *criativa* na selecção de distintos instrumentos de resposta às necessidades variáveis de recuperação da normalidade constitucional<sup>(71)</sup>. O próprio conceito de *execução*, como já foi sublinhado entre nós, tem de ser lido com cautela<sup>(72)</sup>. De outro modo, tão-pouco se reuniriam as condições suficientes para a adopção dos diversos tipos de “providências” que podem ser pressupostas pelo n.º 8 do art. 19.º da Constituição.

O problema reside no facto de, mesmo para quem atribua às competências de “execução” do Governo um alcance mais criativo, a declaração presidencial não ter realmente procedido a essa *habilitação suficiente* de uma posterior intervenção pelo Governo.

Como resulta dos exemplos acima indicados, a falta de densidade (ou a natureza “nominal”)<sup>(73)</sup> dos Decretos presidenciais na especificação dos âmbitos jusfundamentalmente protegidos objecto da suspensão é flagrante, não sendo possível a qualquer intérprete antever com um mínimo de precisão que tipo de afectações jusfundamentais poderiam ser aprovadas até ao momento em que o Governo realmente as aprovou<sup>(74)</sup>. Até ao momento em que — novamente a título ilustrativo — o Governo concebeu e aprovou as medidas ablativas que potencialmente se teriam tido em vista com a alínea *a*) do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020 e com a alínea *b*) do n.º 2 do art. 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020 (e com as suas sucessoras nos Decretos subsequentes), ninguém poderia extrair dos Decretos presidenciais os contornos sequer aproximados da interferência normativa aprovada. Seria fantasioso

---

(71) GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Compreender...”, p. 143; GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, pp. 289-290; MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 7; LUÍS TERRINHA, *Estado de Excepção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais*, disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=3592726](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3592726)>, pp. 18-19; com mais amplitude quanto a esta selecção de um órgão de perfil simultaneamente político e executivo, E.-W. BÖCKENFORDE, “The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, I, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 129.

(72) MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas — o Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, II, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 45, ss.

(73) GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, p. 296.

(74) Recorde-se que esta exigência constitucional de especificação revela que “não basta a menção de qualquer dos pressupostos das situações de necessidade”, mas “é necessária a apresentação das suas consequências, já verificadas ou previsíveis, no plano da alteração da normalidade constitucional” — JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 438; *idem*, “Artigo 19.º”, p. 410; identicamente, CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, p. 76.

localizar nas alegadas normas presidenciais habilitantes qualquer densidade suficiente para que se atribuísse à declaração prevista no n.º 5 do art. 19.º da Constituição — a única que pode suspender o exercício de direitos de liberdade nos termos do n.º 1, sem a qual se mantém a sua plena eficácia — a verdadeira autoria da suspensão.

Aliás, a sustentação da tese oposta é que esbarraria com os factos e revelaria um desajustamento em face da realidade: só por distração seria possível esquecer que todos os destinatários das normas suspensivas precisavam, quinzenalmente, de aguardar pela publicação do correspondente Decreto de Execução pelo Governo para conhecer quais as regras que realmente regulavam os seus comportamentos diários, sendo praticamente inútil a leitura do Decreto presidencial antecedente para adivinhar essas regras. Nenhuma informação suficiente podia ser extraída do único acto normativo previsto no n.º 5 do art. 19.º da Constituição.

Em suma, podia afirmar-se que o órgão responsável pela “especificação” dos direitos cujo exercício seria objecto de suspensão foi afinal transformado num “órgão que se limita a declarar a emergência, conferindo uma ampla delegação de poderes ao órgão comissarial”<sup>(75)</sup>. E tudo isto sucedeu enquanto a Assembleia da República aceitava uma posição passiva enquanto mera espectadora das decisões governativas, naquilo que poderia ser reconduzido a uma omissão inconstitucional<sup>(76)</sup>.

Neste quadro, a tese de que os Decretos presidenciais teriam procedido a uma *repartição de competências para habilitação de uma intervenção meramente executiva* pelo Governo não poderia sequer ser ponderada pelos destinatários das normas ablativas, assentando numa ficção que não teve qualquer correspondência na realidade constitucional.

Essa circunstância revela o que realmente sucedeu, independentemente da designação mais ou menos realista que se entendesse atribuir à leitura adoptada: tratou-se da simples desobediência à regulação constitu-

---

<sup>(75)</sup> PEDRO LOMBA, “Constituição...”, p. 34.

<sup>(76)</sup> Nestes termos, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito em Tempo de Pandemia*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p. 20, n. 15; em sentido paralelo, LUÍS FÁBRICA, “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência — Aspectos Constitucionais e Administrativos”, in *Revista do Ministério Público*, número especial, 2020, p. 31; de modo não menos incisivo, PEDRO GONÇALVES, “Abdicação Parlamentar na Emergência e Continuação da Abdicação na Calamidade”, in *Observatório Almedina*, disponível em <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>>; igualmente sobre a actuação parlamentar neste período, RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, p. 741; TERESA VIOLANTE/RUI LANCEIRO, “The Response to the COVID-19 Pandemic in Portugal: A Success Story Gone Wrong”, in *VerfBlog*, disponível em <<https://verfassungsblog.de/the-response-to-the-covid-19-pandemic-in-portugal-asuccess-story-gone-wrong/>>, p. 4.

cional do estado de excepção. E a ideia de que o Presidente e o Governo estariam a exercer *conjugadamente* as competências de “especificação” dos direitos fundamentais afectados pela suspensão, provendo o primeiro uma habilitação legitimadora da ulterior concretização dos termos da suspensão pelo segundo, além de nem sequer ter tido adesão na realidade, esbarra com o elementar problema de essa repartição de competências nunca ter sido prevista ou autorizada pela Constituição, ficando ainda barada pelo n.º 7 do seu art. 19.º<sup>(77)</sup>.

É ao Presidente, mediante audição não vinculativa do Governo e autorização vinculativa do Parlamento, que compete aprovar a “declaração” que determina os termos da suspensão<sup>(78)</sup>. Ao Governo incumbe a “execução” dessa declaração, nos termos do art. 17.º da LRESEE. Sem ignorar o perfil flexível que deve ser reconhecido ao próprio conceito de execução, com esta o Governo procede à concretização e atribuição de efectividade à declaração presidencial; não lhe incumbe a definição inovadora ou criativa dos específicos âmbitos jusfundamentalmente protegidos que passam a estar ou deixar de estar afectados pela suspensão.

### § 3.3. A hipótese (subsidiária) de permissão da repartição de competências entre Presidente e Governo

**14.** Mas, em benefício do raciocínio, pode ir-se agora mais além. Num terceiro plano, labore-se agora no pressuposto — embora desprovido de fundamento normativo — de que o n.º 5 do art. 19.º e a alínea *d*) do art. 134.º da Constituição autorizariam uma repartição de competências em cujos termos (*i*) o Presidente se limitaria a aprovar uma habilitação que teria o efeito específico de *permitir a afectação futura (temporária)* dos efeitos de normas de direitos fundamentais, (*ii*) precedendo a aprovação, em acto posterior, por outro órgão constitucional (Executivo), das normas de excepção que efectivamente materializariam essa afectação, cabendo

---

(77) Sem nunca se esquecer a necessidade de interpretação razoável desta disposição sob pena de ficar prejudicada “inclusivamente a própria execução do estado de emergência” (TIAGO FREITAS, “A Execução...”, p. 62), a verdade é que a total falta de densidade das normas do Decreto presidencial não deixa subsistir qualquer via para resgatar a sua conformidade com a barreira do n.º 7 do art. 19.º, mesmo sob uma interpretação particularmente flexível. Sobre o método de conjugação do n.º 7 e do n.º 8 do art. 19.º da Constituição (questão que aqui não se pode desenvolver por limitações de extensão do texto), remete-se para PEDRO F. SÁNCHEZ, “A Modificação...”, no prelo.

(78) BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, I, p. 122; RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 657, ss.; RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, pp. 739-741.

ao segundo acto escolher, em cada momento, quais os efeitos das normas constitucionais que ficariam paralisados.

No fundo, tendo presente que o modelo de excepção da Constituição Portuguesa, sendo especialmente garantístico, apenas se dirige a certos efeitos de protecção da norma que enuncia o direito fundamental, e não à norma em si mesma considerada, ao objecto ou ao conteúdo do direito<sup>(79)</sup>, poderia afirmar-se que o Decreto presidencial a que se refere o n.º 5 do art. 19.º da Constituição teria meramente removido o efeito protector oferecido pela norma de direito fundamental, mas aguardando pela aprovação dos actos governamentais que efectivamente interfeririam com o exercício do direito fundamental então (parcialmente) desprotegido.

**15.** Sucede que a prática adoptada pelos órgãos de soberania portugueses tão-pouco permitiu socorrer-se dessa explicação alternativa para a sua adequação à Constituição. Mesmo sob esta perspectiva, não é possível esquecer que o Decreto presidencial não fez mais do que paralisar — *recitius*, autorizou que fosse paralisada, porque é isso que decorre do texto da maioria dos preceitos dos Decretos — a eficácia (parcial) de normas constitucionais que protegem bens jurídicos fundamentais<sup>(80)</sup>. Até a aprovação da declaração do estado de emergência, certas condutas humanas beneficiavam de protecção jusfundamental por se inscreverem no âmbito da previsão da norma de direito fundamental; o Decreto presidencial autorizou o afastamento dessa protecção jusfundamental.

Mas, obviamente, daí resulta o reconhecimento de que o acto presidencial não procedeu à afectação negativa do direito fundamental: o afastamento da proibição normativa constitucional de o Estado interferir num direito fundamental não equivale a *aprovar a interferência no direito fundamental*<sup>(81)</sup>. Essa interferência resultou de um acto normativo posterior aprovado pelo Governo. Foi esse acto que realmente impediu os beneficiários das normas de direitos fundamentais de praticar condutas que, na sequência de uma primeira permissão pelo Presidente da República, só ficaram proibidas pelos decretos de execução.

Ora, por ser assim, os actos que efectivamente delimitaram as condutas permitidas, impostas ou proibidas careciam de uma credencial jurídico-

---

<sup>(79)</sup> BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, p. 836; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840.

<sup>(80)</sup> LUÍS TERRINHA, *Estado...*, pp. 10-12; PEDRO MONIZ LOPES, “Significado e Alcance da «Suspensão» do Exercício de Direitos Fundamentais na Declaração de Estado de Emergência”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1, pp. 132-133.

<sup>(81)</sup> Exactamente assim, MONIZ LOPES, “Significado...”, pp. 130-133.

-formal específica. Se era o Governo que “definía normativamente o conteúdo, sentido e alcance das restrições que decidia impor”<sup>(82)</sup>, então essa regulação primária e inovadora tinha de ser plasmada em *acto legislativo*. Podendo inclusivamente abstrair-se do alcance mais ou menos exigente ou permissivo a conferir à teoria da essencialidade<sup>(83)</sup>, ninguém discutirá que, se uma afectação negativa de um direito, liberdade e garantia se encontra sujeita a reserva de lei quando se concretize numa *restrição* (n.ºs 2 e 3 do art. 18.º), nada existe no regime suspensivo previsto no art. 19.º da Constituição que afaste essa obrigação jurídico-formal nos casos em que a afectação, mesmo na sequência de uma declaração de excepção, ainda assume uma natureza inovadora em virtude da falta de densidade do decreto suspensivo<sup>(84)</sup>.

16. E é exactamente este o dilema decorrente da *bifurcação* de que não consegue escapar quem nega a inconstitucionalidade do esquema dualista entre os Decretos aprovados pelo Presidente e pelo Governo — não tendo sido possível encontrar até ao momento quem evitasse este problema mesmo no caso de procurar diluir os demais problemas constitucionais detectados.

Com efeito, se fosse possível imputar aos Decretos presidenciais a responsabilidade pela interferência nas posições jurídicas fundamentais (cabendo eventualmente ao Governo a mera concretização de uma afectação cujos traços essenciais já se encontrassem predefinidos), seria aceitável que os actos de execução da declaração do estado de emergência assumissem uma forma não legislativa, não sendo problemático o recurso à forma regulamentar para a simples execução de uma norma inovadora já concluída.

Ao invés, se se supõe que o n.º 5 do art. 19.º da Constituição ainda pode ser cumprido através de uma declaração presidencial que apresenta

---

<sup>(82)</sup> REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 91; PEDRO LOMBA, “Constituição...”, pp. 34 e 39; MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 139.

<sup>(83)</sup> REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 823, ss.; *idem*, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 257, ss.; MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, II, p. 518, ss.

<sup>(84)</sup> Isto sem esquecer o reconhecimento de que pode “a própria suspensão implicar ou envolver a restrição de certos direitos, liberdades e garantias” (MELO ALEXANDRINO, “Devia o Direito à Liberdade do Artigo 27.º da Constituição Ter Sido Suspenso?”, *in Revista do Ministério Público*, número especial, 2020, pp. 89-90); mas, para o raciocínio do texto, basta por agora abstrair dessa circunstância e ter em mente que o problema indicado surge em qualquer situação de afectação negativa de um direito fundamental aprovada por norma jurídica inovadora sem forma legislativa. Para a distinção entre suspensão e restrição, *idem*, *Direitos Fundamentais...*, p. 143, ss.

um conteúdo lacunar e que transfere a responsabilidade pela maioria das afectações jusfundamentais para actos subsequentes — vindo o intérprete sustentar que nada de errado existe em confiar ao Governo a responsabilidade inovadora pela proibição de condutas que o Presidente autorizou proibir, mas que ele próprio não proibiu —, então essas afectações normativas posteriores têm de obter credencial *legislativa*.

17. Porém, num novo episódio de desorientação constitucional — que explica que já se tenha dito acima ser difícil encontrar uma área de intervenção dos órgãos de soberania em que se não tenha incorrido em alguma inconstitucionalidade —, o Governo entendeu aprovar os autointitulados decretos de execução, mas verdadeiramente actos normativos de afectação negativa inovadora de direitos fundamentais, através da forma de *decreto simples*<sup>(85)</sup>.

Nem sequer se podia afirmar que a forma de decreto corresponderia a uma escolha neutra para veicular normas atípicas da função política, que a doutrina correctamente reconhece caracterizar a disciplina dos estados de sítio e de emergência<sup>(86)</sup>. É que também aí o Governo se encarregou de anular essa linha argumentativa por invocar, desde o Decreto n.º 2-A/2020, o fundamento habilitante constante da “*alínea g) do art. 199.º da Constituição*”, assumindo a natureza *regulamentar* da disciplina que aprovou<sup>(87)</sup>.

O problema, como é de ver, é que a proibição temporária de condutas de fruição de bens jurídicos fundamentais, escolhida pelo Governo nos termos por si especificamente determinados, em caso algum poderia ser qualificada como regulamentar — o que nem mesmo os partidários das visões mais permissivas dos Decretos governamentais puderam negar<sup>(88)</sup>.

Daqui decorre (mais) uma inconstitucionalidade inapelável, por violação da *reserva de lei* decorrente dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da Constituição, ainda para quem negasse a violação do n.º 5 do art. 19.º e da alínea *d)* do

---

(85) Sobre esta inexplicável inconstitucionalidade, REIS NOVAIS, “Direitos...”, pp. 115-116; também em sentido crítico, MELO ALEXANDRINO, *Conceito...*, p. 7.

(86) BLANCO DE MORAIS, *Curso...*, I, p. 120.

(87) Sublinhando esse ponto, LUÍS TERRINHA, *Estado...*, pp. 30-31.

(88) Embora essa via não fosse suficiente para afastar a inconstitucionalidade (porque continuaria a estar em causa um acto regulamentar em matéria de reserva de lei), não houve sequer o ensejo de apelar à figura do *decreto regulamentar* nos termos do n.º 6 do art. 112.º da Constituição; pelo contrário, a circunstância de a alínea *b)* do art. 134.º submeter à assinatura do Presidente “os restantes decretos do Governo” foi suficiente para impressionar os órgãos de soberania em causa com a possibilidade de contar com a assinatura presidencial e, com isso, fazer esquecer os problemas que decorriam do recurso à forma de decreto simples.



art. 134.º da Constituição, decorrente da estratégia dualista de suspensão bifásica do exercício de direitos fundamentais pelo Presidente da República e pelo Governo.

**§ 3.4.** Omissão de especificação de direitos fundamentais cujo exercício seria suspenso: o problema do direito de liberdade

**18.** Não fosse isso suficiente, um quarto obstáculo impossibilitaria adicionalmente esta tese. Como é hoje bem conhecido, os primeiros episódios de declaração do estado de emergência revelaram uma surpreendente — e, de novo, absolutamente escusada — obstinação na omissão de especificação de direitos fundamentais que precisariam de ser afectados para combate à pandemia, a começar pelo óbvio caso do direito de liberdade previsto no n.º 1 do art. 27.º da Constituição. Não é, ainda hoje, mesmo por quem considerasse dispensável a especificação expressa da suspensão do exercício do direito de liberdade, explicável o motivo dessa obstinação que, na melhor das hipóteses para os seus defensores, prejudicaria a segurança jurídica e criaria a dúvida sobre a constitucionalidade de medidas incidentes sobre a liberdade individual<sup>(89)</sup>. Daí que se compreenda a verdadeira *retractação* confessada a partir do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, cujo art. 4.º já aderiu a esta necessária especificação da referência ao direito de liberdade.

Em todo o caso, o certo é que, até essa retractação, o Governo não dispunha — fosse sob que perspectiva fosse, e mesmo para quem aderisse à tese da possibilidade de intervenção criativa do Governo com base numa habilitação com densidade mínima através de uma norma presidencial prévia (esquecendo os problemas que já resultariam do recurso à forma regulamentar) — de qualquer apoio constitucional para a suspensão do direito geral de os cidadãos se movimentarem para fora de um espaço físico reduzido.

Tal como foi explicado entre nós<sup>(90)</sup>, para a viabilidade dessa suspensão à luz da “especificação” exigida no n.º 5 do art. 19.º da Constituição

---

<sup>(89)</sup> A única explicação plausível que se sabe ter sido apresentada, decorrente dos perigos que poderiam estar envolvidos na suspensão expressa do exercício do direito à liberdade, assenta num lapso manifesto: por equívoco supôs-se que os n.ºs 2 e 3 do art. 27.º da Constituição estariam exclusivamente associados ao foro penal (NOGUEIRA DE BRITO, *Pensar no Estado da Excepção na sua Exigência*, disponível em <<https://observatorio.almedina.net/>>; MONIZ LOPES, “Significado...”, pp. 151-152), bastando, todavia, verificar o elenco de excepções aí previstas, que incluem as alíneas e) e h) do n.º 3, para desfazer o lapso.

<sup>(90)</sup> REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 92, ss.

não bastaria ao Decreto presidencial habilitante referir-se à suspensão do exercício do direito de “deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional”, protegido pelo art. 44.º da Constituição, sendo imprescindível a especificação do direito previsto no art. 27.º da Constituição, que tem como objecto principal a liberdade física contra os constrangimentos à movimentação sem ser aprisionado ou confinado a um determinado espaço<sup>(91)</sup>.

**19.** Contra esta conclusão, foram especialmente aventadas *três réplicas*. Principiando com as duas primeiras, esta crítica desconsideraria, por um lado, a relação de *implicação lógica* entre as condutas reguladas pelos arts. 26.º, 27.º e 44.º da Constituição, ignorando que o direito a não ser aprisionado ou confinado num certo espaço pressupõe uma liberdade de movimentação pelo território nacional<sup>(92)</sup>. Por outro lado, esta crítica também apagaria a distinção entre os conceitos de *direito fundamental* e *norma de direito fundamental*, despercebendo que cada direito fundamental pode ser o produto de uma norma, de uma parcela de uma norma ou da confluência de uma pluralidade de normas, pelo que o Decreto presidencial que procede à especificação do direito cujo exercício é suspenso não tem de referir-se a todas as normas das quais o direito deflui<sup>(93)</sup>.

Estas duas réplicas, aliás já respondidas<sup>(94)</sup>, não oferecem suficiente explicação para a suspensão da protecção jusfundamental concretamente atribuída, *pela positiva*, ao exercício activo da conduta que consiste na movimentação de ou para um lugar, mas também, *pela negativa*, à proibição de confinamento ou aprisionamento num lugar específico, que não é conhecida nem abrangida pelo programa normativo do art. 44.º da Constituição<sup>(95)</sup>. É essa suspensão que não é permitida sem uma prévia especificação, pela forma exigida no n.º 1 e no n.º 5 do art. 19.º da Constituição<sup>(96)</sup>, de que a declaração do estado de emergência inclui o exercício de um certo âmbito do direito de liberdade previsto no art. 27.º da Constituição.

---

(91) Cf. Acórdãos n.ºs 479/94, 663/98, 471/2001, 71/2010, 181/2010, 54/2012 e 463/2016; JOSÉ LOBO MOUTINHO, “Artigo 27.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, I, p. 638; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 478.

(92) MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 145, ss.

(93) RÚBEN RAMILÃO, *O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross (2.ª Resposta a Jorge Reis Novais)*, ICJP, Lisboa, 2020, disponível em <[http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/direito\\_a\\_liberdade\\_e\\_o\\_estado\\_de\\_emergencia.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/direito_a_liberdade_e_o_estado_de_emergencia.pdf)>; *idem*, *Lendo...*, pp. 5-7.

(94) REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 87, ss.

(95) Sobre este programa, que não abrange, nem mesmo por implicação lógica, esta dimensão negativa, JORGE MIRANDA, “Artigo 44.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, I, pp. 939-941.

(96) CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, p. 76.

Naturalmente, a atribuição de um direito fundamental por uma dada Constituição pode resultar de uma combinação de uma pluralidade mais ou menos ampla de normas jurídicas, vertidas num texto de forma explícita ou até implícita. No entanto, quando de uma norma concreta resulta a delimitação de um âmbito jusfundamentalmente protegido como aquele que deflui do n.º 2 do art. 27.º — privação total ou parcial da liberdade através do confinamento a um reduzido espaço físico —, o bloqueio da produção de efeitos da norma que proíbe essa afectação tem de ser especificado pela declaração prevista no n.º 5 do art. 19.º da Constituição, sob pena de tal exigência de “especificação” deixar de produzir qualquer efeito útil<sup>(97)</sup>. E isso é tanto mais evidente quanto se sabe que o art. 19.º entendeu regulamentar esta figura suspensiva por referência ao direito fundamental *como um todo*, e não a uma parcela de posições jurídicas nele integradas<sup>(98)</sup>, o que força a declaração de excepção a identificar quais são os feixes de direitos fundamentais que se permite deixar sujeitos à afectação negativa.

Nenhuma relação de implicação lógica que pressuponha uma sobreposição parcial com o programa normativo essencial de outro direito fundamental afasta esse dever de especificação formal — tal como o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020 veio a reconhecer, sem que então se verificassem quaisquer dos cenários *ad terrorem* que haviam sido apresentados como justificação possível para a renitência inicial em incluir nos decretos presidenciais a referência ao direito de liberdade.

A diluição da obrigação de especificação de um direito concreto cujo exercício é suspenso traduz-se, pois, num exercício criativo que visa evitar a aplicação de uma consequência (inconstitucionalidade) que se reputa de indesejável.

### § 3.5. *Idem*: um problema autónomo decorrente da distinção entre regras e princípios

**20.** Mas a terceira réplica que se coloca a este obstáculo de inconstitucionalidade é mais séria e tem de ser considerada autonomamente, visto que, se uma parte dos seus proponentes projecta os seus efeitos

---

<sup>(97)</sup> Recorde-se ainda a intenção inerente à já mencionada opção de adopção da “máxima *enumeratio ergo limitatio*”, deixando excluídos da suspensão “todos os direitos que não foram enumerados na declaração” pelo órgão presidencial nomeado pela Constituição para este efeito (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1106).

<sup>(98)</sup> Advertindo este ponto, MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, pp. 145-146, n. 457.

exclusivamente sobre o programa normativo do art. 27.º da Constituição, outros procedem ao seu alargamento em termos que afectam transversalmente a concepção do que é uma Constituição e a garantia da sua força normativa. Na verdade, como se verá, quando adoptada esta última perspectiva transversal, nela se encontra o mais decisivo argumento de fundo que tem estado presente nos esforços de justificação da maioria dos actos inconstitucionais aprovados durante o estado de emergência.

De acordo com esta réplica, a crítica à falta de especificação da suspensão do exercício do direito de liberdade ignora a basilar distinção entre a estrutura das normas-regra e das normas-princípio em que se apoiam os contemporâneos sistemas de direitos fundamentais<sup>(99)</sup>. Segundo esta visão, exigir aquela suspensão especificada como condição necessária para privação da liberdade física de movimentação, sob pena de inconstitucionalidade por violação do art. 27.º da Constituição, equivaleria a ignorar que o n.º 1 desse art. 27.º contém um princípio carente de ponderação, o qual pode ser derrotado se uma outra norma se apresentar com um peso superior no caso concreto que justifique a sua preferência aplicativa. Sendo evidente a relevância que o direito à saúde (e o dever do Estado de a proteger) assume no presente caso, aqui residiria o fundamento principiológico bastante para fazer derrotar o princípio que enuncia o direito à liberdade. Daí a desnecessidade de recurso a um quadro de suspensão de direitos fundamentais como método legitimador daquilo que poderia ser resolvido através de uma comum ponderação entre normas-princípio.

Como se antecipou, os problemas suscitados por este conjunto de réplicas têm de ser correctamente divididos entre (*i*) os que incidem sobre a interpretação específica do art. 27.º da Constituição (o que implica que os efeitos negativos que resultem dessa interpretação têm, apesar de tudo, um escopo mais limitado) e (*ii*) os que assentam numa visão específica da normatividade constitucional que produz danos transversais sobre a efectividade da Constituição.

**21.** Quanto à primeira tese (de âmbito específico) — que se debruça sobre o programa normativo concretamente decorrente do art. 27.º —, ela arranca de um correcto exercício de aferição do conteúdo protegido que inclui a verificação da sua génese histórica e que compreende os

---

<sup>(99)</sup> MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 148, ss.; numa outra perspectiva que parte do afastamento dos critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios mas que, no que aqui releva, adere ao apelo a uma ponderação entre normas conflituantes, RÚBEN RAMIÃO, *Lendo...*, p. 2, ss.

demais elementos objectivos e actualistas de interpretação jurídica<sup>(100)</sup>, em conformidade com a metodologia que o autor destas linhas também tem perfilhado como adequada para a interpretação constitucional. Julga-se, porém, ser detectado um problema na determinação do conteúdo emergente do n.º 2 do art. 27.º da Constituição.

Naturalmente, a distinção entre normas-regra e normas-princípio forma hoje um pilar da interpretação constitucional (e da própria Ciência do Direito), não sendo justificado regressar neste ponto aos esclarecimentos sobre a sua importância para a correcta concretização do sistema de direitos fundamentais. No entanto, ninguém desconhece que o constituinte precisa de potenciar a efectividade de um considerável número de direitos fundamentais como um todo (*als Ganzes*) através da fixação de feixes de direitos que decorrem de um único preceito e que dão origem a pretensões jurídicas individuais<sup>(101)</sup>. Quando recorre a essa técnica, é somente natural que algumas dessas normas apresentem uma maior genericidade<sup>(102)</sup> e careçam de ser enunciadas com uma feição de princípio (aliás, sob pena de serem totalmente irrealizáveis) e que, diferentemente, o constituinte determine a feição de regra para outras. Trata-se de um fenómeno tão comum como aquele que permite distinguir, dentro do direito à vida como um todo, o princípio da inviolabilidade da vida humana e a regra da proibição de pena de morte ou, dentro do direito à integridade pessoal como um todo, o princípio da inviolabilidade da integridade física ou moral e a regra da proibição da tortura (arts. 24.º e 25.º). Como é bom de ver, ninguém se oporia à conclusão de inconstitucionalidade de uma lei instituidora da tortura com fundamento de que o crítico dessa lei teria despercebido que a norma que consagra a inviolabilidade da integridade pessoal é um princípio que pode ser sujeito a ponderação e é susceptível de ser derrotado: existe adicionalmente uma regra que não pode ser ponderada porque o constituinte a fixou justamente com o propósito de excluir tal ponderação.

É este equívoco que parece ressaltar da leitura do art. 27.º. Para quem atribua ao direito à liberdade previsto no seu n.º 1 um alcance expansivo

---

<sup>(100)</sup> Com este exercício metodologicamente irrepreensível, incluindo as origens genéticas e a evolução do art. 27.º da Constituição, MELO ALEXANDRINO, “Devia...”, p. 83, ss.

<sup>(101)</sup> ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, p. 224; REIS NOVAIS, *As Restrições...*, pp. 128-133; SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais: Sumários*, Lisboa, 2002, pp. 130-131; *idem*, *O Direito De Manifestação — Âmbito de Protecção e Restrições*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 50; MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, p. 26.

<sup>(102)</sup> Por todos, MONIZ LOPES, “The Syntax of Principles: Genericity as Logical Distinction between Rules and Principles”, in *Ratio Juris*, 30, n.º 4, 2017, p. 471, ss.; *idem*, *Derrotabilidade...*, I, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 157, ss.

que incorpore uma liberdade geral de acção com o perfil germânico (localizando-a aqui e não no direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no art. 26.º)<sup>(103)</sup>, é indesmentível que a norma aí prevista apresenta uma indeterminação de conteúdo que impõe a sua ponderação para determinação das suas possibilidades fácticas e jurídicas<sup>(104)</sup>. Sem a sua compressão perante normas opostas que apresentem um peso superior no caso concreto, o seu âmbito ideal seria irrealizável.

Todavia, a estrutura inerente ao n.º 2 do mesmo artigo não pode ser-lhe assimilada e obter um tal alcance genérico: a Constituição, ao determinar que “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade”, torna inconfundível para o intérprete, com base no leque de excepções presentes no final desse n.º 2 e no n.º 3 do art. 27.º, que se refere aqui a um direito específico de *movimentação irrestrita entre diferentes espaços físicos e de proibição de confinamento ou aprisionamento* que apenas pode ser afectado nos casos que a própria Constituição identifica.

Com efeito, não se trata, sublinhe-se, da questão de recorrer a uma “especulação metafísica”<sup>(105)</sup> para inferir do leque de excepções previstas na Constituição a conclusão de que o constituinte só pretendia prever essas excepções e não outras. Independentemente do problema envolvido na identificação dessas excepções, a questão aqui discutida é outra: o elenco de excepções efectivamente previstas permite ao intérprete discernir, pelo menos, qual é o âmbito da *regra geral* que seguidamente é excepcionada. Antes de saber se o elenco de excepções será ou não taxativo, importa descobrir primeiro o alcance da norma jurídica que essas excepções visam derrogar. E é desse elenco — decorrente da referência a “pena de prisão ou aplicação judicial de medida de segurança” no n.º 2 e de um numeroso conjunto adicional de excepções no n.º 3 que se referem também, *e sempre*, a um confinamento num determinado espaço físico — que o intérprete obtém os depoimentos suficientes para confirmar que o direito previsto na parte inicial do n.º 2 tem o *conteúdo específico* de protecção contra apri-

---

(103) Para o desenvolvimento desse debate que aqui não pode caber, PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in AA.VV., *Portugal — Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, p. 200, ss.; REIS NOVAIS, *As Restrições...*, pp. 591-593; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, p. 495, ss.; DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 761, ss.; EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os Direitos De Manifestação e de Reunião no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 52, ss.; RUI MEDEIROS/ANTÓNIO CORTÊS, “Artigo 26.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (org.), *Constituição...*, I, p. 611, ss.; SOUSA PINHEIRO/BRITO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL, Lisboa, 1999, p. 111.

(104) GONÇALO BARGADO, “O Estado...”, pp. 303-304.

(105) MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 149.

sionamento ou confinamento num espaço físico específico que impeça a movimentação do titular do direito.

Por ser assim, não é possível identificar no n.º 2 do art. 27.º uma previsão normativa que abranja “todas as situações de qualquer género”<sup>(106)</sup> de uma dada conduta humana — o que, se tivesse ocorrido, teria implicado a *impossibilidade fáctica e jurídica* de atribuição de *protecção efectiva* com uma amplitude equivalente ao *âmbito de protecção ideal* que a Constituição proclamaria *prima facie*, impondo, então sim, a carência de uma ponderação. Pelo contrário, ela traduz uma previsão de condutas específicas, já delimitadas em termos definitivos por um legislador constituinte que preferiu antecipar as ponderações potencialmente emergentes deste direito e predeterminar os casos e termos em que ele seria derrotado.

Também por isso, longe de se estar perante um problema decorrente da difícil aplicação da exigência prevista no n.º 2 do art. 18.º (exigência de previsão constitucional expressa de qualquer restrição a um direito fundamental), aqui se identifica o problema mais específico da fixação de uma norma-regra, aplicável numa lógica de tudo ou nada, para a qual a própria Constituição fixa os critérios excepcionais que permitem a derrota daquela regra geral.

Não obstante a estranheza que isso pode causar em quem observou o recente surgimento de propostas que procuraram resgatar a constitucionalidade das declarações iniciais do estado de emergência, essa representava, até então, a formulação consensual de uma doutrina e uma jurisprudência nacionais que consideravam pacífica a natureza deontológica do n.º 2 do art. 27.º da Constituição e a natureza taxativa do elenco de excepções previstas nesse artigo<sup>(107)</sup>.

Portanto, para este direito concreto integrado no direito de liberdade como um todo, não pode ser mobilizado o apelo a uma ponderação com princípios opostos que derrotem o direito de liberdade — pelo menos não sem uma suspensão especificada que os órgãos de soberania inicialmente julgaram poder dispensar<sup>(108)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> DAVID DUARTE, *A Norma...*, p. 749.

<sup>(107)</sup> Successivamente, abstraindo agora da jurisprudência já citada e referindo apenas exemplos do consenso doutrinário, recordem-se GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, p. 479; REBELO DE SOUSA/MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, p. 113; SOUSA PINHEIRO/BRITO FERNANDES, *Comentário...*, p. 114.

<sup>(108)</sup> Na verdade, o Professor MELO ALEXANDRINO acaba por deixar implícito no seu raciocínio o problema que prejudicaria a viabilização dos decretos governamentais em apreço com fundamento na existência de um princípio susceptível de ponderações quando, no ponto em que equipara “o art. 27.º, n.º 1”, ao “art. 24.º, n.º 1 (que garante o direito à vida)”, ao “art. 25.º, n.º 1 (que garante o direito à inte-

**22.** Contudo, como se tinha advertido, o problema mais sensível para a normatividade constitucional não decorre desta discussão específica sobre a estrutura do art. 27.º da Constituição — sustentada por quem parte de uma perspectiva *metodologicamente correcta* da interpretação constitucional<sup>(109)</sup>, apenas se divergindo aqui quanto à leitura específica de uma dada norma jusfundamental.

O problema resulta, antes, das perspectivas metodológicas que só permitem derrotar os deveres normativos previstos no art. 27.º pela mesma razão que permitiriam a derrota de quaisquer outras normas jurídicas (constitucionais ou não): está em causa o apelo a uma visão transversal das normas jurídicas que as coloca sob a *precariedade* decorrente da contínua subordinação à ponderação de um intérprete que exige receber o poder de rever a decisão normativa aprovada pela autoridade competente e, consequentemente, de recriar a solução aplicável a cada caso concreto.

Sob esta perspectiva que tem agora um alcance transversal, a discussão juridicamente pertinente já não é a de saber se “os constituintes «quiseram» fazer”, em cada preceito que aprovaram, “todas as ponderações” sobre a afectação de um direito fundamental. É que “a questão relevante, aliás, não é sequer se o «quiseram» fazer. É, ao invés, se tinham sequer «possibilidades naturalísticas» para tal. Importa saber se os constituintes, assim mitificados, eram seres omniscientes que, à data de 1976 (e das revisões constitucionais subsequentes) tudo previram (incluindo o Covid-19) e tudo regularam através de hierarquizações abstractas de normas constitucionais conflituantes”<sup>(110)</sup>. Daí a insistência na imprescindibilidade de uma ponderação que pode atingir normas dotadas de qualquer perfil estrutural<sup>(111)</sup>.

**23.** É esta perspectiva que tem de ser devidamente enquadrada sob pena de redundar na diluição da eficácia de qualquer norma jurídica, constitucional ou não. Compreende-se que seria impossível abordar aqui os

---

gridade pessoal)” e ao “art. 26.º, n.º 1 (que, entre outros, garante o direito ao desenvolvimento da personalidade)” afirma certamente que “o art. 27.º, n.º 1, está para cada um desses direitos enunciados em princípios, como o art. 27.º, n.ºs 2 e 3, está para os arts. 24.º, n.º 2, ou 25.º, n.º 2, cuja natureza de normas-regra não é objecto de discussão” (cf. “Devia...”, p. 88 — destaque acrescentado). É precisamente esse o ponto: a estrutura do n.º 2 do art. 27.º, objecto de afectação pelos decretos governamentais, apresenta um perfil deontológico, o que implica o afastamento da ponderação que apelaria a outros bens jusfundamentais como suporte da afectação negativa.

<sup>(109)</sup> MELO ALEXANDRINO, “Devia...”, p. 83, ss.

<sup>(110)</sup> MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 149.

<sup>(111)</sup> RÚBEN RAMIÃO, *Lendo...*, pp. 2-3.



méritos inerentes e as cautelas a adoptar no reconhecimento da característica da *derrotabilidade* das normas jurídicas<sup>(112)</sup>. E também é claro que qualquer norma jurídica tem como traço distintivo a *susceptibilidade* de ser derrotada se outra norma sobre ela prevalecer à luz dos critérios de resolução de antinomias reconhecidos no ordenamento jurídico onde se insere. O que se discute é, porém, quais os tipos de normas que *também* podem ser derrotadas, *independentemente* da verificação de critérios de resolução de antinomias de natureza lógica, hierárquica, cronológica ou de especialidade, em virtude de o intérprete se abalçar para uma ponderação e encontrar uma *razão de peso* que afirma ser prevalecente, invocando essa razão de peso como fundamento para a não aplicação de uma estatuição não obstante a verificação da sua previsão.

É justamente neste ponto que a *vontade normativa* da autoridade competente para decretar a solução aplicável a um universo de casos tem de fornecer o critério para definir as *condições de derrota* de cada norma vigente. Através de uma operação hermenêutica, a responsabilidade do intérprete é a de identificar os elementos comprovativos de que o autor da norma (i) decidiu submetê-la a uma reserva de ponderação para a determinação das suas possibilidades fácticas e jurídicas ou (ii) escolheu, inversamente, excluí-la dessa ponderação e predefinir as condições da sua aplicação, independentemente de qualquer razão de peso contrária que o intérprete entendesse invocar.

Tão-pouco se desconhece que, mesmo neste último caso, não pode ser descartada a hipótese de a autoridade normativa incorrer num *erro* e prever uma norma-regra cujas condições de aplicação são física ou logicamente irrealizáveis. Nem é de excluir, evidentemente, uma interpretação ab-rogante lógica. Porém, essa hipótese não é confundível com os casos em que o intérprete propõe a derrota de uma norma, não porque descobre ser impossível a sua aplicação, mas porque *discorda* das condições da sua aplicação, porventura invocando até argumentos que julga convincentes para a substituição dos efeitos normativos pretendidos pelo legislador, nomeadamente a sua alegada *imprevidência* ou a sua incoerência com certos vectores fundamentais do sistema.

A esta discordância, e à consequente derrota *valorativa e não lógica* de uma norma aprovada pelo legislador, não pode ser atribuída a designação de interpretação jurídica. Trata-se, antes, de um exercício legiferante

---

<sup>(112)</sup> Por todos, para um estimulante desenvolvimento, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, I, p. 213, ss.; *idem*, “Implicazioni derivanti dalla Genericità nella (In)Coerenza e nella (In)Completezza dei Sistemi Giuridici”, in *Diritto & Questione Pubbliche*, XVII, 2017, n.º 1, p. 275, ss.

que representa — numa feliz expressão usada há cerca de 15 anos entre nós — a “expressão da *altivez* do intérprete” que pretendia denunciar a “alegada *soberba* do constituinte”<sup>(113)</sup>.

---

<sup>(113)</sup> Expressão de MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 451-452. Sendo evidente que a discussão sobre qual é o verdadeiro alcance da *derrotabilidade de normas-regra* obrigaria a um desenvolvimento autónomo que se mostra incompatível com a extensão deste texto, importa pelo menos deixar claro, para esclarecimento dos pressupostos dos quais se parte, que não se considera acertada — e, quando estiverem em causa normas constitucionais, menos ainda compatível com uma metódica constitucionalmente adequada — a ideia (com as múltiplas reformulações a que foi sujeita desde a proposta inicial de HART) de que a susceptibilidade de derrota de regras também inclui o resultado de ponderações do intérprete que substituiriam ou reveriam as ponderações já realizadas pela autoridade normativa, não se limitando à resolução dos critérios hierárquicos, lógicos, cronológicos ou de especialidade na resolução de antinomias. Não é suficiente afirmar que as regras se limitam a mostrar uma particular resistência à derrota no contexto de uma ponderação. Isso equivaleria a afirmar que o intérprete ainda se pode considerar autorizado a rever a decisão escolhida pela autoridade normativa, apresentando razões de peso distintas para alcançar a solução que ele não aceitou. É claro que se poderia replicar que a própria exigência de obediência à autoridade normativa deriva de normas que são, elas próprias, princípios sujeitos a ponderação, tais como os princípios da constitucionalidade, da legalidade ou da democracia. Mas, curiosamente, quem propõe essa tese não logra mostrar em que casos e mediante que princípios opostos se justificaria derrotar os próprios princípios da constitucionalidade, da legalidade e da democracia que impõem a obediência às ponderações já fixadas pela autoridade normativa. E não é por acaso que os mesmíssimos exemplos mais clássicos que são apresentados com a intenção de demonstrar a necessidade de revisão e derrota das ponderações expressas em regras são exemplos *aparentes*, porque revelam justamente que as regras em causa teriam sido afastadas através de critérios tradicionais de resolução de antinomias, sendo um equívoco apresentá-las como derrotadas *porque* sujeitas a ponderações com normas-princípio (MONIZ LOPES, “The Syntax...”, p. 471, ss.). Está em causa, por exemplo, o conflito entre duas normas-regra que proíbem parar um veículo junto de uma instalação militar e que proíbem deslocar o veículo com o semáforo vermelho (*ibidem*), tendo o destinatário dessas regras que se depara com um sinal vermelho junto de uma instalação militar que derrotar uma delas, não porque um princípio oposto o imponha, mas porque ambas se enfrentam numa contradição lógica irresolúvel sem o apelo aos princípios que lhes subjazem. O intérprete procede a uma ponderação *porque* as regras incorrem num conflito lógico; a necessidade de recorrer à ponderação é o *efeito* desse conflito e não a *causa* da derrota de uma regra (aliás, sobre o significado dessa contradição lógica que se traduz na impossibilidade fáctica de realizar as condutas prescritas sobre ambas as normas, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, II, p. 312). E está igualmente em causa o conflito entre a regra que proíbe a circulação de veículos num jardim e a o princípio que obriga uma ambulância a irromper no jardim para recolher e, ou, transportar um doente em estado grave. Abstraindo aqui da questão da incerteza de linguagem que originalmente levou HART a propor este exemplo (o que é um problema totalmente distinto daquele que aqui se trata — cf. *The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 128-129), também não é coincidência que quem propõe esse conflito aceite que a sua resolução tem de levar em conta, naturalmente, o superior peso relativo da norma-princípio que consagra os direitos à vida ou à integridade física sobre a norma-princípio que protege o direito ao ambiente (MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...*, II, p. 172). Esse depoimento coloca a nu o verdadeiro significado desse conflito: a regra infra-constitucional (legal ou regulamentar) que proíbe a circulação num jardim é derrotada perante a superior *força hierárquica* de uma ou mais normas constitucionais que se impõem neste conflito. E essas normas-princípio serão ponderadas com a norma que protege o direito ao ambiente porque a regra que proíbe a circulação num jardim se confronta com normas hierarquicamente superiores. Em nenhum dos casos se verifica, pois, a permissão para que o intérprete reveja e repondere a ponderação já realizada por uma autoridade normativa que decretou duas ou mais

24. Tem de reconhecer-se, de forma realista, que uma parcela das soluções doutrinárias e jurisprudenciais que foram apresentadas para resgatar a prática constitucional de 2020-2021 incorre neste perigo que ameaça a força normativa da Constituição. Mesmo quando alega apoiar-se numa metodologia interpretativa que se proporia distinguir a estrutura dos diferentes tipos de normas jurídicas, a leitura oferecida ignora justamente as consequências que decorreriam dessa estrutura e aventura-se a ponderar o mérito ou a razoabilidade de uma solução que, segundo uma dogmática constitucionalmente adequada, deveria ter sido identificada como definitiva e excluída de ponderações à luz da vontade da autoridade legítima para aprovar a norma que se procura derrotar.

Não é possível exagerar o alcance dos efeitos perniciosos que esta solução produz para a degradação da própria credibilidade da Constituição. A razoável intenção de partida, que consistiria na atribuição de uma protecção adequada aos diversos bens jurídicos em jogo, redundaria num efeito colateral de violentação da vontade constituinte.

O problema ainda mais sério resulta, contudo, da falta de percepção da *caixa de Pandora* aberta com este raciocínio. Continuando ainda com o exemplo da derrogação do n.º 2 do art. 27.º da Constituição — mas agora como mero exemplo, já que este raciocínio se repetirá quanto ao problema seguinte que afecta uma tentativa de ratificação retroactiva de normas inconstitucionais também ensaiada em 2020<sup>(114)</sup> —, a fundamentação em que se apoia reside na *imprevisão* ou mesmo no *aventureirismo* que teria de ser imputado ao legislador constituinte que entendeu esgotar as ponderações na norma constitucional e consagrar uma regra definitiva e insusceptível de ponderação adicional pelo intérprete. Na prática, sustenta-se que o intérprete tem de *pressupor* que o constituinte *só pode ter querido* aprovar uma norma carente de ponderação, e não uma norma definitiva — apesar de quaisquer depoimentos que indiquem o contrário, incorrendo-se, agora sim, numa “especulação metafísica”<sup>(115)</sup> —, porque, se assim não

---

normas equiordenadas. Aí se encontram os limites da (obviamente ainda existente) derrotabilidade de normas-regra. Pelo contrário, a metodologia que agora se critica procede à extensão indevida dessa característica das normas jurídicas, alargando-a para usá-la como fundamento para derrotar normas jurídicas em condições que a autoridade que as decretou não permitia que elas fossem derrotadas. E justamente porque o objecto dessa falha metodológica consistiu aqui, especificamente, em normas de estalão constitucional, ela deriva igualmente na subscrição de uma metódica constitucional desadequada, cujos efeitos são visíveis nos resultados alcançados desde o início de 2020, que revelaram uma dramática debilitação da própria credibilidade da Constituição e da sua força normativa.

<sup>(114)</sup> V., *infra*, § 4.º

<sup>(115)</sup> MONIZ LOPES, “Significado...”, p. 149.

fosse, teria de concluir-se que ele não decidiu bem, já que o intérprete acabaria por identificar outras razões de peso pertinentes que obrigariam a derrotar a norma que a autoridade constituinte legítima não aceitaria que fosse derrotada.

Por isso, o intérprete deveria puramente ignorar os indícios normativos daquilo que “os constituintes «quiseram» fazer”, porque tal metodologia só poderia ser empregue por quem acreditasse que os legisladores são “seres omniscientes”; pelo contrário, visto que o intérprete tem de assumir que eles são “pessoas normais e que não previram mais do que o que conseguiam prever”<sup>(116)</sup>, aqueles indícios da vontade normativa não são obstáculo à eleição de novas razões de peso que derrotem a norma aprovada pelo legislador.

**25.** Esta metodologia de revisão substitutiva de normas vigentes não terá considerado o real alcance do seu raciocínio — daí a referência feita à *caixa de Pandora* de derrogação global das normas constitucionais que por ele é aberta. Na realidade, esta linha argumentativa empreendida por quem, bem-intencionadamente, procura salvaguardar bens fundamentais afectados pela actual situação de calamidade pública é rigorosamente adaptável, sem esforço, por quem pretenda a supressão da dignidade pessoal ao serviço de derivas anti-constitucionais.

Não existe qualquer exagero nesta sugestão:

- i) Se o constituinte entendeu proibir a pena de morte porque considerou insuficiente a afirmação do princípio da inviolabilidade da vida humana e entendeu ser decisiva a exclusão daquela proibição de qualquer ponderação adicional (n.º 2 do art. 24.º), pode o intérprete replicar que o constituinte se arvorou em ser mitológico e não anteviu a necessidade de salvaguardar a pena de morte para situações de estado de guerra em que um cidadão traiçoe a Pátria em termos tais que coloque em causa a sua sobrevivência — podendo sossegar-se o intérprete por garantir que essa ponderação apenas terá lugar em casos *excepcionais* e devidamente *limitados* para impedir o seu arbítrio —, devendo supor-se que o constituinte teria autorizado essa excepção se a tivesse imaginado;
- ii) Se o constituinte também entendeu proibir penas com carácter perpétuo (n.º 1 do art. 30.º), pode sugerir-se que apenas o fez

---

<sup>(116)</sup> *Ibidem*.

porque redigiu o preceito num momento em que não poderia suspeitar da dimensão que atingiriam crimes tão degradantes como a pedofilia ou, noutro plano, da ameaça que o terrorismo representaria para as sociedades contemporâneas, então ainda não perceptível; contudo, o intérprete actual, sabendo aquilo que o constituinte não sabia, poderá agora ponderar se ele desejaria ou não ter previsto uma excepção ao n.º 1 do art. 30.º no caso de ter legislado à data de hoje, determinando, em caso positivo, o reconhecimento de uma nova regra excepcional que derrota a regra constitucional num caso que nela não foi previsto, mas sempre com o devido fundamento numa norma principiológica em que a nova excepção se baseia;

- iii)* Num exemplo distinto, se o constituinte julgou que o Chefe do Estado não poderia ser reeleito para um terceiro mandato consecutivo ou que o mandato dos juizes do Tribunal Constitucional não é renovável (n.º 1 do art. 123.º e n.º 3 do art. 222.º), apenas o fez porque laborou tendo em vista o perfil de um cidadão médio e desconsiderando a possibilidade de surgir uma personalidade adequada que, fruto das suas qualidades ímpares, justificaria a consagração de uma norma excepcional que derrotasse aquelas regras gerais; mas o intérprete, tendo presente as novas circunstâncias, pode adequar a ponderação limitada do constituinte não omnisciente à luz dos dados presentes.

Os exemplos multiplicar-se-iam, mas eles foram escolhidos propositadamente para clarificar que os efeitos da permissão desta metodologia recreativa das normas jurídicas abalariam os alicerces do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade democrática a que se referem o n.º 3 e o n.º 2 do art. 3.º da Constituição, porquanto poderiam ser reproduzidos para contestar qualquer norma de qualquer perfil (material, procedimental ou organizatório) constante de qualquer acto (constitucional, legal ou regulamentar). E, sobretudo, destruiriam a utilidade das garantias decorrentes de ponderações predefinidas pelo constituinte também nos próprios casos em que elas visavam proteger bens fundamentalíssimos mais conexos com as facetas pessoais da dignidade humana.

**26.** Nem seria possível objectar que este paralelismo não teria sentido em virtude de consistir numa extrapolação de um raciocínio que foi agora usado, numa situação de calamidade sem precedentes na História mais recente, e que não poderia ser repetível noutros casos. Os fundamen-

tos apresentados para derrotar as ponderações predefinidas pelo constituinte, embora sustentados na preocupação de proteger interesses relevantes para a comunidade, podem ser substituídos por quaisquer outros que um intérprete futuro entenda aproveitar como justificação convincente para derrotar uma opção constituinte prévia.

Nem, por sua vez, se pode escapar do problema por se argumentar que esta crítica estaria a exagerar os perigos de uma tal concepção normativa, desconsiderando que sempre existirão no sistema da Constituição os pontos de apoio suficientes para identificar os limites a uma ponderação não autorizada pelo constituinte, impedindo os resultados *ad terrorem* agora denunciados. Sucede que esses são os exactos limites que tal concepção já destruiu, visto que — aliás num momento de crise constitucional como o actual — acaba de demonstrar a sua disposição para continuar a procurar argumentos para desdizer as balizas normativas vigentes quando delas discorda por considerar equivocadas as ponderações já realizadas pela autoridade normativa. Nos casos em que o constituinte fixa as condições de derrotabilidade de uma norma fundante do sistema, o intérprete encontra-se pronto para asseverar que essas condições não podem ser lidas do modo como se encontram fixadas e precisam de ser recriadas num exercício não sancionado em parte alguma do sistema constitucional.

Se esse exercício é possível num caso, então é possível em todos os demais casos abstractamente equacionáveis na vida constitucional, porque a fronteira passa a residir, não nas ponderações já fechadas pelo constituinte, mas na opinião do intérprete quanto às ponderações que devem ou não encontrar-se encerradas de acordo com a sua própria escala de valores. Visto que o intérprete não dispõe de autoridade normativa, ele não pode impedir que qualquer outro intérprete posterior apresente uma escala opinativa distinta, revendo também as balizas que no presente se alega estarem fechadas à ponderação e colocando em crise qualquer outra norma que discorde do seu próprio sistema ponderativo pessoal, o que pode incluir tanto limites competenciais quanto bens jurídicos fundamentais.

Numa metodologia constitucional adequada, o intérprete não poderia admitir que as ponderações definitivamente previstas pelo constituinte sejam *neutralizadas e revistas por razões materiais* — isto é, sendo a sua derrota admitida logo que as razões de peso invocadas sejam substancialmente relevantes —, devendo entender, ao invés, que elas seriam *vedadas por razões estruturais* — isto é, em razão da estrutura da norma que evidenciou que o constituinte proibiu a ponderação, independentemente da força material das razões de peso invocadas.

Mas no caso em que essa metodologia é recusada e se aceita a revisão da escolha constituinte por motivos materiais que o intérprete escolheu segundo a sua escala pessoal de valores, fica aberta a porta para que futuras razões materiais que se mostrem suficientemente convincentes sejam novamente invocadas para derrotar qualquer outra norma constitucional, seja qual for a sua importância para o ordenamento jurídico. A única barreira eficaz contra essa tentação é a da adopção de uma metodologia que identifique, por via interpretativa, os casos que a legítima autoridade constituinte entendeu submeter a uma reserva de ponderação ou excluir dessa reserva e blindar numa regra definitiva. Qualquer outro exercício abre a porta para a tentação de revisão criativa das normas constitucionais que destrói a sua normatividade<sup>(117)</sup>.

#### § 4.º

### **Segundo exemplo: a utilização de competências de declaração do estado de emergência para a ratificação retroactiva de actos inconstitucionais**

27. Como também se antecipou, este último problema de desrespeito pela estrutura das normas constitucionais e pela efectividade da sua vigência é que subjaz ao segundo exemplo que foi seleccionado para este estudo para ilustrar os problemas de constitucionalidade envolvidos no exercício dos poderes normativos do Governo no contexto do estado de emergência.

Esse problema resulta da opção inscrita desde o art. 7.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, e reiterada nos dois Decretos sub-

---

<sup>(117)</sup> Num claro exemplo, RÚBEN RAMIÃO fez um esforço para relativizar os perigos desta concepção debilitante da normatividade constitucional por esclarecer que não pretendia sustentar “que não existam normas inderrotáveis, porque elas existem”, apresentando como ilustração “a norma que consta do enunciado «em caso algum haverá pena de morte»”, que “é uma norma que não se pode derrotar, a não ser que se substitua a Constituição por outra, uma nova Constituição” (cf. *Lendo...*, p. 4). O problema reside precisamente no facto referido no texto: a argumentação (baseada em argumentos certamente ponderosos) que foi recrutada para neutralizar as ponderações definitivamente previstas pelo constituinte no n.º 5 do art. 19.º, no n.º 2 do art. 27.º ou na alínea *d*) do art. 134.º da Constituição, uma vez admitida por razões materiais — isto é: sendo admitida desde que as razões de peso sejam substancialmente relevantes —, pode passar a ser usada para qualquer outra norma que o intérprete creia ser hoje inderrotável, a qual não resistirá amanhã a novas razões ponderosas que não foram por agora antevistas.

sequentes, segundo os quais “*são ratificadas todas as medidas legislativas e administrativas adoptadas no contexto da presente crise, as quais dependam da declaração do estado de emergência*”.

Não é difícil identificar o alcance desta disposição: no dizer da nossa doutrina, ela procurou assegurar que “todas as medidas restritivas adoptadas anteriormente ou que venham posteriormente a ser adoptadas e que pressupusessem ou pressuponham a declaração do estado de emergência, mas tivessem sido ou sejam aprovadas à sua margem, são «ratificadas»” — numa palavra, atribuindo à declaração de excepção “o poder de sanar, por decreto, inconstitucionalidades ocorridas no passado, no presente ou no futuro”, desde que elas fossem cometidas “no contexto da presente crise”<sup>(118)</sup>.

Uma tal iniciativa mostra-se tão anómala para o contexto de um Estado de Direito que mesmo entre as sensibilidades tendencialmente dispostas a resgatar outras soluções inconstitucionais dos Decretos presidenciais e governamentais foi difícil encontrar quem aceitasse justificar esta inédita ratificação. Uma significativa excepção na nossa doutrina que procurou justificar essa solução apoiou-se na própria natureza do estado de excepção, atendendo aos bens jurídicos que ele visa tutelar — que naturalmente o torna um método de garantia da Constituição e não um fenómeno de ruptura com a Constituição —, que tornaria inevitável a necessidade de permitir a viabilização constitucional de medidas que hajam sido aprovadas com eficácia imediata sem poder aguardar pela declaração de excepção. Adicionalmente, numa ponderação constitucionalmente adequada, em favor da ratificação retroactiva também poderia ser invocada a razão de peso do *princípio da igualdade*, impedindo diferenciações injustificadas entre quem foi lesado antes e depois da declaração de excepção<sup>(119)</sup>.

**28.** O motivo pelo qual se preferiu iniciar este estudo por identificar os problemas atinentes às inconstitucionalidades por violação material de normas de direitos fundamentais é que o tipo de justificações empregues para justificar essas inconstitucionalidades é equivalente ao que é agora usado neste ponto. Os preocupantes efeitos de derrogação da força normativa da Constituição são transversais em qualquer deles. O que está em causa é, em todos os casos, a invocação do *bem comum* que o Direito da

---

<sup>(118)</sup> Formulação crítica de REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 94, n. 15.

<sup>(119)</sup> RÚBEN RAMIÃO, *A Eficácia Retroactiva do Estado de Emergência (Resposta a Jorge Reis Novais)*, ICJP, Lisboa, 2020, in <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a\\_eticacia\\_retroativa\\_do\\_estado\\_de\\_emergencia\\_resposta\\_a\\_jorge\\_reis\\_novais\\_0.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_eticacia_retroativa_do_estado_de_emergencia_resposta_a_jorge_reis_novais_0.pdf)>.



Exceção visaria prosseguir como razão de peso para derrotar regras jurídicas que o constituinte, num caso, considerou inderrotáveis e, noutros casos, definiu que só poderiam ser derrotadas em hipóteses que não incluem a desejada pelo intérprete.

**29.** A primeira norma-regra em causa tem ainda um alcance limitado e insuficiente para responder à questão, mas não deixa de colocar um problema a que a doutrina mais permissiva ainda não respondeu. Sendo ostensiva a preocupação do constituinte pela *limitação temporal* do estado de exceção — fixando-o, como bem se sabe, em 15 dias, nos termos do n.º 5 do art. 19.º —, não foi explicado como atribuir à declaração do estado de emergência uma vigência simultaneamente retrospectiva e prospectiva que, é claro, ultrapassa em absoluto esse limite temporal. Na verdade, ao pressupor que o Decreto de Exceção tem a virtualidade de restaurar a validade e aplicabilidade de normas inconstitucionais previamente aprovadas, esta interpretação tem de assentar na premissa de que o Decreto produziu efeitos na data da aprovação dessas normas, o que implica que a declaração do estado de emergência (que só foi renovada 15 dias depois) vigorou, no mínimo, por cerca de *três semanas* (desde que as primeiras normas restritivas começaram a ser aprovadas)<sup>(120)</sup>.

**30.** Em todo o caso, perante a insuficiência dessa primeira regra (com um alcance formal) para uma resposta dogmaticamente robusta, as duas seguintes normas-regra cuja vigência o intérprete gostaria que não existisse — pelo menos com o alcance que a autoridade constituinte entendeu impor — fundamentam-se no n.º 3 do art. 3.º e no n.º 1 do art. 277.º da Constituição, em cujos termos (i) a *validade dos actos jurídico-públicos depende da sua conformidade com a Constituição*, (ii) sendo essa conformidade apurada tanto com o disposto na Constituição quanto com os princípios nela consignados, sob pena de *inconstitucionalidade*.

Como sempre sucede para a concepção que aqui se critica, apressadamente se dirá que existiria um equívoco na invocação dessas normas constitucionais, visto que a indeterminação com que ela é prevista denunciaria a sua natureza principiológica, sujeitando-a novamente à susceptibilidade de ponderação com outras razões de peso que encontrassem suporte na Constituição — nomeadamente aquelas que o intérprete considerar úteis para derrotar a solução positivada no texto.

---

(120) Quanto a esse problema, VITALINO CANAS, “O Império...”, p. 822.

Trata-se, porém, do mesmo equívoco anteriormente detectado. É evidente que ao enunciado do n.º 3 do art. 3.º da Constituição também subjaz uma norma-princípio de elevada indeterminação — o *princípio da constitucionalidade* —, que encontra múltiplas refracções no ordenamento e que explica, desde logo, o sistema de fiscalização construído nos arts. 277.º e seguintes da Constituição. Pela ambição do seu âmbito normativo ideal, o princípio da constitucionalidade tem de ser sujeito a significativas ponderações que lhe impõem a cedência perante outros princípios constitucionais — o que se detecta, para não ir mais longe, no respeito pela segurança jurídica, pela equidade ou por outros interesses públicos identificados nos n.ºs 3 e 4 do art. 282.º ou no respeito por compromissos internacionais nos termos do n.º 2 do art. 277.º<sup>(121)</sup>.

Contudo, não é (ou não é só) essa norma-princípio que é afectada pela ratificação retroactiva agora proposta. Esta ofende, antes do mais, as *regras* — e não o princípio — que condicionam a *validade* de um acto jurídico-público à sua conformidade com a Constituição. Quando o constituinte entende submeter o princípio da constitucionalidade a uma ponderação que o faz ceder perante outros interesses jurídicos, não coloca em causa esta *regra de validade*; apenas aceita restringir os efeitos que resultariam de uma declaração de inconstitucionalidade, admitindo que actos inconstitucionais vejam os seus efeitos de facto juridificados em atenção à protecção necessária a certos bens suficientemente relevantes. Isso não equivale a transformar em válido aquilo que é inválido e a branquear como conforme com o ordenamento aquilo que este declarou ser desconforme<sup>(122)</sup>.

**31.** Pelo contrário, ao supor que o bem comum inerente ao “*contexto da presente crise*” justifica a ratificação de “*todas as medidas legislativas e administrativas*”, o Direito de Excepção aprovado entre nós pro-

---

<sup>(121)</sup> RUI MEDEIROS, *Os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 546, ss. e 676, ss.; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, 2.ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 209, ss. e 337, ss.

<sup>(122)</sup> A nossa doutrina já há muito esclareceu que o ordenamento, ao salvaguardar certos efeitos de facto produzidos ao abrigo da norma inconstitucional, não se projecta sobre esta mas sim sobre a aparência jurídica que pode ter produzido uma confiança que cumpre proteger: a lei inconstitucional não produz efeitos jurídicos, mas uma mera aparência (*putatividade*) que pode ter de ser salvaguardada; e mesmo no caso de ressalva de casos julgados, nem então é a lei inconstitucional a produzir efeitos, mas sim o ordenamento que decide “salvaguardar juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade” que são distintos do juízo que finalmente identificou a inconstitucionalidade — MIGUEL GALVÃO TELES, “Inconstitucionalidade Pretérita”, in JORGE MIRANDA (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lisboa, 1987, pp. 329-330; JORGE MIRANDA, *Manual...*, VI, 3.ª ed., pp. 106-107; SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 252-253.

fere um comando normativo que expressa uma intenção de produção de um *efeito convalidante* sobre normas jurídicas nascidas inconstitucionais. Admite-se que um universo de normas aprovadas em momento anterior ao Decreto de Exceção terá sido produzido em desconformidade com a Constituição, razão pela qual ficou sujeito à estatuição que determina o seu desvalor nos termos do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º da Lei Fundamental — independentemente de se determinar (em momento logicamente ulterior) se a ponderação envolvendo o princípio da constitucionalidade permitiria ou não a consolidação de alguns dos seus efeitos fácticos. Porém, os referidos Decretos impõem a solução oposta: naquele que já foi apelidado como um “retorno à figura dos *bills de indemnidade*”<sup>(123)</sup>, eles julgam-se constitucionalmente autorizados pelos interesses envolvidos num estado de exceção a emitir um juízo retroactivo de validade de normas que se admite terem nascido inválidas. Em resultado disso, supõe-se que um universo de normas que entrou no ordenamento estando ferido por uma cominação constitucional de invalidade pode ser purificado como válido depois da aprovação de um acto de exceção.

É isso mesmo que o nosso ordenamento não aceita<sup>(124)</sup>: as específicas normas-regra que (também) emergem do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º da Constituição — que se relacionam com a norma-princípio da constitucionalidade mas que se não confundem com esta — não conhecem na Lei Fundamental uma outra norma jurídica, seja ou não a propósito do regime do estado de exceção previsto no art. 19.º, que seja reconhecida como vigente entre nós e que permita derrotar as primeiras. Naturalmente, seria a quem pretendesse alegar a possibilidade de identificar uma norma derogatória das referidas regras que caberia o ónus de provar a sua existência. Mas esse ónus nunca foi satisfeito porque ele é inexequível: também neste caso, o constituinte entendeu proceder a todas as ponderações que considerou pertinentes e blindar as regras emergentes do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º com uma estrutura definitiva que não é sujeita a ponderações ulteriores.

De resto, sabe-se bem que a sugestão de identificação de casos em que seria permitida a ratificação de normas inconstitucionais — a qual encontra conhecidas raízes centenárias entre nós<sup>(125)</sup> — nunca obteve ade-

---

(123) Na formulação crítica de NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...”, p. 25.

(124) VITALINO CANAS, “O Império...”, pp. 820-822; RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, pp. 734-735.

(125) MARNOCO E SOUZA, *Direito Político...*, pp. 746-747 e 784-788; AFONSO COSTA, *Lições...*, pp. 61-64; JORGE MIRANDA, “A Ratificação no Direito Constitucional Português”, in *Estudos sobre a Constituição*, III, Petrony, Lisboa, 1979, p. 598; *idem*, *Manual...*, 1/2, 10.ª ed., 2014, p. 48.

são nesses termos pela jurisprudência constitucional, que a recusou em geral<sup>(126)</sup> e apenas revelou um entendimento flexível em casos limitados no plano orgânico, sem nunca se imaginar a hipótese da sua retroactividade<sup>(127)</sup>. Ela não pode ser equacionada quando se procura a ressurreição da validade de soluções materialmente inconstitucionais, sobretudo por terem ofendido o conteúdo de bens jusfundamentais.

32. Mas esta conclusão impõe um esclarecimento adicional. Tal como a doutrina tem sublinhado, é fácil identificar um *terceiro fundamento* de inconstitucionalidade de uma suspensão retroactiva do exercício de direitos fundamentais, o qual decorre dos *limites implícitos* à declaração do estado de sítio ou emergência: se o n.º 3 do art. 18.º da Constituição não consente que uma restrição de um direito fundamental seja desprovida de carácter geral e abstracto ou tenha carácter retroactivo, não se entenderá que a suspensão do seu exercício se encontre dispensada dos mesmos requisitos, tanto mais quando o art. 19.º não procede a qualquer dispensa<sup>(128)</sup>. Uma vez mais, tem de sublinhar-se que incumbe a quem sustenta que o estado de excepção permite a afectação retroactiva de direitos fundamentais o ónus de identificar o fundamento normativo para impor a solução distinta daquela que resulta do n.º 3 do art. 18.º.

Todavia, perante a réplica de que é exactamente a natureza de último recurso inerente ao estado de excepção que torna justificável uma permissão de retroactividade que é desconhecida para as leis restritivas<sup>(129)</sup>, o esclarecimento a ter em mente é que não é sequer possível apresentar o Direito de Excepção como o *fundamento* real para uma alegada ponderação susceptível de comprimir a proibição de retroactividade das afectações negativas jusfundamentais. O problema reside, novamente, na tendência transversal que acima se notou: na visão muito específica de toda a normatividade constitucional que submete qualquer prévia ponderação aprovada pelo constituinte a uma nova revisão do intérprete, a quem incumbe perscrutar se não existirão interesses inerentes à sua concepção de *bem comum* que neutralizem as escolhas positivadas pela autoridade legitimada para o efeito. E essa visão é mantida, naturalmente, também em normalidade constitucional.

<sup>(126)</sup> Acórdãos n.ºs 190/85 (Proc. 166/84); 78/86 (Proc. 23/84); 63/91 (Proc. 588/88).

<sup>(127)</sup> Acórdãos n.ºs 786/96 (Proc. 445/92); 368/2002 (Proc. 577/98); 563/2003 (Proc. 578/98); 321/2004 (Proc. 792/03); 602/2005 (Proc. 514/05); 490/2011 (Proc. 784/09).

<sup>(128)</sup> JORGE MIRANDA, “Artigo 19.º”, p. 412; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...”, p. 80.

<sup>(129)</sup> RÚBEN RAMIÃO, *A Eficácia...*, pp. 5-6.

Para comprovar esta conclusão, basta recordar a conhecida circunstância de a disposição consagrada a partir do art. 7.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020 não representar qualquer exclusivo própria da declaração de emergência, antes reiterando a técnica paralela utilizada pelo legislador ordinário, através da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, cujo artigo inicial anunciou que o seu primeiro propósito, antes de qualquer outro, era o da *ratificação* das medidas ablativas previamente aprovadas num decreto-lei não autorizado (o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março). Foi nesses termos que o art. 2.º da Lei n.º 1-A/2020 aprovou uma *retroactiva* “*ratificação de efeitos*”, em cujos termos “o conteúdo do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, é parte integrante da presente lei, produzindo efeitos desde a data de produção de efeitos do referido decreto-lei”.

Como é sabido, esse decreto governamental, aprovado no dealbar da crise pandémica, impôs medidas que incidiram sobre a generalidade dos sectores da actividade jurídica e económica, incluindo a afectação negativa de múltiplos direitos fundamentais como aqueles envolvidos na suspensão de actividades lectivas, não lectivas e formativas (art. 9.º), na mobilização de trabalhadores (art. 10.º), na proibição de certas deslocações dentro e fora do território nacional (como as viagens de finalistas previstas no art. 11.º), na suspensão do acesso ao público de estabelecimentos de restauração e bebidas e demais estabelecimentos comerciais (art. 12.º), na restrição do acesso a edifícios e serviços públicos (art. 13.º), para não falar do método caótico com que os arts. 14.º e 15.º regularam a suspensão de diligências processuais e procedimentais em afectação do direito de acesso à justiça e de diversos direitos dos administrados<sup>(130)</sup>.

Ninguém objectaria que este elenco normativo produziu multitudinários efeitos restritivos sobre um universo de normas jusfundamentais, estando totalmente descoberto de qualquer credencial parlamentar decorrente da alínea *b*) do n.º 1 do art. 165.º da Constituição<sup>(131)</sup>. Portanto, não se imaginaria que alguém negasse que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, quando entrou em vigor, se mostrava ferido de invalidade nos termos do n.º 3 do art. 3.º e do n.º 1 do art. 277.º da Constituição.

É neste quadro que a Lei n.º 1-A/2020 se propõe reintroduzir no sistema jurídico português uma já extinta figura da “*ratificação*”, não se limitando a adoptar como suas as normas constantes do Decreto-Lei n.º 10-

---

<sup>(130)</sup> Para um estudo desenvolvido desse regime no plano jurídico-administrativo, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, Almedina, Coimbra, 2020.

<sup>(131)</sup> RUI LANCEIRO, “Breves Notas...”, pp. 734-735.

-A/2020 mas determinando a sua *eficácia retroactiva* (“desde a data de produção de efeitos do referido decreto-lei”).

Portanto, o intérprete ficaria condenado a um de dois efeitos:

- i) Ou se lê o art. 2.º da Lei n.º 1-A/2020 no sentido de que ele pretende declarar a validade (*convalidação* por acto infra-constitucional) de normas que nasceram inválidas à luz da Constituição;
- ii) Ou, pelo menos — e é esse o sentido que mais literalmente decorre do seu enunciado —, pretende o legislador que aquelas normas sejam aplicáveis *como parte da própria lei parlamentar*, e não do anterior decreto-lei, beneficiando da credencial própria de um acto parlamentar.

O problema é que, mesmo neste segundo caso, isso não implica mais do que *atribuir às normas restritivas constantes da lei parlamentar uma eficácia retroactiva*, em grosseira violação do disposto no n.º 3 do art. 18.º da Constituição<sup>(132)</sup>.

E é por isso que, como se advertiu, nem mesmo o mecanismo do estado de excepção salva a sua constitucionalidade: ainda para quem entendesse (em petição de princípio, sem encontrar um fundamento normativo para tanto) que a suspensão do exercício de direitos fundamentais a que se refere o art. 19.º da Constituição pode ter efeito retroactivo, é claro que os Decretos presidenciais nunca abrangeram o universo massivo de direitos fundamentais restringidos pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e, aquando da incorporação deste, pela Lei n.º 1-A/2020 — a começar pelas vultuosas afectações de direitos de natureza processual e procedimental aprovadas pelo legislador ordinário.

Foi, pois, para responder a este dilema que os Decretos presidenciais aceitaram subscrever aquela formulação tão inédita para um Estado de Direito: eles propuseram declarar “*ratificadas todas as medidas legislativas e administrativas adoptadas no contexto da presente crise*”, tendo presente que nem mesmo a suspensão do exercício de direitos fundamentais especificados cobriria o alcance das normas restritivas aprovadas pelo legislador.

Mas, como é de ver, essa *ratificação global*, própria de um modelo pré-constitucional e desconhecida dos nossos modelos constitucionais, não se coaduna minimamente com as exigências de “especificação” previstas no n.º 5 do art. 19.º da Constituição.

---

(132) VITALINO CANAS, “O Império...”, pp. 820-822.

33. Portanto, mesmo para quem julgasse possível a declaração retroactiva do estado de excepção, o fenómeno aqui identificado tão-pouco consegue encontrar fundamento no art. 19.º da Lei Fundamental. Esse fundamento é, antes, imputável à concepção *para-constitucional* que se vem relatando, a qual foi sendo adoptada, desde Março de 2020, de modo transversal pelos Decretos de Excepção, pela legislação ordinária e pelos actos governamentais sob forma regulamentar.

Essa concepção traduz-se, em suma, na crença de que *qualquer norma jurídica (constitucional ou infra-constitucional), de qualquer perfil (deontológico ou principiológico), incidindo sobre qualquer matéria mais ou menos significativa (protecção de direitos, repartição de competências ou definição de procedimentos), está sujeita a uma reserva de ponderação que pode culminar na sua derrota no caso de o intérprete conseguir identificar interesses juridicamente relevantes que, à luz de uma concepção adequada de bem comum, devam prevalecer sobre as normas positivadas.* Deve, para tanto, presumir-se que o constituinte teria acolhido essa revisão das soluções que escolheu se tivesse sido confrontado com os novos dados apresentados pelo intérprete.

Numa palavra: trata-se da substituição da vigência da Constituição normativa por um *common good constitutionalism*<sup>(133)</sup>, que entende deixar “em quarentena” a própria Constituição<sup>(134)</sup>. Não parece aconselhável que o referido modelo garantístico de tipo suspensivo adoptado pela nossa Constituição<sup>(135)</sup>, estritamente pensado para defesa da ordem constitucional e para o seu pronto restabelecimento em respeito pelo domínio da proporcionalidade e do controlo mútuo entre órgãos constituídos<sup>(136)</sup>, deva ser sujeito a essa proposta substitutiva.

---

(133) ADRIAN VERMEULE, “Beyond Originalism”, in *The Atlantic*, disponível em <<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>>; para a devida apreciação das suas consequências, ERIC POSNER/ADRIAN VERMEULE, *The Executive...*, p. 113, ss.; e, antes, naturalmente, CLINTON ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 298, ss.

(134) CHIARA TRIPODINA, “La Costituzione al tempo del Coronavirus”, in *Costituzionalismo.it*, n.º 1, 2020, p. 83; e, com crítica mais desenvolvida, DAVID DYZENHAUS, “Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, in *Cardozo Law Review*, 27, 2006, p. 2005, ss.; para censura entre nós, RAQUEL CASTRO, “Direito...”, pp. 647-648.

(135) NOGUEIRA DE BRITO, “Commentary...”, pp. 32-33; ANA RAQUEL MONIZ, “State...”, pp. 20-24.

(136) JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 429, ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, pp. 409-414; BACELAR GOUVEIA, *O Estado...*, II, pp. 781, ss. e 825, ss.; MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais...*, pp. 142-146; *idem*, *Conceito...*, p. 6; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, 399-405; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional...*, p. 346.





# *HOUSTON, WE HAVE A PROBLEM:* O DIREITO DE REGRESSO NA SEQUÊNCIA DE CONDENAÇÃO DO ESTADO PELO TEDH POR VIOLAÇÃO DO DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

*Pelo* Prof. Doutor Ricardo Pedro

Para o João, que nasceu no interlúdio decorrido entre escrita  
e a publicação das presentes linhas.

## *SUMÁRIO:*

1. Introdução. 2. Quadro geral do direito de regresso do Estado. 3. Administração da justiça e reparação razoável. 4. O direito de regresso na sequência de condenação do Estado português pelo TEDH por violação do direito a um processo equitativo.

## **1. Introdução**

I. O presente (breve) estudo foi despertado pela leitura de um recentíssimo acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“TEDH”) — aresto de 25.02.2020, n.º 78108/14, *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*(<sup>1</sup>). Neste acórdão o Estado português foi condenado por violação do “dever de administrar a justiça de modo efetivo” ou, na linguagem dos direitos humanos de foro internacional, *direito a um processo equitativo*(<sup>2</sup>).

---

(<sup>1</sup>) Todos os acórdãos do TEDH citados encontram-se disponíveis em: <<https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=>>>.

(<sup>2</sup>) AA. VV., *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do Protocolos Adicionais*, I, org. e pref. de Paulo Pinto de Albuquerque, 2019, p. 877, ss.

A questão que se coloca (e só esta!); aliás, facilmente perceptível pelo cidadão comum, é a de uma vez condenado *o Estado, se não deverá ter lugar uma nova acção para apurar em que medida os servidores da administração da justiça agiram de forma censurável*. Ou seja, face à gravidade que representa a condenação do Estado português por uma instância internacional por má ou ineficiente administração da justiça<sup>(3)</sup> soam ou devem soar sinais de alerta (lembre-se que a administração da justiça é um pilar fundamental do Estado de Direito) — *Houston, we have a problem* — e apurar-se no sentido de se perceber as razões do mau funcionamento (desde logo, no sentido de apurar se foram estruturais, conjunturais ou pontuais) e, sobretudo, para o que interessa neste estudo, apurar o comportamento dos servidores públicos, de modo a determinar o grau de censurabilidade do seu comportamento.

Naturalmente, que uma *jurisprudência à flor da pele*, sobretudo, em tempos de cólera na administração da justiça levaria a uma resposta imediata num sentido positivo e, como é de fácil percepção, uma leitura exclusivamente assente na ideia de independência e autonomia das magistraturas poderia levar a uma conclusão oposta.

Importa perceber qual a resposta que o nosso ordenamento jurídico oferece, em particular, quando a condenação resulta de uma instância internacional — TEDH — em que está em causa um regime de responsabilidade internacional que visa sobretudo a censura do Estado pelo não cumprimento do estipulado na Convenção Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”)<sup>(4)</sup>, isto é, enquanto Estado signatário daquela Convenção e sujeito de Direito Internacional Público<sup>(5)</sup>.

Em síntese, assumindo que o Direito Internacional Público não cuida de quem no interior da pessoa colectiva Estado foi o causador do dano, deixando a questão para eventual tratamento pelo Direito Interno<sup>(6)</sup>, importa

---

<sup>(3)</sup> Sobre o mau funcionamento da administração da justiça, cf. RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, 2016, p. 287, ss.

<sup>(4)</sup> Convenção para a Liberdade dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950 e seus protocolos adicionais, vulgarmente designada por Convenção Europeia dos Direitos do Homem, introduzida na ordem jurídica nacional pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro. Apesar de se discutir o seu valor hierárquico na ordem jurídica nacional existe uma tendência maioritária da doutrina no sentido da *supra* legalidade e *infra* constitucionalidade. Neste sentido, RUI MANUEL GENS MOURA RAMOS, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — sua posição face ao ordenamento jurídico português*, 1981, pp. 117 e 144; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, I*, 2007, p. 260, e IRENEU CABRAL BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 2010, p. 35.

<sup>(5)</sup> JORGE MIRANDA, *Curso de direito internacional público*, 2002, p. 189, ss.

<sup>(6)</sup> Sobre o tema em geral, cf. JORGE MIRANDA, *Curso de direito internacional público*, 2002, p. 323, ss.

perceber qual a resposta que se pode colher das normas que se dedicam a responder a problemas deste tipo.

Ou seja, qual a valia do direito de regresso para responder ao referido problema?

II. Repare-se que as referidas condenações do Estado português emergem não apenas perante um bloco normativo distinto, mas ainda de um ordenamento jurídico autónomo. Referimo-nos ao ordenamento jurídico do Conselho da Europa enquanto organização europeia, cujos objetivos são essencialmente de carácter político, constituindo uma comunidade ideológica baseada no triplo pilar da democracia parlamentar, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos humanos<sup>(7)</sup>.

No âmbito da actividade<sup>(8)</sup> do Conselho da Europa<sup>(9)</sup> destaca-se a protecção internacional dos direitos humanos, nomeadamente pelo desenvolvimento de convenções, cartas, recomendações e outros documentos jurídicos. Para a matéria que nos interessa, cumpre analisar os documentos que se referem ao domínio jurídico<sup>(10)</sup> e judiciário, nomeadamente os que tratam, directamente ou indirectamente, da administração da justiça, *maxime*, CEDH.

Tornou-se uma passagem comum a afirmação de que o sistema de protecção de direitos humanos que se criou e se foi desenvolvendo no âmbito do Conselho da Europa é o sistema mais aperfeiçoado e eficaz que existe hoje no plano internacional<sup>(11)</sup>. Tal deve-se, sobretudo, à implementação da CEDH e seus protocolos adicionais<sup>(12)</sup> e à sua aplicação e interpretação pelo órgão jurisdicional competente, isto é, o TEDH<sup>(13)</sup>.

---

(7) Cf. JOSE JUSTE RUIZ/MIREYA CASTILLO DAUDÍ, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2005, p. 390.

(8) Sobre a estrutura orgânica e a actividade do Conselho da Europa, entre nós, cf. MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS/AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *Direito das Organizações Internacionais*, 1996, pp. 267-298; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 2006, pp. 311-322; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 2011, pp. 595-601, e JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2013, pp. 578-584.

(9) Portugal aderiu em 1976.

(10) Este é um dos domínios de incidência do Conselho da Europa. Cf. art. 1.<sup>o</sup>-b) do Estatuto do Conselho da Europa, publicado no Diário da Republica, Série I, de 22 de Novembro de 1978.

(11) Entre muitos, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional — a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho”, *Julgar*, p. 34, e EVERT ALBERT ALKEMA, “Access to justice under the ECHR and judicial policy: A Netherlands view” in *Afmælisrit Por Vilh-jálmsson*, 2000, p. 21.

(12) Os protocolos, na medida em que tenham sido subscritos pelos Estados, apresentam o mesmo regime da CEDH. Entre outros, VAN DIJK/VAN HOOFF/A. VAN RIJN/LEO ZWAAK, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, 1998, p. 3. Desde 1 de Junho de 2010 que a CEDH inclui 14 protocolos.

(13) A CEDH e a jurisprudência do TEDH transcendem o próprio Conselho da Europa, não só,

De entre os direitos reconhecidos por aquele diploma encontra-se um conjunto de direitos referentes à administração da justiça que os Estados devem assegurar<sup>(14)</sup>.

No caso de se verificar a violação *per se* desses direitos e o Estado incumpridor não permitir obviar às consequências dessa violação, o TEDH atribui à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Por fim, será de referir que o referido bloco normativo nada dispõe sobre o direito de regresso.

## 2. Quadro geral do Direito de Regresso do Estado

**III.** Associado ao regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas está a possibilidade/obrigatoriedade de existir *direito de regresso* sobre os funcionários ou agentes causadores dos danos ou sobre o Estado, caso aqueles tenham satisfeito a indemnização.

O direito/dever/poder de regresso surge, na nossa opinião, como uma concretização do dever de justa repartição de encargos à luz da concreta imputabilidade, para além de poder contribuir para o saudável funcionamento dos serviços públicos<sup>(15)</sup>.

Mais do que um dever de defesa do património público, interessa à ordem jurídica que o património de determinado ente, público ou privado, não sirva para satisfazer uma indemnização que não lhe é imputável. Por estes motivos, e pela imposição constitucional a seguir referida, temos muitas dúvidas da opção jurídica que permita que as entidades públicas possam suportar custos de prémios de seguros feitos a favor de certos funcionários públicos para cobertura dos danos resultantes do exercício de funções.

**IV.** A figura do direito de regresso está prevista, ao nível constitucional, no art. 271.º, e surge em vários preceitos do RRCEE. O art. 6.º do

---

por exemplo, pela recepção que esta tem tido na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, como pela prevista adesão da UE à CEDH (cf. art. 6.º/2 do Tratado da União Europeia). Como se verá mais adiante, a jurisprudência do TEDH tem tido grande influência na jurisprudência dos tribunais nacionais, potenciando o diálogo interjurisdicional entre o TEDH e as instâncias nacionais.

<sup>(14)</sup> É afirmação recorrente do TEDH, que “*Numa sociedade democrática, na aceção da Convenção, o direito a uma boa administração da justiça mantém um lugar tão proeminente que uma interpretação restritiva do artigo 6.º/1 não corresponde ao objectivo e o propósito dessa disposição*”. Cf., entre outros, Ac. do TEDH de 1970-01-17, proc. n.º 2689/65, *Delcourt c. Bélgica*.

<sup>(15)</sup> ORIOL MIR PUIGPELAT, “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 2000, p. 1027.

RRCEE prevê o exercício do direito de regresso *obrigatório* nos casos previstos neste regime.

O facto de esta disposição se encontrar no capítulo dedicado às *disposições gerais* leva o intérprete a entender que se aplica a *todas as modalidades de responsabilidade*, na medida em que seja compatível com a actividade estadual em causa. Ou seja, se entendermos o direito de regresso como um instituto de *geometria variável* (o que está de acordo com o *princípio* de solidariedade expresso no art. 22.º da Constituição) que se ajusta à *natureza da função estadual* sobre a qual incide a responsabilidade, somos levados a defender que sempre que o direito de regresso *é possível de um ponto de vista factual é obrigatório*.

Acresce que, como a doutrina reconhece, só através desta obrigatoriedade se garante a efectivação da solidariedade da responsabilidade<sup>(16)</sup>. A discussão fica, desta forma, mais facilitada, pois centra-se em saber quando é que o direito de regresso *pode* existir de facto.

V. No que toca à *função administrativa*, parecem não residir dúvidas quanto à sua possibilidade<sup>(17)</sup>, desde logo, pelo tratamento constitucional que lhe é dedicado e pela reafirmação que é feita, no que toca à responsabilidade por factos ilícitos, pelo art. 8.º/3, e, no que tange à responsabilidade pelo risco, pelo art. 11.º/1 (ambos do RRCEE).

Deve ainda apresentar-se uma pequena nota para o facto de o art. 6.º/2 apresentar uma norma operacional no que tange à efectivação do direito de regresso, impondo que a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remeta certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso.

VI. As dúvidas começam quando se presta atenção à actividade dos principais actores da *função de administração da justiça*. Se, por um lado, é claro que os *funcionários e agentes* que actuam na órbita dos tribunais estão sujeitos ao dever de regresso na mesma medida em que estão aqueles que actuam na função administrativa, por outro, mais dúvidas surgem no momento de saber se esta solução também se aplica aos *magistrados judiciais e do Ministério Público*, porquanto o disposto no art. 14.º/2 do

---

<sup>(16)</sup> DIANA ETTNER, “O exercício obrigatório do direito de regresso“, in Gomes, Carla Amado/ Raimundo, Miguel (Org.), *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades publicas, e-book*, 2013, p. 75.

<sup>(17)</sup> Sobre o tema e para outros desenvolvimentos, cf. TIAGO SERRÃO, *Natureza e regime do direito de regresso na responsabilidade administrativa*, 2015, *passim*.

RRCEE esclarece que a *decisão de exercer o direito de regresso* sobre os magistrados *cabe* ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

O direito de regresso desempenha aqui uma função essencial, na medida em que, de acordo com o art. 14.º/1, não é permitida a responsabilidade civil directa dos magistrados. No entanto, a doutrina divide-se sobre a obrigatoriedade do direito de regresso dos magistrados<sup>(18)</sup>.

Para nós, face ao critério que adoptámos — se tal dever é possível então o direito/dever de regresso é obrigatório — a conclusão, tendo em conta a sua admissibilidade expressa pelo art. 14.º/2, é de que este direito de regresso sobre os magistrados é obrigatório para os servidores públicos referidos neste artigo.

**VII.** Mais difícil é a compreensão do papel do direito de regresso na responsabilidade civil do Estado pelo exercício da *função legislativa*<sup>(19)</sup>. Se pretendermos aferir da possibilidade do direito de regresso sobre a actividade daqueles que têm competência legislativa, topamos com o disposto no art. 157.º/1 da Constituição que prevê imunidades em matéria de votos e opiniões que os Deputados emitam no exercício das suas funções.

No entanto, estas normas parecem não afastar, em absoluto, tal dever de regresso. Face aos constrangimentos constitucionais, que não se estendem a outros titulares de cargos políticos, alguma doutrina defende a aplicação (na medida em que se admite a sua possibilidade) do dever de regresso sobre o Conselho de Ministros, mas já não sobre os Deputados<sup>(20)</sup>.

**VIII.** É pacífica a admissão do direito de regresso do Estado sobre o servidor público; mas já é mais dúbia a admissão do direito de regresso do servidor público que satisfaz a indemnização sobre o Estado<sup>(21)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> A favor, entre muitos, ELIZABETH FERNANDEZ, “Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidade e interrogações”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, Julho-Agosto de 2011, p. 10. Contra, CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas* — Anotado, 2011, p. 234.

<sup>(19)</sup> MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, “A responsabilidade civil do Estado e das regiões autónomas pelo exercício da função político-legislativa e responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”, *Revista do CEJ*, n.º 13, 1.º semestre de 2010, p. 313.

<sup>(20)</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3980, Maio Junho de 2013, p. 300.

<sup>(21)</sup> A favor PAULO OTERO, “Responsabilidade civil pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes da Administração do Estado”, in Luis Martínez López-Muñiz/António Calonge Velázquez, (org.), *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos* — III Colóquio Hispano-Luso

Se é verdade que esta última hipótese se pode tornar necessária, por um lado, face à abertura da responsabilidade directa dos servidores públicos, prevista no art. 8.º/1 do RRCEE; por outro, considerando que a função pública é sempre da titularidade do Estado, não se pode olvidar que, tendo o servidor público respondido por dolo ou culpa grave, se torna difícil o juízo prático-normativo de aferir que parcela de responsabilidade deverá caber ao Estado e não à actuação culposa do servidor público.

**IX.** A falta absoluta de efectivação do direito de regresso em Portugal, permite, por referência ao passado, a sua adjectivação como um “*bonito florero jurídico*”<sup>(22)</sup>. No entanto, a previsão expressa da obrigatoriedade do direito de regresso, no RRCEE, perspectiva, por um lado, uma maior utilidade desta figura e, por outro, convoca à consideração novos problemas que já começam a ser sinalizados pela doutrina, desde logo, a questão de saber se o montante do direito de regresso a exercer sobre o servidor público é o montante total satisfeito pelo ente público ou se apenas parcial em função do grau de culpa daquele<sup>(23)</sup>.

O direito de regresso apenas é exigido após o trânsito em julgado da sentença e quando algum dos condenados tenha satisfeito o pagamento parcial ou total da indemnização. É essencial, à luz do RRCEE, para que haja direito de regresso, que tenha existido dolo ou culpa grave do servidor público.

### 3. Administração da Justiça e reparação razoável

**X.** Para melhor compreensão da matéria que nos ocupa, importa ainda referir que o direito de regresso surge na sequência de uma condenação do TEDH, tendo em vista a reparação razoável, à luz do disposto no art. 41.º da CEDH, e que no caso em referência tem por base a violação do disposto no art. 6.º/1 da CEDH<sup>(24)</sup>.

---

*de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 501. Contra PAULO VEIGA E MOURA, *A privatização da função pública*, 2004, p. 191.

<sup>(22)</sup> JUAN JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, in, Juan Antonio Moreno Martínez (org.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 2007, p. 306.

<sup>(23)</sup> RUI MEDEIROS, “Anotação ao artigo 6.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e Demais Entidades Públicas*, 2013, p. 164.

<sup>(24)</sup> Cf. *infra* XII.

Ou seja, como já deixámos expresso de modo mais desenvolvido em outro lugar<sup>(25)</sup>, de entre as normas que os Estados devem assegurar com vista a garantir uma boa administração da justiça<sup>(26)</sup>, são de destacar os direitos previstos nos arts. 6.º/1 e 13.º da CEDH.

O art. 6.º/1 institui o direito a um processo equitativo<sup>(27)</sup>. A interpretação que o TEDH tem feito deste normativo exerceu, por um lado, uma tremenda pressão sobre os sistemas judiciais de alguns países<sup>(28)</sup> e, por outro, provocou a condenação de alguns Estados pela incapacidade de assegurar em concreto este direito nas várias dimensões que ele comporta. É sobretudo este último ponto de vista que nos interessa abordar.

Trata-se, genericamente, de um direito que visa assegurar a cada indivíduo, para a defesa da sua pessoa ou do seu património, a garantia de um processo equitativo e efectivo<sup>(29)</sup> ou, dito de outro modo, de uma boa

<sup>(25)</sup> RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, 2016, p. 89, ss.

<sup>(26)</sup> Assim e para outros desenvolvimentos, JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 2009, p. 107, ss.

<sup>(27)</sup> Trata-se de uma figura que deve ser apreciada à luz das circunstâncias do caso concreto. Neste sentido, IRENEU CABRAL BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 2010, p. 165, e jurisprudência aí citada. O direito a um processo equitativo apresenta-se como um direito não absoluto. Assim, Ac. do TEDH de 1998-10-30, proc. n.º 60/1998/963/1178, *F.E. c. França*; Ac. do TEDH de 1975-02-21, proc. n.º 4451/70, *Golder c. Reino Unido*; Ac. do TEDH de 1985-05-28, proc. n.º 8225/78, *Ashingdane c. Reino Unido*; Ac. do TEDH de 1994-09-21, proc. n.º 17101/90, *Fayed c. Reino Unido*, e Ac. do TEDH de 1996-10-23, proc. n.º 21920/93, *Levages Prestations de Services c. França*.

<sup>(28)</sup> A propósito do impacto desta jurisprudência sobre o sistema judicial francês, MITCHEL DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Transformations, The Rights Revolution in the Courts of Europe*, 2009, p. 91-115. Também entre nós a jurisprudência do TEDH tem apresentado uma influência importantíssima na conformação do nosso sistema judicial. Importa não esquecer a jurisprudência deste Tribunal que a partir do Ac. do TEDH de 1996-02-20, proc. n.º 15764/89, *Lobo Machado c. Portugal* se firmou, segundo a qual o direito a um processo equitativo inclui “o direito a um processo contraditório”. Neste processo, a Comissão considerou, por 14 votos contra 9, que “*tendo em conta a importância atribuída pela jurisprudência dos órgãos da Convenção às aparências e à sensibilidade acrescida do público às garantias de uma boa justiça*” não se poderia considerar como neutra do ponto de vista das partes a intervenção do Ministério Público, uma vez que ao pronunciar-se no sentido do não provimento do recurso ‘*tinha agido como adversário objectivo do recorrente*’, havendo, por consequência, uma ‘*ruptura da igualdade das armas*’”. Nesta sequência veja-se o Ac. do TC de 2001-05-10, proc. n.º 67/01, *Mota Pinto*, que declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, a norma do art. 15.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos que permitia a intervenção do Ministério Público nas sessões do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo. Sobre esta jurisprudência, cf. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público” in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, 2001, pp. 295-329.

<sup>(29)</sup> Deve incluir-se no conceito de processo equitativo o dever dos Estados de execução dos acórdãos transitados em julgado, sob pena das garantias do art. 6.º da CEDH serem meramente ilusórias. Assim, Ac. do TEDH de 2004-04-08, proc. n.º 71503/01, *Assanidzé c. Geórgia*, considerando



administração da justiça<sup>(30)</sup>. Esta garantia impõe uma obrigação de resultados<sup>(31)</sup> aos Estados e uma garantia de carácter positivo (*facere*)<sup>(32/33)</sup>, desdobrando-se em múltiplas concretizações, como sejam, no direito de acesso à justiça<sup>(34)</sup>, no direito ao contraditório<sup>(35)</sup>, no direito a uma decisão em prazo razoável, no direito a um julgamento público<sup>(36)</sup>, no direito de

---

n.ºs 181 e 182. Para uma referência à sinonímia deste termo em vários países, cf. STEFAN TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, 2006, p. 82.

(30) Assim, JEAN-CLAUDE SOYER/MICHELE DE SALVIA, “Article 6.º” in *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, 1995, p. 240; DI MARIO CHIAVARI, “(Art. 6)” in *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, p. 154, e DANIEL SARMIENTO/LUIS JAVIER MIERES MIERES/MIGUEL Á. PRESNO LINERA, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2007, p. 51, ss.

(31) Os resultados desta garantia desdobram-se numa administração da justiça num prazo razoável, a decorrer perante um tribunal independente e imparcial, ao abrigo de um processo contraditório, cabendo aos Estados escolher os meios para garantir estes direitos. Neste sentido, Ac. do TEDH de 1985-02-12, proc. n.º 9024/80, *Colozza c. Itália*, considerando n.º 30, e ELENA ANDREEVSKA, “The European Convention on Human Rights and the rights to good administration of justice: Article 6”, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, p. 439.

(32) Exige-se a prestação de uma boa administração da justiça, sendo a inércia dos Estados censurada, nomeadamente, quando não estiver assegurado, em processo penal, o auxílio necessário para uma efectiva defesa. Veja-se, a este propósito, Ac. do TEDH de 1980-05-13, proc. n.º 6694/74, *Artico c. Itália*.

(33) Neste sentido, JEAN-CLAUDE SOYER/MICHELE DE SALVIA, “Article 6.º” in *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, 1995, p. 245.

(34) Este direito, como muitas das outras dimensões do direito a um processo equitativo, não se encontra expressamente previsto no art. 6.º/1. No entanto, o TEDH tem-no deduzido daquele normativo. Sobre este direito, entre outros, Ac. do TEDH de 1975-02-21, proc. n.º 4451/70, *Golder c. Reino Unido*; Ac. do TEDH de 1998-02-19, proc. n.º 28028/95, *Edificaciones*; Ac. do TEDH de 2000-02-15, proc. n.º 38695/97, *Garcia Manibardo c. Espanha*, e Ac. do TEDH de 2003-10-28, proc. n.º 55524/00, *Stone Court Shipping Company c. Espanha*. Encontram-se na jurisprudência do TEDH algumas decisões sobre as limitações deste direito. A este propósito veja-se, P. VAN DIJK, “Access to Court” in *The European system for the protection of human rights*, 1993, pp. 374 e 375. Tais limitações devem sempre respeitar o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, ANDREW GROTRIAN, *Article 6 of the European Convention on Human Rights: the right to a fair trial*, 2000, p. 31.

(35) A jurisprudência do TEDH sobre o princípio do contraditório varia consoante se refere a processo penal ou a processo civil, apresentando um *standard* mais exigente em processo penal. Sobre este princípio pode ver-se: Ac. do TEDH de 1989-12-19, proc. n.º 9783/82, *Kamasinski c. Áustria*; Ac. do TEDH de 1993-06-23, proc. n.º 12952/87, *Ruiz-Mateos c. Espanha*; Ac. do TEDH de 2000-02-16, proc. n.º 27052/95, *Jasper c. Reino Unido*, e Ac. do TEDH de 2003-06-24, proc. n.º 39482/98, *Dowsett c. Reino Unido*.

(36) Ac. do TEDH de 1983-12-08, proc. n.º 7984/77, *Pretto e O. c. Itália*; Ac. do TEDH de 1987-04-23, proc. n.º 9273/81, *Ettl e Outros c. Áustria*; Ac. do TEDH de 1997-04-23, proc. n.º 14696/89 e 14697/89, *Stallinger e Kuso c. Áustria*; Ac. do TEDH de 2000-04-25, proc. n.º 29544/95, *Entleitner c. Áustria*, e Ac. do TEDH de 2011-07-05, proc. n.º 19808/08, *Moreira Ferreira c. Portugal*. Associado às exigências de publicidade está a chamada “teoria das aparências”, por via da qual o TEDH sanciona os julgamentos secretos e insiste que “Justice is not only to be done, but to be seen to be done”. Entre outros, Ac. do TEDH de 1984-10-26, proc. n.º 9186/80, *Cubber c. Bélgica*, considerando n.º 26.

defesa<sup>(37)</sup>, na igualdade de armas<sup>(38)</sup> e no direito a uma decisão fundamentada<sup>(39)</sup>.

Para além do disposto no art. 6.º/1 que apresenta um carácter geral, encontram-se nos números 2 e 3 do mesmo artigo especificações relativas ao processo penal<sup>(40)</sup>. O direito a um processo equitativo em processo penal tem de respeitar os seis direitos previstos no número 3 (direitos *mínimos* da pessoa que enfrenta um processo crime) e o direito previsto no número 2 (presunção de inocência)<sup>(41)</sup>.

Por sua vez, o art. 13.º obriga a que os Estados disponham de um mecanismo nacional de controlo das violações da CEDH, independente do controlo europeu, que garanta a efectividade de um recurso<sup>(42)</sup>, tanto na lei

<sup>(37)</sup> Este direito tem sido objecto da atenção do TEDH, cf., entre outros, Ac. do TEDH de 1997-04-23, proc. n.º 21363/93, *Van Mechelen e Outros c. Holanda*; Ac. do TEDH de 1999-03-25, proc. n.º 25444/94, *Pélissier e Sassi c. França*, e Ac. do TEDH de 2000-07-25, proc. n.º 23969/94, *Mattoccia c. Itália*. No Ac. do TEDH de 2011-07-05, proc. n.º 19808/08, *Moreira Ferreira c. Portugal*, o Estado português foi condenado por falta de audição de umas partes pelo Tribunal da Relação.

<sup>(38)</sup> Apesar da proximidade deste princípio com o princípio do contraditório, a jurisprudência do TEDH tem alinhavado esta subtil distinção, como se pode ver no Ac. do TEDH de 2001-10-02, proc. n.º 44069/98, *G.B. c. França*; Ac. do TEDH de 2002-02-26, proc. n.º 36515/97, *Frette c. França* e Ac. do TEDH de 2005-02-15, proc. n.º 68416/01, *Steel and Morris c. Reino Unido*. O TEDH não apresentou um conceito abstracto, no entanto, desenvolveu um conjunto de princípios que podem daí derivar. Sobre estes dois princípios, OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, “Right related to good administration of Justice (article 6)” in *The european system for the protection of human rights*, 1993, pp. 392-393.

<sup>(39)</sup> Sobre este dever, que impende sobre os tribunais nacionais, cf. Ac. do TEDH de 1984-04-19, proc. n.º 16034/90, *Van de Hurk c. Holanda*, e Ac. do TEDH de 1994-12-09, proc. n.º 18064/91, *Hiro Balani c. Espanha*.

<sup>(40)</sup> Sobre estas garantias, OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, “Right related to good administration of Justice (article 6)” in *The european system for the protection of human rights*, 1993, pp. 398-403, e ANDREW GROTRIAN, *Article 6 of the European Convention on Human Rights: the right to a fair trial*, 2000, pp. 43-51.

<sup>(41)</sup> Assim, Ac. do TEDH de 1989-11-20, proc. n.º 11454/85, *Kostovski c. Países Baixos*, considerando n.º 39, e MALGORZATA WAŚEK-WIADEREK, *The principle of “equality of arms” in criminal procedure under article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries, a comparative view*, 2000, p. 22.

<sup>(42)</sup> Utiliza-se aqui o termo legal — *recurso* — que é o previsto na tradução nacional das versões (autênticas) francesa (*recours effectif*) e inglesa (*effective remedy*), esclarecendo-se que este não deve ser identificado com o conceito restrito de recurso usado no direito processual, mas antes como um conceito mais amplo, isto é, um *meio jurídico efectivo* perante um tribunal. Muito crítico em relação à tradução nacional da CEDH, nomeadamente quanto a este aspecto veja-se, FAUSTO DE QUADROS, “O princípio da exaustão dos meios internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a ordem jurídica portuguesa”, *ROA*, p. 129. É interessante verificar que alguns Autores, confrontando as duas versões oficiais, não deixam de procurar uma interpretação mais rica no confronto do termo “*recour*” com o termo “*remedy*”, adiantando que, por causa deste último, o artigo 13.º garante não somente a existência de um recurso, mas igualmente de um direito à reparação. Assim, ANDREWS DRZEMCZEWSKI/CRISTOS GIAKOUMOPOULOS, “Article 13.º” in *La convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, 1995, p. 467, e, menos consistente, DI ANDREA PERTICI/

como na prática<sup>(43/44)</sup>. Desde o ano 2000 que o TEDH<sup>(45)</sup> entende que este normativo assume um papel autónomo, devendo ser analisado nas situações em que seja denunciada a violação, nomeadamente do art. 6.º/1.

**XI.** Como já se referiu, a CEDH estabelece um mecanismo de reparação de danos causados à parte lesada (art. 41.º), que apenas opera no caso de algum dos direitos previstos pela Convenção se encontrar violado e o Direito interno não oferecer meios adequados para obviar às consequências resultantes dessa violação<sup>(46)</sup>.

Trata-se de um mecanismo que visa não só a protecção do recorrente individual, mas que se apresenta como um ponto fundamental para o bom funcionamento de todo o sistema da Convenção<sup>(47)</sup>. Este mecanismo parece presumir que um sistema de reparação de danos já existe no ordenamento interno<sup>(48)</sup>, só intervindo o TEDH, por via da atribuição de uma

---

/ROBERTO ROMBOLI, “(Art. 13)” in *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, p. 395.

<sup>(43)</sup> Ac. do TEDH de 2005-06-14, proc. n.º 61444/00, *Krasuski c. Polónia*, considerando n.º 65.

<sup>(44)</sup> A obrigação dos Estados é de disporem de um recurso efectivo ou útil, cabendo-lhes organizarem como entenderem os seus meios processuais. Assim, M. J. VELU, “Elements essentiels d’un regime de responsabilité publique pour les actes juridictionnels” in *Pouvoir judiciaire et responsabilité publique pour les actes juridictionnels: actes du quinzième colloque de droit européen*, 1986, p. 98.

<sup>(45)</sup> O Ac. do TEDH de 2000-10-26, proc. n.º 30210/96, *Kudla c. Polónia* marca a viragem do TEDH na interpretação do artigo 13.º, por via da sua autonomização; até este aresto, estando em causa, por exemplo, os arts. 6.º/1 e 13.º, considerava-se que aquele consumia este (cf., entre outros, Ac. do TEDH de 1989-12-19, proc. n.º 9783/82, *Kamasinski c. Austria*). Por isto, alguns Autores chegam a afirmar que, durante muito tempo, o art. 13.º surgia como uma “twilight zone” nos precedentes dos órgãos da Convenção. Neste sentido, CLARE OVEY/ROBIN WHITE, *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights*, 2006, p. 459. Apesar de o ponto de viragem ter ocorrido apenas no ano 2000, importa ter em conta os sinais dados no Ac. do TEDH de 1978-09-06, proc. n.º 5029/71, *Klass e O. c. Alemanha*, e no Ac. do TEDH de 1983-05-25, proc. n.º 5947/72, *Silver e O c. Reino Unido*.

<sup>(46)</sup> São muitos os estudos dedicados a este mecanismo, sobretudo à luz da anterior redacção prevista pelo art. 50.º. Para além das obras que se citarão, entre outros, cf. PIERRE DE GASQUET, *Essai d’interprétation de l’article 50 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, 1983, *passim*.

<sup>(47)</sup> Neste sentido, DIE FREDRIK SUNBERG, “(Art. 41)” in *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* 2001, p. 670. O bom funcionamento da CEDH basta-se, muitas das vezes, com a atribuição de uma reparação razoável, sobretudo, quando outras medidas não permitem a restituição integral do direito violado, nomeadamente, medidas como o recurso da revisão nacional. A este propósito, cf. NUNO PICARRA, “Recurso de revisão de que “decisões inconciliáveis” com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem? — Ac. do TCA Norte de 8.7.2011, P. 5/04.0BEPRT-A”, *CJA*, pp. 49-65.

<sup>(48)</sup> Neste sentido, entre outros, JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 2009, p. 107, ss.

reparação razoável, se tal se demonstrar necessário, isto é, quando a *restitutio in integrum* não foi possível no direito interno<sup>(49)</sup>.

Tal poderá ter lugar nos casos em que o Direito interno não tenha previsto uma reparação completa e quando, dada a natureza da infração, não seja possível restabelecer a situação anterior<sup>(50)</sup>.

Apenas para efeitos contextuais, importa deixar a referência de que para além da norma constante do art. 41.º da CEDH, que se aplica a todos os direitos garantidos pela CEDH, incluindo, naturalmente, os referentes à administração da justiça, encontra-se no art. 5.º/5 uma norma referente ao dever de indemnizar por prisão preventiva indevida e no art. 3.º do protocolo n.º 7 anexo à CEDH, uma norma relativa ao erro judiciário. Aquele dever de indemnização surge com a infração de qualquer das obrigações previstas no art. 5.º/1/2/3/4 e este, desde que verificados os vários requisitos adiantados pela norma, é imposto só por si sem que tenha de ser chamado à colação o art. 41.º<sup>(51)</sup>. No entanto, não se deve descartar o complemento que representa o mecanismo previsto neste artigo na satisfação equitativa de qualquer dano resultante da violação da Convenção<sup>(52)</sup>. Esta indemnização deverá ser assegurada pelos tribunais nacionais, servindo-se da interpretação das normas e dos princípios fixados pelo TEDH em casos análogos.

A Corte de Estrasburgo já esclareceu que inexistente entre o art. 5.º/5 e o art. 41.º (antigo art. 50.º) uma relação de especialidade, em que aquele prevaleceria sobre este. O disposto no art. 5.º/5 apresenta uma norma substantiva que garante um direito individual que deve ser observado primeiro pelas autoridades dos Estados. Já o disposto no art. 41.º estabelece uma regra de competência que permite expressamente que o tribunal conceda à “parte lesada” uma reparação sob certas condições<sup>(53)</sup>. O que não pode

<sup>(49)</sup> A reparação pode satisfazer-se com a mera constatação da violação. Neste sentido, pela primeira vez, Ac. do TEDH de 1975-02-21, proc. n.º 4451/70, *Golder c. Reino Unido*, considerando n.º 46.

<sup>(50)</sup> Neste sentido e para mais desenvolvimentos, VAN DIJK/VAN HOOFF/A. VAN RIJN/LEO ZWAAK, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, 1998, p. 245 e ss, e J. L. SHARPE, “Article 50.º” in *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, 1995, p. 811.

<sup>(51)</sup> Neste sentido, Ac. do TEDH de 1983-04-25, proc. n.º 7906/77, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, e IRENEU CABRAL BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 2010, p. 140.

<sup>(52)</sup> Neste sentido, J. L. MURDOCH, *L’article 5 de la Convention européenne des Droits de l’Homme: la protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, 1994, p. 56. Para alguns Autores o direito previsto no art. 5.º/5 vai além do disposto no art. 41.º, na medida em que no primeiro se usa, na versão inglesa, o termo “*compensation*” e no segundo apenas se refere a “*just satisfaction*”. Neste sentido, STEFAN TRECHSEL, “Liberty and Security of Person” in *The European system for the protection of human rights*, 1993, p. 342.

<sup>(53)</sup> Assim, Ac. do TEDH de 1968-06-27, proc. n.º 1936/63, *Neumeister c. Áustria*, considerando n.º 30.

ocorrer é uma dupla indemnização pelo mesmo facto. Por este motivo, o TEDH tem em conta a indemnização atribuída pelas autoridades nacionais ao abrigo do art. 5.º/5, de modo a reduzir a reparação permitida pelo art. 41.º, caso esta tenha lugar<sup>(54)</sup>.

**XII.** Uma vez referidos os principais artigos contidos na CEDH que visam, num plano de subsidiariedade, a boa administração da justiça dos Estados subscritores deste diploma, importa agora centrar a atenção nas várias normas contidas no art. 6.º, que são, por alguns Autores, consideradas como um dos vértices de todo o sistema europeu de garantia de direitos<sup>(55)</sup>. Por isso, não deve surpreender a abundância e riqueza da jurisprudência referente às várias dimensões daquele direito, bem como, a jurisprudência sobre a reparação dos danos causados pela sua violação<sup>(56)</sup>.

A jurisprudência do TEDH sobre reparação dos danos causados pela administração da justiça está longe de se esgotar no título de imputação prazo (ir)razoável, apesar de este ser o título de imputação mais comum<sup>(57)</sup>. Aliás, muito pelo contrário, estende-se, como não poderia deixar de ser, a todas as dimensões reconhecidas pelo TEDH ao direito a um processo equitativo, nomeadamente, à violação do direito de acesso aos tribunais, ao direito ao contraditório, ao direito a um julgamento público, ao direito de defesa, à igualdade de armas e ao direito a uma decisão fundamentada.

No contexto da jurisprudência anteriormente referida, o TEDH vem afirmando que, quando uma condição processual seja excessivamente gravosa para o interessado, chegando ao ponto de obstaculizar o acesso a um tribunal, esta deve ser considerada contrária ao disposto no art. 6.º da

---

<sup>(54)</sup> Neste sentido, RENÉE KOERING-JOULIN, “Article 5.º/5” in *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, 1995, p. 236.

<sup>(55)</sup> Neste sentido, OLIVIER JACOT-GUILLAMOD, “Right related to good administration of Justice (article 6)” in *The european system for the protection of human rights*, sd, p. 342, e DANIEL SARMIENTO/LUIS JAVIER MIERES MIERES/MIGUEL Á. PRESNO LINERA, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2007, p. 51, ss.

<sup>(56)</sup> Para além das decisões do TEDH que se citarão *infra*, pode-se ver uma lista das decisões que foram objecto de uma reparação razoável do TEDH referentes ao período de 1972 a 1990 em J. L. SHARPE, “Article 50.º”, in *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, 1995, pp. 827-842. Tenha-se em conta que muitas delas são referentes à violação do dever de administração da justiça nos termos dos direitos impostos pela CEDH.

<sup>(57)</sup> Sobre este regime e respectiva jurisprudência, cf. RICARDO PEDRO, *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 39, ss., e RICARDO PEDRO, “Anotação aos artigos 12.º e 13.º do regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas”, AA. VV., in *O regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão (Coord.), 2017, pp. 659-703.

CEDH, podendo implicar a condenação dos Estados que não assegurem o direito de acesso a um tribunal<sup>(58)</sup>.

A violação do princípio do contraditório (previsto no art. 6.º da CEDH), nomeadamente, quando este não esteja assegurado em processo penal, tem levado o TEDH a sancionar este comportamento com a reparação de danos não patrimoniais, correspondendo, em alguns casos, essa reparação à simples constatação da violação da Convenção<sup>(59)</sup>. Próximo do princípio do contraditório situa-se o direito de defesa, que consagra uma das garantias essenciais de uma boa administração da justiça do Estado democrático, pelo que, se não respeitado pelos Estados, implica a violação do disposto no art. 6.º/1 da CEDH (e.g. quando não ocorra a devida comunicação de um despacho do juiz às partes)<sup>(60)</sup>.

Outro dos princípios de boa administração da justiça que os Estados devem assegurar é a igualdade de armas, que exige uma igualdade entre as partes<sup>(61)</sup>. Caso as partes de um processo não vejam assegurado este direito, o Estado incorre em violação do disposto no art. 6.º/1 da Convenção. A esta violação da CEDH, nomeadamente por falta de apoio judiciário<sup>(62)</sup>, a Corte de Estrasburgo tem associado o reconhecimento do dever de reparação de danos.

Como já referido, o disposto no art. 6.º/1 da CEDH obriga os tribunais a motivar as suas decisões. Trata-se de um dever cujo cumprimento tem de ser analisado à luz das circunstâncias do caso concreto, mas que uma vez declarada a violação do dever de fundamentar as decisões judiciais, implica que o Estado pode incorrer no dever reparar os danos causados<sup>(63)</sup>.

A necessidade de assegurar uma audiência pública, em cumprimento do imposto pelo art. 6.º/1 da CEDH, tem levado o TEDH a sindicar o cumprimento deste direito. Neste âmbito, o TEDH já concluiu pela sua violação e, conseqüente, atribuiu uma indemnização por danos não patrimoniais<sup>(64)</sup> ou pela simples constatação da violação da CEDH, consagrando esta constatação já uma reparação razoável<sup>(65)</sup>.

---

(58) Ac. do TEDH de 2003-10-28, proc. n.º 55524/00, *Stone Court Shipping Company c. Espanha*, e Ac. do TEDH de 2010-03-23, proc. n.º 15869/02, *Cudak c. Lituânia*.

(59) Ac. do TEDH de 2003-06-24, proc. n.º 39482/98, *Dowsett c. Reino Unido*.

(60) Assim, Ac. do TEDH de 2007-06-21, proc. n.º 25053/05, *Ferreira Alves (n.º 3)*, e Ac. do TEDH de 2009-04-14, proc. n.º 30381/06, *Ferreira Alves (n.º 5)*.

(61) Neste sentido, ANDREW GROTRIAN, *Article 6 of the European Convention on Human Rights: the right to a fair trial*, 2000, p. 41.

(62) Ac. do TEDH de 2005-02-15, proc. n.º 68416/01, *Steel and Morris c. Reino Unido*.

(63) Ac. do TEDH de 1994-12-09, proc. n.º 18064/91, *Hiro Balani c. Espanha*.

(64) Ac. do TEDH de 2011-07-05, proc. n.º 19808/08, *Moreira Ferreira c. Portugal*.

(65) Ac. do TEDH de 1997-04-23, proc. n.º 14696/89 e 14697/89, *Stallinger e Kuso c. Áustria*.

Para além de outras, o dever de reparar os danos da administração da justiça imputáveis aos Estados contratantes da CEDH pode ainda resultar da *violação de deveres de investigação*<sup>(66)</sup> e da *violação do direito de acesso à justiça por denegação de apoio judiciário*<sup>(67)</sup>.

No aresto acima referido, o TEDH considerou que houve uma violação do art. 6.º, n.º 1, da CEDH, devido: (i) “à condenação do requerente em segunda instância, sem avaliação directa das provas”; (ii) “à falha de raciocínio seguido pelo Tribunal da Relação de Lisboa quando este decidiu sobre a culpa do requerente”; (iii) “à falta de imparcialidade do Tribunal da Relação de Lisboa quando se pronunciou, em segunda instância, sobre a pena aplicada”.

#### **4. O Direito de Regresso na sequência de condenação do Estado Português pelo TEDH por violação do direito a um processo equitativo**

**XIII.** Como se percebe do acima referido apenas está em causa o tema da tutela secundária promovida pelas acções de responsabilidade civil, em particular, o tema do direito de regresso.

Como também acima foi sinalizado, a particularidade do tema em apreciação — acções de regresso do Estado na sequência de condenações

---

(66) Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, III*, 2007, pp. 140-141. Veja-se que DIMITRIS XENOS, *The positive obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012, p. 198, ss, não deixa de chamar à atenção para a necessidade de ter em conta as garantias exigidas pelo TEDH na investigação criminal. Aliás, à luz do que se referiu sobre a necessidade do Estado assegurar o direito à tutela jurisdicional efectiva sem lacunas não se vê como este direito possa ser respeitado sem que um *standard* adequado de protecção da investigação criminal seja assegurado. Ainda no sentido de que os deveres de investigação criminal devem respeitar os direitos humanos previstos na CEDH, cf. MERRIS AMOS, *Human rights law*, 2006, p. 280, ss.

(67) Veja-se, a este propósito, Ac. do TEDH de 1984-06-28, proc. n.º 7819/77 e 7878/77, *Campbell and fell c. Reino Unido*; Ac. do TEDH de 2012-05-31, proc. n.º 58103/08 e 58158/08, *Sociedade de Construção Martins e Vieira, Lda e O. c. Portugal (n.º 4)*; MERRIS AMOS, *Human rights law*, 2006, p. 338, ss, e AA.VV., *Access to justice as a human right*, 2007, p. 201. Entre nós, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas — Anotado*, 2011, p. 244. O direito ao apoio judiciário está previsto, nomeadamente, no art. 20.º/2 da Constituição e no art. 6.º/3 da CEDH. A violação deste direito pode ter várias causas (e.g. falta de intérprete e impossibilitação de acesso ao processo). Tendemos a considerar que apenas os danos que se verifiquem por mau funcionamento e que tenham por causa a falta do devido apoio judiciário devem ser tidos em causa. Trata-se de uma garantia que se reflecte, em regra, no regular andamento do processo, *a posteriori*, por via de não se assegurar, nomeadamente, o acesso ao tribunal ou o direito de igualdade de armas.

pelo TEDH por violação do direito a um processo equitativo — emerge do facto de a condenação do Estado português ter resultado de um tribunal internacional e não de um tribunal nacional e, mais em particular, de estar em causa um regime de responsabilidade internacional<sup>(68)</sup> não totalmente coincidente com o regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas previsto pelo RRCEE. Podendo, neste cenário, colocar-se a dúvida se o regime do direito de regresso previsto no referido diploma se aplica a este tipo de condenações, desde logo, porque a CEDH não trata deste tema.

**XIV.** Como se referiu, o direito de regresso está previsto ao nível constitucional, no art. 271.º, sendo esta disposição entendida pela doutrina como uma *norma de aplicabilidade directa* limitativa da discricionariedade legislativa na definição dos pressupostos da imputação da responsabilidade, ficando vedada a exclusão, pura e simples, da imputação de responsabilidade aos funcionários<sup>(69)</sup>.

De notar que a ideia de solidariedade, prevista no art. 22.º da Constituição, também aponta no sentido de em certas situações (naturalmente as mais gravosas) o servidor público ser responsável civilmente, surgindo o Estado nestas situações como responsável solidário. Ora, admitida a responsabilidade solidária, importa apurar quais os patrimónios que respondem: Estado/servidor público, só Estado ou só servidor público. Tal apuramento ou ocorre na própria acção de indemnização intentada pelos lesados ou ocorre em acção própria intentada pelo Estado contra os servidores públicos — acção de regresso.

Acresce que o RRCEE nunca exclui o dever de regresso, nomeadamente, dos magistrados — o que prevê é uma norma especial no que tange à efectivação da responsabilidade civil (art. 14.º, n.º 1), isto é, os magistrados (ao contrário dos restantes servidores públicos da administração da justiça) não podem ser demandados directamente pelos lesados<sup>(70)</sup>, apenas podendo

---

<sup>(68)</sup> JORGE MIRANDA, *Curso de direito internacional público*, 2002, p. 318, ss.

<sup>(69)</sup> J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 2010, p. 853.

<sup>(70)</sup> Sobre a possibilidade de os magistrados poderem intervir na acção proposta pelo lesado contra o Estado, cf. PAULA COSTA E SILVA/FILIPA LEMOS CALDAS/TIAGO SERRÃO, “Anotação ao artigo 14.º do regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas”, AA. VV., in *O regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão (Coord.), 2017, p. 724, ss.; e num sentido mais restritivo, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas — Anotado*, 2011, p. 235.



ser demandado o Estado que, posteriormente, pode/deve exercer o direito de regresso sobre o magistrado de modo a apurar a responsabilidade deste, desde logo, em função do seu grau de culpa (*maxime*, ilicitude culposa).

Mesmo que se entendesse que estaria em causa no art. 14.º, n.º 2, do RRCEE uma norma que prevê um direito de regresso facultativo<sup>(71)</sup>, tal opção (*rectius*, decisão administrativa) só pode ser tomada depois de devidamente analisado o acórdão condenatório do Estado português<sup>(72)</sup> por parte do Conselho Superior de Magistratura, do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Conselho dos Julgados de Paz ou pelo Conselho Superior do Ministério Público consoante estejam em causa respectivamente, juízes comuns, juízes administrativos, juízes de paz ou magistrados do Ministério Público ou, alternativamente, pelo Ministro da Justiça (art. 14.º, n.º 2, do RRCEE).

Para além do elemento formal, que resulta da CEDH ter sido introduzida na ordem jurídica nacional pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, devem ter-se em conta os fundamentos do direito de regresso, isto é, o direito de regresso surge como uma concretização do dever de justa repartição de encargos à luz da concreta imputabilidade, para além de poder contribuir para o saudável funcionamento dos serviços públicos.

**XV.** Em síntese, os diferentes argumentos invocados e ainda a ideia de igualdade de tratamento, de justiça e a unidade do ordenamento jurídico impõem que os respectivos órgãos disciplinares sejam notificados pelo representante do Estado português junto do TEDH<sup>(73)</sup> para que aqueles *possam* (isto é, para aqueles que entendem que o dever de regresso é facultativo) ou, melhor, *devam* desencadear um procedimento administrativo de modo a decidir sobre a proposição da acção de regresso contra os alegados responsáveis pelos danos causados por violação do direito a um processo equitativo, sejam estes magistrados, oficiais de justiça ou privados participantes da administração da justiça (*e.g.* agentes de execução)<sup>(74)</sup>.

---

(71) Sobre a nossa posição, cf. RICARDO PEDRO, “Breve introdução ao regime da responsabilidade civil extracontratual pública”, in *Estudos sobre administração da justiça e responsabilidade civil do Estado*, 2016, p. 33, ss.

(72) Deve ser desenvolvido um procedimento administrativo para tal. Ou seja, deve ter lugar um processo de investigação, cf. RUI MEDEIROS, “Anotação ao artigo 6.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e Demais Entidades Públicas*, 2013, p. 152.

(73) Sobre este, cf. FILIPA ARAGÃO HOMEM, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o sistema de protecção de direitos fundamentais nacional: estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*, 2019, p. 174.

(74) RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, 2016, p. 498, ss.

O regime substantivo a aplicar para determinar a verificação da responsabilidade civil pessoal do servidor público deve ser o previsto no RRCEE, em particular, deve apurar-se a verificação dos requisitos: ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade<sup>(75)</sup>. Para além do referido regime, assume especial importância o disposto no art. 8.º do RRCEE, referente à responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave, não tendo aplicação o disposto no art. 8.º, n.º 4, do RRCEE quando estejam em causa magistrados, tal como resulta do art. 14.º daquele diploma.

Por fim, a acção de regresso deve ter lugar no prazo de 3 anos, nos termos do disposto no art. 5.º do RRCEE, sob pena de prescrição. Apesar do referido prazo, o princípio da boa administração e da manutenção da prova impõem que o direito de regresso deva ser accionado num prazo curto.

---

(75) Sobre estes requisitos, entre muitos, cf. RICARDO PEDRO, “Breve introdução ao regime da responsabilidade civil extracontratual pública”, in *Estudos sobre administração da justiça e responsabilidade civil do Estado*, 2016, p. 16, ss.

# A AÇÃO DE ANULAÇÃO NA LAV 2011 (E A SUA DUVIDOSA CONJUGAÇÃO COM O RECURSO DA DECISÃO ARBITRAL): ALGUMAS NOTAS PRÁTICAS

Pela Dra. Sara Nazaré<sup>(1)</sup>

SUMÁRIO:

**Introdução.** **I. *Mise en scène*: apresentação do atual quadro impugnatório regulado na LAV (o artigo 46.º).** 1. Requisitos formais — a junção de cópia certificada e de tradução para português da sentença arbitral. 2. A tramitação do pedido de anulação de acordo com o artigo 46.º, n.º 2 da LAV. **II. A conjugação da ação de anulação da decisão arbitral e do recurso: um casamento instável.** 1. Notas prévias. 2. Uma proposta de solução eficiente quanto à interposição/proposição; 3. A adequação formal por parte do juiz. 4. O resultado do processo impugnatório. **Conclusão.**

## Introdução

Como nota JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “a nova lei de arbitragem voluntária não teve uma génese “normal” (...), não foi preparada nos gabinetes ministeriais”<sup>(2/3)</sup>. Pelo contrário, o Governo<sup>(4)</sup> delegou a sua preparação

---

(1) Advogada. Deixa-se aqui um agradecimento sentido a Filipe Gomes, advogado estagiário, que tornou possível a publicação destes pensamentos.

(2) Fá-lo no prefácio da 1.ª edição da *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* da Associação Portuguesa de Arbitragem, autora do anteprojeto da LAV (DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.ª ed., rev. e at., Almedina, Coimbra, 2015, p. 9).

(3) Sobre as circunstâncias históricas da elaboração do projeto da LAV apresentado, vide ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária”, *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 201 a 205.

(4) XVII Governo Constitucional.

na APA, convidando-a a elaborar um anteprojeto que aproximasse o quadro legislativo português das mais recentes e consolidadas práticas arbitrais internacionais; com esse fim em vista, a nossa lei foi, em larga medida, inspirada na Lei Modelo<sup>(5)</sup>.

Em matéria de impugnação (*challenge*) de decisões arbitrais, a Lei Modelo vai, ela própria, beber inspiração à Convenção de Nova Iorque, que trata do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras<sup>(6)</sup>. Nela se estabelece, no Artigo III, uma obrigação geral<sup>(7)</sup> de reconhecimento das decisões arbitrais estrangeiras proferidas nos outros Estados Contratantes, que apenas pode ser afastada<sup>(8)</sup> caso se verifique algum dos fundamentos elencados no seu Artigo V<sup>(9)</sup>. São esses mesmos fundamentos replicados no art. 36.º da Lei Modelo e que foram, depois, importados pela LAV como alicerces do pedido de anulação da decisão arbitral. Mas ao contrário da Lei Modelo, o art. 39.º, n.º 4 da LAV salvaguarda a possibilidade de as partes terem acordado, numa arbitragem interna<sup>(10)</sup>, a possibilidade de impugnar a decisão arbitral também por via do recurso. É importante ter presente a fonte legal de inspiração da LAV para se compreender alguns dos problemas que hoje se colocam quanto ao tema da impugnação da decisão arbitral — e que anteriormente, na vigência da LAV 86, não existiam.

A LAV 86 contava com três artigos no capítulo dedicado à impugnação da decisão arbitral, dispondo o n.º 3 do seu art. 27.º que os fundamentos da anulação da decisão só poderiam ser apreciados no âmbito do recurso, sempre que este fosse admissível e efetivamente interposto. A LAV não só não conservou norma semelhante, como acrescentou alguns preceitos ao seu art. 46.º que vieram dificultar a tarefa do intérprete, principalmente

---

<sup>(5)</sup> As fontes de inspiração do anteprojeto da LAV de 2011 podem ser consultadas na página oficial da APA.

<sup>(6)</sup> Ao contrário do que sugere a sua epígrafe, trata também, no Artigo II, do reconhecimento da convenção de arbitragem.

<sup>(7)</sup> GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, Estados Unidos da América, 2021, p. 3716 e na doutrina portuguesa, analisando a jurisprudência portuguesa sobre a Convenção de Nova Iorque, veja-se DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais de 1958 na Jurisprudência Portuguesa”, disponível em <www.arbitragem.pt>.

<sup>(8)</sup> Sobre o âmbito desta afirmação, v. Gary Born, *op. cit.*, p. 2554.

<sup>(9)</sup> E que correspondem praticamente à totalidade dos litados no art. 46.º, n.º 3 da LAV, com exceção dos incisos vi) e vii) da alínea a) desse preceito.

<sup>(10)</sup> Sobre a dicotomia arbitragem interna/arbitragem internacional na admissibilidade da impugnação de mérito da decisão arbitral por via do recurso em direito comparado, veja-se LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A Arbitragem Transnacional — A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 281 e 282.

quanto a esta matéria de concertação de regimes. Com efeito, a grande maioria das questões a que procuraremos dar resposta surge da inexistência de norma conciliadora dos regimes previstos para cada um daqueles meios impugnatórios, semelhante ao art. 27.º, n.º 3 da LAV 86 e presente noutros regimes arbitrais<sup>(11)</sup> estrangeiros.

A história da autonomia da arbitragem no panorama jurisdicional português (em relação aos tribunais estaduais) veio conhecendo um retrocesso, sobretudo se considerarmos que a composição de diferendos pela via arbitral surgiu antes da imposição da justiça estatal como reguladora de diferendos<sup>(12)</sup>. Importa, assim, não perder de vista que qualquer conciliação que se procure entre o pedido de anulação e o recurso da decisão arbitral poderá, em parte, contribuir para determinar o grau dessa autonomia, com as inerentes implicações da conclusão a retirar quanto à posição de Portugal como um país (mais ou menos) *arbitration friendly*. A determinação dessa autonomia é um exercício conclusivo interessante do estudo do regime da arbitragem num determinado país.

No rescaldo da aprovação da antecessora da atual lei da arbitragem, a LAV 86, PAULA COSTA E SILVA já perguntava se era então possível afirmar-se que vigorava em Portugal o princípio da autonomia do tribunal arbitral face aos tribunais judiciais<sup>(13)</sup> — e isto num quadro legal em que o recurso só seria afastado por vontade das partes<sup>(14)</sup>. Concluiu que o legislador “tirava com uma mão, aquilo que havia dado com a outra”, ao permitir um controlo muito amplo das decisões arbitrais por parte dos tribunais judiciais<sup>(15)</sup>. Numa outra perspetiva, a solução da LAV 86 fazia impender sobre a justiça estatal uma enorme responsabilidade quanto ao sucesso da arbitragem como meio (efetivamente) alternativo de resolução de litígios<sup>(16)</sup>.

E hoje? Em que ponto do espectro da autonomia da arbitragem nos encontramos? Para dar resposta a estas questões, começaremos por disse-

---

(11) Em França, por exemplo, os artigos do Code de Procédure Civile que regulam o direito da arbitragem tramitam conjuntamente, e de forma harmonizada, o recurso e a ação de anulação (cf. artigos 1494 a 1498 e, inclusivamente, o art. 1493). O mesmo se passa no Reino Unido, nos §67 a 71 do Arbitration Act 1996.

(12) AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA e CÉLIA FERREIRA MATIAS, “*Regresso ao Futuro: Apontamentos sobre a História da Arbitragem*”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 33.

(13) PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *ROA* 52, 1992, p. 894.

(14) Por força do art. 29.º, n.º 1 da LAV 86.

(15) PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 1015.

(16) LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamentos sobre a impugnação da decisão arbitral”, in *ROA* 67, 2007.

car o regime da LAV sobre a tramitação da ação de anulação da sentença arbitral<sup>(17)</sup>, para então aí procurarmos enquadrar, de forma tão eficiente quanto possível, a interposição de recurso (quando seja previsto)<sup>(18)</sup>. Ficará por tratar matérias como a oposição à execução (enquanto fundamento impugnatório), as particularidades das decisões interlocutórias neste contexto, a possibilidade de recorrer ordinariamente do acórdão do Tribunal da Relação e Tribunal Central Administrativo que seja proferido (e, desde logo, o valor da ação para esse efeito)<sup>(19)</sup>, bem como os recursos extraordinários e o recurso para o Tribunal Constitucional<sup>(20)</sup>.

## I. *Mise en scène*: apresentação do atual quadro impugnatório regulado na LAV (o artigo 46.º)

### 1. Requisitos formais — a junção de cópia certificada e de tradução para português da sentença arbitral

É isento de dúvida, parece-nos, que existe na LAV uma clara e evidente predominância, como meio impugnatório da decisão arbitral, da anulação face ao recurso. Desde logo, e à cabeça, porque o art. 39.º, n.º 4 da LAV só admite a revisão de mérito da decisão arbitral em caso de expressa<sup>(21)</sup> previsão das partes nesse sentido<sup>(22)</sup> (o que vem confirmado no art. 46.º, n.º 1,

---

<sup>(17)</sup> Fica de fora o estudo sobre os seus fundamentos, matéria aliás largamente mais tratada pela doutrina (entre outros, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral — Comentário aos artigos 46.º, 51.º e 54.º da Lei da Arbitragem Voluntária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 520 a 535, MARIANA FRANÇA GOUVEIA (coord.), *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 201 a 230, RUI FERREIRA, “Anulação da Decisão Arbitral. Taxatividade dos Fundamentos de Anulação”).

<sup>(18)</sup> É que, fora os casos de previsão pelas partes, é imposto por exemplo pelo art. 3.º, n.º 7 da Lei n.º 62/2011 e (em sentido contrário ao disposto na LAV) pelo art. 8.º, n.º 1 da Lei do Tribunal Arbitral do Desporto.

<sup>(19)</sup> PAULA COSTA E SILVA, “Valor da causa e causas do valor nos processos arbitrais”, *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 199 a 209.

<sup>(20)</sup> ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do Recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, in *Themis IX*, n.º 16, 2009, 185-223.

<sup>(21)</sup> Sobre a expressa manifestação de vontade das partes quanto à recorribilidade da decisão arbitral, vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária — Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 473 e 474.

<sup>(22)</sup> É curioso notar como certas ordens jurídicas admitem o erro grosseiro na interpretação do Direito como causa de anulação da decisão arbitral (por exemplo, na Lei de Arbitragem da República Popular da China).

*in limine*) — e de onde resulta, em geral, a sua inadmissibilidade. Em segundo lugar, a crescer, porque o direito a requerer a anulação da decisão arbitral é, por seu lado, irrenunciável: assim impõe o n.º 5 do art. 46.º<sup>(23)</sup>.

Considerando que a arbitragem voluntária se encontra regulada num diploma próprio — a LAV —, só, claro, o meio de impugnação próprio da arbitragem se encontra aí previsto e tramitado. Essa regulação do processo do pedido de anulação está concentrada no art. 46.º<sup>(24)</sup>, mas dispersa por vários números: em traços gerais, o n.º 2 inclui a maioria das regras de tramitação e o n.º 6 define o prazo para a sua apresentação.

Detenhamo-nos, primeiro, sobre o corpo do art. 46.º, n.º 2.

## 1.1. A junção de cópia certificada de sentença arbitral

### 1.1.1. Fundamentos

O introito do preceito começa por estipular que o pedido de anulação deve ser acompanhado de uma cópia certificada da sentença arbitral anulanda e da sua tradução para português (não necessariamente certificada)<sup>(25)</sup> caso a mesma esteja redigida em língua estrangeira.

A exigência de certificação da cópia da sentença arbitral surge, em grande parte, pelo facto de o pedido de anulação ser apresentado no próprio tribunal que dele conhecerá e não no tribunal que proferiu a decisão, ao contrário daquele que é o regime recursório geral (civil, administrativo, penal ou mesmo constitucional)<sup>(26)</sup>. Nesses casos, o tribunal que recebe a interposição do recurso diligencia pela preparação da sua subida, remetendo os originais ao tribunal superior.

---

<sup>(23)</sup> O n.º 4 do art. 46.º, ao contrário do que parece sugerir o n.º 5 do mesmo artigo, não corresponde a uma renúncia ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral, mas antes a uma preclusão desse direito por falta de invocação atempada da violação verificada, correspondendo antes a uma sanção processual aplicada à parte inerte [neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *op. cit.*, p. 127].

<sup>(24)</sup> Diz-se do “processo do pedido de anulação” porque é no art. 59.º que se fixa a competência para o conhecimento do pedido de anulação e os graus de recurso disponíveis.

<sup>(25)</sup> Parecendo só dever ter de o ser nos casos previstos no art. 134.º, n.º 2 do CPC.

<sup>(26)</sup> Respetivamente, art. 673.º, n.º 1 do CPC, art. 145.º do CPTA (ou, se considerarmos que tal preceito não regula a matéria de forma expressa mas apenas *a contrario sensu*, art. 140.º do mesmo diploma que manda aplicar subsidiariamente o disposto na lei processual civil), art. 414.º, n.º 3 do Código de Processo Penal (ou, se novamente se considerar não existir norma expressa, art. 4.º desse mesmo Código, que manda observar as normas do processo civil) e art. 76.º da Lei do Tribunal Constitucional.

No contexto arbitral, e considerando que a prolação da sentença final implica o término do processo arbitral (art. 44.º, n.º 1, primeira parte da LAV), término esse que por sua vez determina a cessação das funções do tribunal arbitral (art. 44.º, n.º 3)<sup>(27/28)</sup>, outra parece que não poderia ser a solução. Mas quando seja prevista a recorribilidade da decisão arbitral, a LAV não regula onde deve o recurso ser interposto, nem se esta regra da apresentação do pedido de anulação no tribunal competente para dele conhecer se altera de alguma forma. Já regressaremos a estes temas lacunares<sup>(29)</sup>.

### 1.1.2. Competência certificatória

Os termos simplistas com que a LAV regula a necessidade de a cópia da decisão arbitral ser certificada parece sugerir que tal certificação possa ser executada por qualquer pessoa que, nos termos da lei notarial, tenha competência para emitir certificações de cópias. Referimo-nos, portanto, não apenas aos notários, mas também aos advogados<sup>(30)</sup>. Neste caso,

---

(27) A terminologia empregue pelo art. 44.º da LAV está longe de ser uniforme, o que pode gerar algumas confusões concetuais. O art. 44.º tem por epígrafe “encerramento do processo”, o que sugeriria que abrangeria todas as realidades que determinam tal encerramento. Mas no n.º 1 parece sugerir que o “término do processo arbitral” só se dá com a prolação da sentença final (o que representaria uma consequência automática da obtenção da finalidade do processo arbitral — e que é, tipicamente, a resolução do litígio), enquanto a figura do “encerramento” estaria reservada aos casos elencados no n.º 2 e que representam fins anormais do processo (anormais no sentido em que o diferendo não foi resolvido por decisão final de mérito, mas por um outro facto diferente da resolução de mérito do litígio, função última dos árbitros). A ser assim, a previsão do seu n.º 3, de que cessam as funções do tribunal quando se dá o encerramento do processo, não ocorreria caso o processo findasse em virtude do seu término decorrente da prolação da decisão arbitral. Não nos parece que tal interpretação literal possa ser acolhida. E a correta solução estará, assim o cremos, precisamente na natureza do comando que põe fim ao processo arbitral. Ter-se-á de considerar que o processo arbitral encerra em qualquer um dos casos, mas que no caso da primeira parte do n.º 1 do art. 44.º o encerramento se dá de forma automática, enquanto no segundo ele é ordenado pelo tribunal, não obstante não ser proferida uma decisão final de mérito. Notando as discrepâncias terminológicas do preceito, mas numa outra perspectiva, vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, pp. 519 a 521 e 523 a 524.

(28) É igualmente curioso que o processo arbitral encerre com a prolação de uma decisão — seja uma decisão final de mérito, seja uma decisão que ordene o seu encerramento e que pode, inclusivamente, revestir a natureza de decisão homologatória — mas que, até à sua notificação às partes, ela não produza efeitos (art. 42.º, n.º 6 da LAV). Poder-se-á então, em teoria, configurar um hiato temporal em que não existe processo arbitral, nem decisão jurisdicional eficaz.

(29) *Infra*, capítulo II. B.

(30) Neste sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 170, DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), *op. cit.*, p. 123 e MARTA ALVES VIEIRA, “A Competência dos Tribunais Estaduais na Arbitragem — Anotação ao Artigo 59.º da LAV”, obra inédita, p. 37.



poderia colocar-se aqui o problema da violação do dever de sigilo imposto a todos os intervenientes processuais, por força do art. 30.º, n.º 5 da LAV. Mas considerando que tal certificação se destinará a instruir um pedido de anulação (cabendo, portanto, em parte na exceção da necessidade para defesa dos direitos das partes), que ficará posteriormente ademais sujeito à publicidade geral do regime civil constante dos arts. 162.º e 163.º do CPC, não vemos — salvo casos patológicos de certificações requeridas enganosamente para instrução de um pedido de anulação — que o problema se coloque em termos práticos.

Também somos da opinião que o presidente do tribunal arbitral — e, por maioria de razão, o tribunal arbitral enquanto órgão colegial — mantém essa competência<sup>(31)</sup>, que pode ser delegada no secretário (se existir), seguindo um entendimento semelhante ao plasmado no art. 170.º do CPC. Sendo os tribunais arbitrais considerados como uma categoria de tribunais por força do art. 209.º, n.º 2 da CRP, não vemos que não lhe fossem concedidas essas mesmas competências<sup>(32)</sup>.

## 1.2. A junção de tradução para português da sentença arbitral redigida em língua estrangeira — um requisito justificável?

Uma outra exigência formal se encontra no introito do art. 46.º, n.º 2: a apresentação de tradução para português de decisão redigida em língua estrangeira. Vai esta exigência em parte ao encontro do art. 134.º do CPC (que se manteve inalterado em relação ao art. 140.º do seu antecessor) e que dispõe que o juiz ordena ao apresentante de um documento escrito em língua estrangeira que junte a sua tradução para português, quando “careçam de tradução”<sup>(33)</sup>.

No caso da decisão arbitral anulanda, é evidente que as partes entendem a língua em que a sentença esteja redigida, uma vez que, em princípio, a terão escolhido. Mesmo que não a tenham escolhido, seja na con-

---

(31) Sendo uma tal certificação de natureza que se pode considerar autêntica.

(32) O que, como veremos, não contendo com o art. 44.º da LAV (cf. capítulo II, 2.2. abaixo).

(33) O Código de Processo Civil de 1939 era mais permissivo (mais moderno?) ao admitir que a tradução para português de documentos redigidos em língua estrangeira ficasse na discricionariedade do juiz, que podia ordenar a sua junção, oficiosamente ou a requerimento da parte contrária, ou dispensá-la caso todos os intervenientes (o próprio juiz e as partes) estivessem familiarizados com a língua em causa. *Vide*, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1945, p. 41.

venção de arbitragem, seja em escrito posterior, cabe essa escolha ao tribunal arbitral, que deverá ter em conta as circunstâncias do caso e a conveniência das partes<sup>(34/35)</sup>. E mesmo que assim não fosse, *i.e.*, mesmo que o tribunal arbitral entendesse, numa cenário pouco verosímil, escolher como língua do processo uma língua totalmente estranha às partes (ou apenas a uma delas) e com a(s) sua(s) expressa(s) oposição(ões), sempre seria tal facto justificativo de um pedido de anulação, por violação dos princípios contidos no art. 30.º, n.º 1 da LAV. Seja como for, trata-se de uma hipótese remota e mesmo rocambolesca — mas que, a existir, encontraria conforto numa solução legal.

Serviu esta breve incursão, no entanto, para demonstrar que a necessidade de apresentação de tradução da decisão arbitral surge um pouco distanciada daquela que é hoje — e vai sendo cada vez mais — a realidade do domínio linguístico plural da generalidade dos operadores jurídicos. Não se pretende com isto dizer que a tradução deva ser sempre dispensada, mas sugerir apenas que o juiz a pudesse dispensar. Na verdade, a apresentação de uma tradução — que, note-se, não tem de ser certificada<sup>(36)</sup>, ainda que seja previamente acordada com a parte contrária, ou sequer aprovada pelo tribunal — pode inclusivamente levantar problemas (de incorreções terminológicas potencialmente irrelevantes, por exemplo, mas que façam protelar o andamento do processo) que não existiriam caso todo o processo de anulação se fundasse num documento único<sup>(37)</sup>. E nada impediria que, mesmo num caso de dispensa de apresentação de tradução por parte do juiz, uma das partes requeresse a sua junção por sentir que o documento não estaria a ser devidamente apreendido.

### 1.3. Consequências do incumprimento

Perguntamo-nos, quanto às exigências de junção de cópia certificada da decisão arbitral e da apresentação da sua tradução para português quando

---

<sup>(34)</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 396.

<sup>(35)</sup> Não sendo possível encontrar-se uma língua em comum com os interesses, deve(m) o(s) árbitro(s) que não domina(m) a língua pretendida escusar-se da função, por superveniente impossibilidade no desempenho das suas funções.

<sup>(36)</sup> ARMINDO RIBEIRO MENDES, Tópicos para a intervenção na Relação de Évora (17.05.2011), disponível em <<http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CIVEL/Estu doDrArmin-doRMendes.pdf>>

<sup>(37)</sup> Veja-se como a Convenção de Nova Iorque exige uma tal certificação, no seu Artigo IV, n.º 2.

esteja redigida em língua estrangeira, se a sua não apresentação será motivo de indeferimento liminar do pedido de anulação (assumindo a sua admissibilidade no pedido de anulação)<sup>(38)</sup>.

O CPC tem vindo a reconhecer efeitos cominatórios cada vez mais gravosos aos incumprimentos de requisitos formais às partes<sup>(39)</sup>, pelo que no espírito sancionatório do CPC teríamos de concluir que haveria lugar ao indeferimento liminar. Por discordarmos dessa resposta desequilibrada que foi encontrada para esses desígnios de celeridade e simplificação processuais, entendemos que deve ser formulado um convite ao requerente para que junte os documentos em falta, sob pena de ver precluído o seu direito à anulação. Aliás, é o próprio requerente quem tem mais interesse em que o seu pedido seja rapidamente tramitado, o que não poderá acontecer até à junção desse(s) documento(s) em falta uma vez que a citação impõe a remessa ao requerido do duplicado do requerimento inicial e da cópia dos documentos que o acompanham<sup>(40)</sup>. Parece-nos assim que, numa tal situação, o juiz se deverá socorrer do art. 6.º, n.º 2 do CPC (no caso da tradução, conjugando-o com art. 134.º, n.º 1 também do CPC), e convidar o requerente a juntar a cópia certificada da sentença arbitral e/ou a tradução da sentença para português.

---

<sup>(38)</sup> A possibilidade de haver lugar ao indeferimento liminar na ação de anulação não é evidente e depende, por um lado e em parte, da configuração que se faça da natureza desta ação e, por outro lado, do entendimento que se tenha quanto ao alcance da estipulação, no art. 46.º, n.º 2, alínea *e*) da LAV, da aplicação das regras da tramitação do recurso de apelação (aplicável com as necessárias adaptações) — a que abaixo regressaremos, no capítulo I. B. i.

<sup>(39)</sup> Um dos mais gravosos (e mesmo desproporcional) prende-se com a não apresentação de conclusões nas alegações de recurso. Não se insere no objeto do presente trabalho, pelo que não será aqui abordada a questão da inconstitucionalidade do art. 641.º, n.º 2, alínea *b*) do CPC, na parte em que não admite a possibilidade de o relator emitir um despacho de aperfeiçoamento em caso de não apresentação de conclusões por parte do recorrente (inconstitucionalidade essa, bem o sabemos, rejeitada inúmeras vezes pelo Tribunal Constitucional).

<sup>(40)</sup> Art. 227.º, n.º 1 do CPC, a que aqui recorremos por força da determinação da aplicação do regime da citação à previsão do art. 46.º, n.º 2 alínea *b*) da LAV e que abaixo melhor densificamos (capítulo I. B. ii. B. 2.).

## 2. A tramitação do pedido de anulação de acordo com o artigo 46.º, n.º 2 da LAV

### 2.1. O alcance da estipulação da aplicação das regras da tramitação do recurso de apelação

A ação de anulação da decisão arbitral prevista e regulada no artigo 46.º da LAV é uma ação declarativa constitutiva<sup>(41)</sup> de processo especial<sup>(42)</sup> — a saber, o processo regulado nas alíneas *a*) a *f*) do n.º 2 do art. 46.º da LAV<sup>(43)</sup>. Apesar do seu parco número, muitas são as questões que surgem destas seis alíneas, que assim se apresentam:

*2 — O pedido de anulação da sentença arbitral, que deve ser acompanhado de uma cópia certificada da mesma e, se estiver redigida em língua estrangeira, de uma tradução para português, é apresentado no tribunal estadual competente, observando-se as seguintes regras, sem prejuízo do disposto nos demais números do presente artigo:*

- a) A prova é oferecida com o requerimento;*
- b) É citada a parte requerida para se opor ao pedido e oferecer prova;*
- c) É admitido um articulado de resposta do requerente às eventuais exceções;*
- d) É em seguida produzida a prova a que houver lugar;*
- e) Segue-se a tramitação do recurso de apelação, com as necessárias adaptações;*
- f) A ação de anulação entra, para efeitos de distribuição, na 5.ª espécie.*

A primeira interrogação que nos coloca este rol prende-se com a sua organização, questão relevantíssima no apoio a dar à discussão a que abaixo nos dedicaremos sobre quais os limites da aplicabilidade das normas sobre a tramitação da apelação nesta ação. Pois bem, a leitura das quatro primeiro alíneas sugere uma tramitação cronológica (sequencial) do processo: não apenas as fases descritas se processam, logicamente, de acordo com ordem em que surgem [é primeiro apresentado o requerimento de pedido de anulação, em que se oferece a prova dos factos alegados —

---

<sup>(41)</sup> Seguimos aqui, na totalidade, o pensamento de PAULA COSTA E SILVA. Com efeito, e apesar de então se debruçar sobre a LAV 86, os efeitos da anulação de uma decisão arbitral mantêm-se os mesmos. Abaixo retomaremos a questão, no capítulo II. D. (PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, pp. 948 a 950).

<sup>(42)</sup> Vide Acórdão do Supremo Tribunal de 09/10/2020, Proc. n.º 661/18.4YRLSB.S1.

<sup>(43)</sup> Por força do art. 546.º, n.º 2 do CPC.

alínea *a*); a parte requerida é depois citada para se opor, oferecendo também prova sobre a matéria impugnada ou excepcionada — alínea *b*); admite-se um articulado de resposta caso sejam deduzidas exceções — alínea *c*); produz-se a prova necessária sobre os factos alegados — alínea *d*)], como a inclusão da expressão “*em seguida*” na alínea *d*) oferece uma correlação sequencial direta em relação alínea anterior. Inexistindo qualquer indicação em contrário, da leitura destas quatro primeiras alíneas dir-se-ia que a alínea *e*) regularia a fase processual seguinte à indicada na alínea *d*) — e que, portanto, só após a produção de prova o processo seguiria a tramitação do recurso de apelação; até aí, seguiria apenas o disposto nas alíneas *a*) a *d*) do preceito sob análise. Será assim?

Dois motivos suportam solução diversa. O primeiro prende-se com a arrumação da alínea *f*) (nesse art. 46.º, n.º 2) que é dedicada à distribuição da ação e que surge após a citação da parte requerida, depois ainda da admissibilidade de um articulado de resposta do requerente e da produção de prova. Com efeito, nos termos do CPC, a distribuição antecede (em regra) a citação e, por maioria de razão, a apresentação da resposta às exceções do requerente e a produção de prova. Significa isto que a disposição das alíneas do art. 46.º, n.º 2 da LAV não foi feita, pelo menos integralmente, de forma processualmente sequencial, ao contrário do que inicialmente pudesse parecer. O segundo motivo que concorre para uma tal conclusão é a escolha, na alínea *e*), pela expressão “[*s*]segue-se a tramitação do recurso de apelação”. A expressão “segue-se” poderia ter aqui uma interpretação semelhante à da expressão “em seguida” contida da alínea anterior e que mencionámos antes. Mas parece-nos que ela significa “observa-se” e não “prosssegue-se”, interpretação que é ademais consentânea com o espírito do anteprojeto apresentado pela APA, que tinha como propósito muito claro separar, tanto quanto possível, a ação de anulação da ação comum do CPC<sup>(44)</sup>.

Somos, pois, da opinião que a aplicação das disposições gerais da ação comum só deve ter lugar em caso de lacuna absoluta na tramitação da apelação. Assim sendo, e tendo ainda em conta que, como vimos, as alíneas do n.º 2 do art. 46.º não estão sequencialmente dispostas, parece-

---

<sup>(44)</sup> No projeto de nova LAV apresentado em 2011 ao Governo, escrevia a APA em nota justificativa ao art. 46.º: “[*p*]revê-se agora que a impugnação da sentença arbitral deva ser feita através de um pedido tramitado como se de um recurso de apelação se tratasse (apesar de, em regra, não se admitir apelação da sentença arbitral, por força do disposto no art. 38.º, n.º 2), em vez de o ser através uma ação comum interposta num tribunal estadual de primeira instância”. Neste sentido, também o autor desse projeto (ANTÓNIO SAMPAIO DE CAMELO, *op. cit.*, p. 236).

-nos que a tramitação do recurso de apelação deve ser observada durante toda a ação de anulação (necessariamente, claro, com as devidas adaptações)<sup>(45)</sup>. E esta conclusão está longe de ser irrelevante. Com efeito, admitir que a tramitação da apelação apenas seria aplicável após a produção de prova a que houvesse lugar colocaria algumas dúvidas de interpretação dificilmente resolúveis e levaria a interpretações, assim o julgamos, não queridas pelo legislador. Seria, por exemplo, admissível decisão liminar do relator<sup>(46)</sup>? A produção de prova a que se refere a alínea *d*) pressuporia a convocação de audiência prévia (que admitiria reclamação em 10 dias, nos termos do art. 593.º, n.º 3, para por exemplo inclusão de finalidades não elencadas com posterior recurso do despacho que conhecesse dessa reclamação)? E a prolação do despacho previsto no art. 596.º, n.º 1? Já a admissibilidade da fixação de efeito suspensivo à impugnação não levantaria problemas, na medida em que ela é expressamente admitida pelo art. 47.º, n.ºs 3 e 4 da LAV (sendo que de acordo com a leitura não-sequencial do art. 46.º, n.º 2, como a que defendemos, a sua previsão nem seria necessária na medida em que ela já resultaria das regras da apelação). E em matéria de prazos, por onde nos regemos?

## 2.2. Os prazos da ação de anulação

### 2.2.1. O prazo de apresentação de pedido de anulação — sua natureza

A maior lacuna do art. 46.º da LAV é, sem dúvida, em matéria de prazos. É aí que a regulação da ação de impugnação se torna definitivamente mais confusa, representando um desafio considerável para os intérpretes. O único prazo que contém é o do n.º 6, onde se estabelece um prazo de 60 dias para a apresentação do pedido de anulação, a contar da data do recebimento da notificação da sentença ou da data do recebimento<sup>(47)</sup> da decisão sobre o requerimento apresentado nos termos do art. 45.º.

---

(45) Em sentido contrário, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, Coimbra, 3.ª ed., 2014, p. 209, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 553.

(46) Considerando, nomeadamente, que foi eliminada a possibilidade de indeferimento liminar na ação comum, prevista no art. 234.º-A do Código de Processo Civil de 1995.

(47) Subscrevemos na íntegra a opinião de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (*et. al.*) quanto à necessária interpretação constitucionalizante deste preceito (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, pp. 574 e 575), solução que já havia sido anteriormente preconizada por outros autores (DÁRIO MOURA

Tem-se discutido a natureza jurídica deste prazo como sendo ou não processual, uma vez que tal caracterização tem relevância na determinação do regime da sua contagem. Partindo da noção de que um prazo processual é aquele que é fixado para a prática de um ato processual<sup>(48)</sup>, o prazo para a propositura de ações não se enquadra nesta definição uma vez que ele pressupõe que a instância já exista (o que só acontece com a proposição da ação, nos termos do art. 259.º, n.º 1 do CPC). Se aliarmos esta afirmação ao facto de o decurso do prazo de propositura da ação seguir o regime da caducidade dos direitos civis, nos termos do art. 332.º do Código Civil<sup>(49)</sup>, não nos parece possível — *de jure constituto* — admitir a natureza processual deste prazo<sup>(50)</sup>. Em qualquer caso, a verdade é que a afirmação da novidade desta ação, no sentido de inexistir qualquer base processual que suporte tal natureza desse prazo, é, na verdade, uma ficção<sup>(51)</sup>: a ação de anulação (designada, aliás, por “pedido de anulação” na epígrafe do art. 46.º da LAV) é espoletada num contexto totalmente processual: o do processo arbitral.

Mas considerando as preocupações de celeridade que, entre outras, presidem à escolha do fórum arbitral em detrimento do fórum estadual, não nos parece dever qualificar-se este prazo como processual<sup>(52)</sup> não devendo, por isso, haver lugar à aplicação do regime do art. 138.º do CPC à apresentação do pedido de anulação — nomeadamente, o da suspensão do seu prazo em férias. Pelo mesmo motivo nos parece ser de afastar a possibilidade de requerer a anulação nos três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do prazo, sujeitando esse requerimento ao pagamento da multa prevista no art. 139.º, n.º 5 do CPC<sup>(53)</sup>.

VICENTE, *op. cit.*, p. 127, PEDRO METELLO DE NÁPOLES e CARLA GÓIS COELHO, “A arbitragem e os tribunais estaduais — alguns aspectos práticos”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, Almedina, Coimbra, 2012, p. 216 e MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 180).

<sup>(48)</sup> ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.ª ed., 3.ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2006, p. 1092.

<sup>(49)</sup> Sobre o percurso histórico do artigo do CPC que estabelece que o regime dos prazos para a propositura de ações nele previstos, artigo 138.º, n.º 4 do CPC (no CPC de 1995, art. 144.º, n.º 4), vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO, *Código de Processo Civil — Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 250 e 251.

<sup>(50)</sup> Neste sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 298 e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 575.

<sup>(51)</sup> Em sentido contrário, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral — Comentário aos artigos 46.º, 51.º e 54.º da Lei da Arbitragem Voluntária*, p. 27.

<sup>(52)</sup> Concluem diversamente ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 745, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2016, p. 457 e Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 06/09/2016, Proc. n.º 158/15.4YRCBR.S1 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de janeiro de 2020, no âmbito do processo n.º 661/18.4YRLSB-2.

<sup>(53)</sup> Na esteira do defendido por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 575.

Depois da submissão do pedido de anulação da decisão arbitral: o vazio. A LAV é totalmente silenciosa quanto aos demais prazos a observar durante o processo. Será que a aplicação das regras previstas quanto à tramitação do recurso de apelação, que acima vimos que se impunham, colmata esta lacuna?

### 2.2.2. O prazo de oposição da parte requerida

**a) Natureza da notificação do requerido para se opor.** O primeiro prazo sobre o qual nos iremos debruçar é, numa construção sequencial, o da oposição ao pedido de anulação. E há que começar por notar que, nos termos da alínea *b*) do art. 46.º, n.º 2 da LAV, é a parte requerida *citada* para o efeito — não notificada. É-o, assim nos parece, por ser esta uma ação própria e relativamente autónoma (apesar de tudo...), no sentido em que é independente — processualmente — do processo arbitral que culminou na decisão anulanda. E para este efeito em particular (ou seja, da bondade da solução legal de se proceder à citação, e não notificação, da parte requerida), é de tal forma autónoma que é intentada num tribunal diferente daquele onde correu o processo, não tendo pois a parte requerida qualquer informação sobre este processo impugnatório até ser para tanto citada. Ora, nos termos do art. 219.º, n.º 1 do CPC, a citação é, efetivamente, o ato pelo qual se dá conhecimento ao (neste caso) requerido de que foi proposta contra ele determinada ação, chamando-o ao processo com um intuito determinado que é o de se defender. A alínea *b*) do art. 46.º, n.º 2 da LAV esclarece, nesta senda, que a parte requerida é citada “*para se opor ao pedido*”. O ato processual da citação parece assim perfeitamente enquadrado nesse propósito estabelecido na alínea *b*) do art. 46.º, n.º 2 da LAV. Mas importa não esquecer que as realidades concetuais são mais do que meras definições e comportam consigo regimes inteiros. No caso da citação, falamos sobretudo dos arts. 219.º a 246.º (que abordaremos de seguida), 564.º<sup>(54)</sup> e 569.º [de que falaremos nos pontos *b*), *c*) e em parte *d*) abaixo] do CPC.

Os arts. 219.º a 246.º do CPC dispõem, sobretudo, sobre as várias modalidades de citação e as regras específicas de cada uma. Parece-nos, com as necessárias adaptações, que todas serão aplicáveis à citação do requerido da ação de anulação da decisão arbitral — consoante, claro está,

---

<sup>(54)</sup> Norma que, para o que aqui nos ocupa, não nos parece levantar problemas quanto à tramitação dos meios impugnatórios que são objeto deste texto.



a sua natureza (singular ou coletiva). É certo que o pedido de anulação visará uma decisão arbitral que representa o culminar de um processo arbitral em que a parte requerida participou e, nessa medida, a sua chamada à ação de anulação nunca pode ser tida como totalmente inesperada. Mas por outro lado, as preocupações que envolvem a delicadeza da citação regulada em termos gerais no CPC parecem existir, de igual forma, numa ação de anulação — sobretudo se o português não for a língua escolhida no processo arbitral. Com efeito, o pedido de anulação tem forçosamente de ser apresentado em língua portuguesa, por força do art. 133.º, n.º 1 do CPC, pelo que se a parte requerida não dominar o português a apresentação da sua defesa será, à partida, dificultada. Parece-nos, assim, dever prevalecer a segurança jurídica e a garantia da tutela jurisdicional efetiva do requerido, sendo aplicáveis à citação prevista no art. 46.º, n.º 2, alínea *b*) da LAV as disposições do CPC que regulam a citação. Nesta medida, a consagração da figura da citação como forma de notificação do requerido importa também, claro está, que seja acompanhada de todo o seu regime [e, desde logo, do previsto na Convenção de Haia Relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, bem como o constante do Regulamento (CE) n.º 1393/2007, de 13 de Novembro, relativo à citação e notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros].

**b) A dilação.** Face à conclusão anterior, importa agora clarificar que não nos parece, no entanto, dever o art. 245.º do CPC ser considerado aplicável à ação de anulação. A aplicabilidade da dilação ao prazo de defesa do requerido suscita-nos as maiores dúvidas. Como referimos, o pedido de anulação da decisão arbitral surge totalmente enquadrado no contexto de um processo anterior, que a parte requerida domina necessariamente por nele ter participado, não se justificando — parece-nos — a consagração de qualquer dilação. Desde logo, porque o objeto do pedido de anulação será uma decisão arbitral que foi notificada ao requerido; depois porque os fundamentos invocados para o fundamentar terão muitas das vezes de se basear em circunstâncias já invocadas no processo, por força do disposto no art. 46.º, n.º 4<sup>(55)</sup>; por fim, porque mesmo que o fundamento da anulação não haja sido anteriormente invocado nos termos do n.º 4 do art. 46.º, sempre terá de resultar de circunstâncias próprias do pro-

---

<sup>(55)</sup> Com efeito, se a parte lesada pelo desrespeito de qualquer disposição da LAV ou de uma condição acordada na convenção de arbitragem não deduzir imediata oposição a tal desrespeito, verá precluída a possibilidade de requerer a anulação da decisão arbitral com base nesse fundamento.

cesso arbitral em que o requerido foi parte. Também os motivos de celeridade (em que fundámos, parcialmente, a nossa discordância quanto à caracterização do prazo de propositura da ação de anulação como sendo processual) encontram aqui fundamento.

**c) O prazo.** Chegamos por fim à questão mais delicada: o prazo para apresentação da oposição ao pedido de anulação. É de lamentar que a sua delicadeza, que se traduz no mais elementar direito à tutela jurisdicional efetiva do requerido, não tenha forçado o legislador a regular conclusivamente a matéria, deixando aos intérpretes opções tão variadas como as que de seguida sumariamente expomos: (i) de acordo com a norma supletiva do art. 149.º, n.º 1 do CPC (ou do art. 29.º do CPTA, no caso de a jurisdição ser a administrativa), o prazo para as partes exercerem qualquer ato processual é, na falta de disposição especial, de 10 dias; (ii) por outro lado, e nos termos do art. 569.º, n.º 1 também do CPC, o réu pode contestar no prazo de 30 dias a contar da citação; (iii) seria ainda compaginável um prazo de 60 dias, à semelhança do atribuído à parte requerente (por remissão do art. 637.º, n.º 5 do CPC, *ex vi* art. 46.º, n.º 2, alínea e) da LAV). Pois bem, entre a primeira e a última opção contam-se 50(!) dias de diferença. Se é certo que, de acordo com o art. 227.º, n.º 2 do CPC, o prazo para apresentar a oposição ao pedido de anulação deve constar do ato de citação e que as partes não podem em caso algum ser prejudicadas pelos erros dos atos praticados pela secretaria judicial, nos termos do disposto no art. 157.º, n.º 6 também do CPC, a verdade é que a insegurança jurídica que envolve este prazo e a gravidade da cominação processual do seu incumprimento pode levar os operadores jurídicos, com base na ilustre doutrina das cautelas, a apresentar a sua oposição no prazo mais curto de 10 dias.

Parece-nos que todas as posições são igualmente defensáveis e têm fundamento. Mas começando pelo prazo mais curto, diremos que o prazo de 10 dias é aquele que nos parece mais dificilmente admissível<sup>(56)</sup>. Com exceção, por exemplo, do regime contraordenacional geral de interposição de recurso para a Relação<sup>(57)</sup> —, são raríssimos (senão praticamente inexistentes), na lei portuguesa, casos de interposição de recurso com apresentação simultânea de alegações em 10 dias (e, portanto, prazos de contra-alegações de recurso em prazo idêntico) — com exceção de alguns processos urgentes. O mesmo se diga do primeiro articulado da parte pas-

---

<sup>(56)</sup> Afirmando que tal prazo de “rejeitar liminarmente”, ANTÓNIO SAMPAIO DE CARAMELO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>(57)</sup> Cf. Acórdão do STJ de fixação de jurisprudência n.º 1/2009.

siva sobre o fundo do objeto do litígio (contestações e oposições), que também só nas providências cautelares — que têm sempre natureza urgente — devem ser apresentadas em 10 dias. Trata-se de um prazo manifestamente curto para preparação de uma defesa contra um pedido de anulação de uma decisão arbitral, sobretudo se considerarmos a complexidade de alguns dos fundamentos de anulação (nomeadamente, a matéria da violação da ordem pública internacional do Estado português). Partilhamos aqui da opinião de alguma doutrina que entende que um prazo de 10 dias para oposição ao pedido de anulação representaria uma ofensa ao direito à tutela jurisdicional efetiva<sup>(58)</sup>, constitucionalmente consagrado no art. 20.º da CRP<sup>(59)</sup>. Considerando o quadro de incerteza, e não obstante uma postura cautelosa poder exigir que se cumpra um tal prazo, somos da opinião que a interpretação do art. 46.º, n.º 2, alínea *b*) da LAV no sentido de que impõe um prazo de oposição ao pedido de anulação da decisão arbitral de 10 dias é materialmente inconstitucional, por violar o direito ao processo equitativo consagrado no art. 20.º, n.º 4 da CRP<sup>(60/61)</sup>.

Vejamus agora a possibilidade de serem concedidos 60 dias para a parte requerida se opor ao pedido de anulação. Além de baseado na mera igualdade “num rica” (simplifiquemos assim) entre as partes, a admissibilidade deste prazo poderia, em teoria, ser encontrada por aplicação das regras da tramitação do recurso de apelação<sup>(62)</sup>. Com efeito, o art. 638.º, n.º 5 do CPC, que não faz qualquer remissão para o seu n.º 1, estabelece de forma literal que o recorrido pode responder à alegação do recorrente em prazo idêntico ao da interposição. Assumindo que se aplicam estas regras a todo o processo de anulação, como acima defendemos, seria de atribuir ao

---

<sup>(58)</sup> Nomeadamente, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 300 e ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Tópicos para a intervenção na Relação de Évora (17.05.2011)”, disponível em <www.arbitragem.pt> e “A Nova Lei de Arbitragem Voluntária Evolução ou Continuidade”, disponível em <www.trp.pt>.

<sup>(59)</sup> Por violação do direito ao processo equitativo, na sua vertente do direito a prazos razoáveis de ação ou de recurso (neste sentido, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada*, Vol. I., 4.ª ed., rev., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 415 e 416 e variadas decisões do Tribunal Constitucional).

<sup>(60)</sup> No sentido da sua admissibilidade, *vide* MANUEL PEREIRA BARROCAS, *op. cit.*, p. 170, DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *op. cit.*, p. 124, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Balanço de um ano de vigência da nova lei de arbitragem voluntária”, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 156 e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (COORD.), *op. cit.*, pp. 553 e 554.

<sup>(61)</sup> *Vide, inter alia*, Acórdãos n.ºs 247/02, 250/2008 do Tribunal Constitucional.

<sup>(62)</sup> Eventualmente, e para os que consideram a ação de anulação como uma realidade próxima do recurso de revisão, poderiam talvez entender aqui que se aplicaria o seu prazo geral. Vemos esta hipótese mais dificilmente fundamentável, mas deixamos em aberto para os defensores de uma tal caracterização da ação de anulação.

requerido um prazo idêntico ao prazo concedido ao requerente para apresentar o pedido de anulação. Mas não nos parece que assim deva ser. A natureza jurídica do prazo para apresentação do pedido de anulação, sobre o qual acima nos debruçámos brevemente<sup>(63)</sup>, sugere que a igualdade das partes não possa ser vista de forma puramente quantitativa. Com efeito, os prazos de caducidade para propositura de uma qualquer ação são, por regra, muito mais alargados que qualquer prazo processual<sup>(64)</sup> (e normalmente bem mais amplos que 60 dias). Se é verdade que aqui não estamos no contexto de uma ação iniciada *ex novo* como o são a generalidade das ações sujeitas a prazo de caducidade quanto à sua propositura (pois que, como acima vimos, se trata de uma ação que tem por objeto um ato processual — a sentença arbitral — que representa o desencadear de todo um outro processo que lhe é imediatamente anterior e do qual depende)<sup>(65)</sup>, é igualmente verdade que, do ponto de vista da igualdade substancial, tanto a parte requerente como a requerida dispõem do mesmo prazo para analisar a sentença arbitral e decidir impugná-la (ou não) e em que termos<sup>(66)</sup>. A igualdade de partes consagrada no art. 20.º da CRP não é total e absoluta — sob pena de todo e qualquer prazo processual dever ser sempre o mesmo e igual para todas as partes.

Tudo sopesado, somos da opinião que o prazo para apresentação da oposição da parte requerida deve ser de 30 dias<sup>(67/68)</sup> — seja por via da aplicação direta do regime geral da citação, seja por via de uma interpretação harmonizada do art. 638.º, n.ºs 1 e 5 do CPC, aplicável *ex vi* art. 46.º, n.º 2, alínea *e*) da LAV. Não apenas porque encontra fundamento em qualquer das visões concetuais do pedido de anulação (mais próximo da realidade recursória ou mais próximo da conceção deste pedido como uma ação autónoma), mas também porque representa, materialmente, um prazo adequado ao ato processual em causa, sendo o mesmo dificilmente considerado como inconstitucional, por exíguo.

---

<sup>(63)</sup> Capítulo I. B. ii. a.

<sup>(64)</sup> Como corretamente nota MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 300.

<sup>(65)</sup> O que poderia sugerir que a discrepância de prazos entre parte ativa e passiva teria menos fundamento.

<sup>(66)</sup> A nota, pertinente, é de PEDRO METELLO DE NÁPOLES e CARLA GÓIS COELHO, *op. cit.*, p. 216.

<sup>(67)</sup> Tal como sustenta ABRANTES GERALDES em “Assistência e cooperação dos tribunais judiciais aos tribunais arbitrais, em especial na produção de provas”, *Intervenções — VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da C.C.I.P.*, Almedina, 2015, p. 59.

<sup>(68)</sup> Como o entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa no seu Acórdão de 6 de maio de 2021, no âmbito do processo n.º 646/20.0YRLSB. Ainda que sem pronúncia expressa dos Venerandos Desembargadores da Relação de Lisboa, foi concedido um prazo de 30 dias no ofício de citação dos processos n.ºs 1578/18.8YRLSB e 407/19.0YRLSB.

**d) O caso da pluralidade de requeridos.** Parece-nos por fim que, em caso de pluralidade de requeridos, este prazo deve ser comum a todos eles. E também quanto a este ponto encontramos um duplo suporte legal: seja por via da aplicação do art. 569.º, n.º 2 (enquadrado no regime geral da citação, nos termos que acima definimos)<sup>(69)</sup>, segundo o qual a oposição de qualquer dos requeridos pode ser apresentada até ao termo do prazo que começou a correr em último lugar; ou, seja por via da remissão do art. 46.º, n.º 2, alínea *e*) da LAV, aplicando o regime da tramitação do recurso de apelação, com a extensão e nos termos que antes definimos<sup>(70)</sup>, então teremos que nos basear no art. 638.º, n.º 9 do CPC, sendo o prazo das suas oposições único. Sufragamos as dúvidas que já nos anos 50 levantava ALBERTO DOS REIS. É de difícil compreensão, de facto, a razão de ser desta previsão<sup>(71)</sup>. Mas existindo, é igualmente difícil afastar a sua aplicação à ação de anulação, considerando que a notificação do requerido para se opor ao pedido deve seguir, como defendemos, o regime da citação.

### 2.2.3. O prazo de resposta a eventuais exceções

A doutrina que afirma ter a parte passiva 10 dias para se opor ao pedido de anulação entende que tal prazo é igualmente aplicável à resposta a eventuais exceções deduzidas pelo requerido, pelos mesmos motivos: face à ausência de norma expressa sobre a matéria, é de aplicar a norma subsidiária<sup>(72)</sup>. Mas a resposta, parece-nos, não pode ser pressurosa.

Com a abolição (até à data)<sup>(73)</sup> da réplica enquanto articulado de resposta às exceções no regime processual civil, a resposta complicou-se ainda mais. Aquilo a que se assistiu, com a reforma de 2013 sobre esta matéria, foi (*i*) a um alongar da audiência prévia, por força do art. 3.º, n.º 4 do CPC (des-

<sup>(69)</sup> Capítulo I. B. ii. b. 1.

<sup>(70)</sup> Capítulo I. B. i.

<sup>(71)</sup> JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, 4.ª ed., reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 79.

<sup>(72)</sup> Também se poderia encontrar um fundamento para o prazo de 10 dias na aplicação das regras da tramitação do recurso de apelação à ação de anulação. Sendo admitido por parte da jurisprudência um requerimento de resposta às contra-alegações do recorrido quando sejam invocados fundamentos que obstem ao conhecimento do recurso (impugnando a admissibilidade ou a tempestividade do recurso ou ainda a legitimidade do recorrente, que assim podem ser consideradas como “exceções recursórias”) — tudo sugestões do art. 638.º, n.º 6 —, ele é apresentado em 10 dias, nos termos da combinação dos arts. 3.º, n.º 3 e 149.º, n.º 1 do CPC.

<sup>(73)</sup> Cf. Proposta de Lei n.º 92/XIV/2 e a reintrodução da réplica para resposta às exceções, ainda que a Proposta não fundamenta a repriminção deste articulado.

virtuando, assim, o desígnio subjacente à sua reforma enquanto fórum propício à discussão eficiente da organização do processo)<sup>(74)</sup> e com manifesto prejuízo para o autor, atenta a sua relevância nos contornos processuais da ação; ou (ii) à apresentação de um articulado escrito, à cautela, em 10 dias, combinando os arts. 3.º, n.º 3 e 149.º, n.º 1 do CPC. Repare-se bem: o atual regime do CPC conseguiu obscurecer o regime da apresentação de um dos mais importantes articulados escritos do processo, permitindo interpretações com uma amplitude tal que oscilam entre a sua submissão em 10 dias ou até ao início da audiência prévia (que pode e é habitualmente agendada a meses de distância da apresentação da contestação).

A arguição de exceções não é um percalço de somenos na vida de uma ação: elas determinam a absolvição da instância (as dilatórias) ou do pedido (as perentórias). E não é incomum que venham deduzidas envoltas em controversias jurídicas complicadas e intrincadas, que requerem ponderosa apreciação pelo autor, a fim de delas se defender convenientemente. Bem vistas as coisas, não é apenas na reconvenção que a contestação transforma o réu em autor — e daí, de resto, a máxima *reus in excipiendo fit actor*<sup>(75)</sup>.

Poder-se-ia defender ser de seguir já, nesta fase, o regime da apelação, o que encontraria suporte no facto de, exceção feita à alínea *b*) do n.º 2 do art. 46.º da LAV (que nos transporta indubitavelmente para o regime geral da citação ao mandar “citar” a parte requerida), nada mais sugerir a aplicação de normas diferentes das da apelação. Nesse caso, desembocaríamos no prazo de 15 dias se aplicássemos o que se prevê para a resposta à ampliação do objeto do recurso (art. 638.º, n.º 8) ou no prazo de 10 (como avançamos na nota de rodapé 72).

Como defendemos, a aplicação das disposições gerais da ação comum só deve ter lugar em caso de lacuna absoluta na tramitação da apelação, o que julgamos ser aqui o caso. Com efeito, sendo a réplica apresentada em 30 dias, parece-nos que é esse o prazo que devemos considerar para este efeito. É o que melhor se coaduna com a solenidade e relevância do ato em causa, que não tem paralelo na fase recursória; por outro lado, também encontra respaldo na letra da lei, que refere um “articulado” de resposta a exceções — estando as respostas a alegações de recurso mais longe dessa terminologia e da formalidade que justifica o seu nome.

---

(74) Veja-se como a Exposição de Motivos da Reforma arvora as alterações à audiência prévia como “um dos mais emblemáticos pilares desta reforma”.

(75) Por isso defendemos que a ordem dos depoimentos prevista no art. 512.º, n.º 1 do CPC não deva ser acolhida quanto à matéria excepcionada.

### 2.3. O julgamento

Dispõe o art. 46.º, n.º 2, alínea *d*) da LAV que, após a fase dos articulados, “é produzida a prova a que haja lugar”.

Importa ter presente que, para efeitos de distribuição, a ação de anulação entra na 4.ª espécie<sup>(76)</sup> e que corresponde às causas que a Relação conhece em primeira instância, nos termos do art. 214.º do CPC. Tendo ainda por base a conclusão a que acima chegámos quanto à aplicabilidade da tramitação do recurso de apelação ao longo de todo o processo de anulação da decisão arbitral, somos da opinião que a prova será produzida perante o Tribunal da Relação ou o Tribunal Central Administrativo competentes observando-se o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na primeira instância, nos termos do disposto no art. 662.º, n.º 3, alínea *a*) do CPC e 149.º, n.º 4 do CPTA. Deve assim o tribunal fixar o despacho previsto no art. 596.º do CPC, identificando o objeto do litígio e enunciando os temas de prova (por força do art. 410.º)<sup>(77)</sup>.

A expressão “a que haja lugar” constante do preceito da LAV sob análise não parece que imponha restrições quanto aos meios de prova admissíveis, mas apenas uma forma redundante de referir que apenas se produzirá a prova requerida pelas partes ou oficiosamente ordenada pelo próprio tribunal. Pense-se como, por exemplo, uma perícia pudesse à partida parecer estranha no contexto de um pedido de anulação de uma decisão arbitral, ela não será de excluir se for por exemplo necessário fazer um exame de reconhecimento de letra para se concluir pela não vinculação de uma parte à convenção de arbitragem ou pela não aposição da assinatura de algum dos árbitros na sentença.

---

<sup>(76)</sup> A LAV ordena que a ação entre na 5.ª espécie, e não na 4.ª, por então estar em vigor o Código de Processo Civil de 1995, que distribuía as causas que a Relação conhece em primeira instância na 5.ª espécie.

<sup>(77)</sup> Neste sentido, e retirando as consequências processuais da prolação desse despacho, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 553.

## **II. A conjugação da ação de anulação da decisão arbitral e do recurso: um casamento instável**

### **1. Notas prévias**

Extravasa manifestamente o objeto deste trabalho apresentar a tramitação do regime recursório civil e administrativo, como fizemos em relação à ação de anulação. Assim, o presente capítulo assentará apenas nos elementos do regime dos recursos que bulam com o regime do pedido de anulação que acima descrevemos e procurámos dissecar. E parece-nos que eles são, em traços gerais, os seguintes: meio de proposição/interposição (forma e tribunal de receção competente), prazo para o efeito, poderes do tribunal, efeitos da anulação e da procedência do recurso.

E como veremos, a doutrina não se debruçou ainda muito sobre estas questões. Em parte, porque o recurso tem o seu âmbito de aplicação limitada aos casos de expressa previsão das partes quanto à sua admissibilidade ou em caso de imposição legal<sup>(78)</sup>. A relativa juventude da LAV também não permitiu ainda que a jurisprudência colaborasse de forma profunda no estudo desta matéria, pelo que muito ficará ainda por dizer.

### **2. Uma proposta de solução eficiente quanto à interposição/proposição**

#### **2.1. O prazo**

##### **2.1.1. Precedência lógica da apreciação do pedido de anulação**

Como vimos, sobre o prazo de apresentação do pedido de anulação da decisão arbitral não existem quaisquer dúvidas: 60 dias a contar dos factos referidos no art. 46.º, n.º 6 da LAV. Por seu lado, o recurso seguirá, claro, o regime constante do CPC e do CPTA e poderá ser interposto no prazo de 30 dias a contar da notificação da decisão, nos termos do art. 638.º, n.º 1 do CPC e 144.º, n.º 1 do CPTA. A primeira dificuldade que se levanta é, pois, a da conjugação destes dois prazos.

Ante a inexistência de uma norma como a do art. 27.º, n.º 3 da LAV 86, não vemos como ultrapassar de forma fundamentada este problema, diria-

---

<sup>(78)</sup> Cf. nota 17 *supra*.



mos, metodológico: é que considerando os prazos em causa, terá a parte interessada de impugnar primeiro o mérito e só então as nulidades processuais<sup>(79)</sup> próprias da sentença arbitral — invertendo-se assim aquela que será, num momento posterior, a apreciação lógica dessas diversas impugnações por parte do Tribunal da Relação ou do Tribunal Central Administrativo. Com efeito, é de mais elementar eficiência jurídica que qualquer decisão judicial (seja ela final ou outra) apenas incida sobre ao mérito quando nada obste a essa apreciação. É por isso, de resto, que o art. 608.º, n.º 1 do CPC — aplicável a todas as decisões, proferidas em qualquer instância<sup>(80)</sup> — determina que a sentença deve começar por conhecer das questões prévias ou prejudiciais antes de o juiz passar ao conhecimento das questões de fundo<sup>(81)</sup>.

Seja qual for a solução a dar à questão de saber como o deve o requerente-recorrente impugnar a decisão arbitral quando pretenda pedir a sua anulação e subsidiariamente dela recorrer, o certo é que o tribunal estadual terá necessariamente de apreciar primeiro os fundamentos do pedido de anulação, debruçando-se apenas sobre o mérito do recurso em caso de improcedência daquela ação<sup>(82)</sup>. Veremos mais abaixo<sup>(83)</sup> quais as consequências da anulação da decisão arbitral (em termos absolutos e, em termos relativos, quanto ao objeto do recurso interposto). A pergunta que agora se impõe é a seguinte: como impugnar subsidiariamente o mérito da decisão arbitral quando se pretenda (também) a sua anulação?

### 2.1.2. Uma combinação forçada dos meios de impugnação?

Não encontramos qualquer fundamento que permita à parte interessada esquivar-se do prazo de interposição do recurso em 30 dias. Na ausência de norma expressa em contrário, ter-se-á de considerar aplicável o regime geral dos recursos. E considerando que este prazo é mais curto do que o prazo previsto para requer a anulação da decisão arbitral, há quem defenda que é no recurso que devem ser invocados os fundamentos de anu-

---

(79) Sobre a caracterização da natureza jurídica dos fundamentos da anulação, *vide* PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, pp. 946 e 947.

(80) Por força do disposto no art. 663.º, n.º 2 e do 679.º do CPC.

(81) ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil — Anotado*, Vol. V., 3.ª ed. reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 48 e 49.

(82) Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 1004 e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 550.

(83) Cf. ponto II. D.

lação da sentença arbitral<sup>(84)</sup>. Tal conceção parte do pressuposto — correto, no nosso entender — de que não faz qualquer sentido estarem pendentes, em simultâneo, dois processos impugnatórios de uma mesma decisão arbitral, cujas decisões terão necessariamente implicações cruzadas.

No entanto, não nos parece que a solução a dar à indesejada pendência plural de processos impugnatórios se resolva pela via do “desaparecimento” da ação de anulação, que assim seria consumida pelo recurso. E não nos parece por várias ordens de razões. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a ação de anulação foi prevista como uma ação própria (independente do recurso), com tramitações igualmente próprias e com fundamentos impugnatórios específicos. Com efeito, e como vimos, o pedido de anulação, de acordo com o art. 46.º, n.º 2 da LAV, é obrigatoriamente apresentado ao tribunal estadual competente (e não, ao contrário do que acontece num recurso, no tribunal *a quo*), apresentação essa sujeita a algumas formalidades especiais como sejam a apresentação de cópia certificada da decisão arbitral e, se for o caso, junção da sua tradução para português, estando depois também sujeita a regras próprias de citação (que não acontecem no recurso). A doutrina que sufraga a posição que agora analisamos não esclarece de que forma, nem onde é interposto este recurso, nem tampouco se devem os requisitos previstos no cabeçalho do art. 46.º, n.º 2 da LAV ser dispensados em caso de interposição de recurso cumulado com — ou subsidiário de? — o pedido de anulação da decisão arbitral (inexistindo, de resto, norma habilitante para tal dispensa). Fica também por resolver qual a forma a dar à resposta às exceções admitida no art. 46.º, n.º 2, alínea *c*) da LAV, articulado inexistente no recurso de apelação. É que apesar de ser até admitido por parte da jurisprudência um requerimento de resposta às contra-alegações do recorrido quando sejam invocados fundamentos que obstem ao conhecimento do recurso (impugnando por exemplo a admissibilidade ou a tempestividade do recurso ou ainda a legitimidade do recorrente — tudo sugestões do art. 638.º, n.º 6, como vimos acima), ou de até estar prevista a resposta à ampliação do objeto do recurso no n.º 8 do mesmo artigo, a verdade é que a resposta às exceções admite uma maior amplitude probatória<sup>(85)</sup>.

---

(84) ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 721 e 722 e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *op. cit.*, p. 298. Neste sentido, veja-se a Decisão Sumária de 23/05/2019 do Tribunal da Relação de Lisboa, proferida no Processo n.º 280/17.2YRLSB e disponível em <dgsi.pt>.

(85) Por outro lado, considerar-se a resposta do recorrido-requerido como “meras” contra-alegações faz surgir a dúvida quanto ao ónus de impugnação que lhe impende — dúvida que não nos

Já referimos, pelos motivos que acima expusemos, que entendemos que os dois processos devem ser julgados e decididos de forma conjunta. Por esse motivo, a solução que procuramos dar à integração do recurso e da ação de anulação deve colmatar esta preocupação. Ainda que responda a um tal desígnio, também não nos parece que possamos sufragar, pelo menos *tout court*, a posição que admite a apensação dos dois processos impugnatórios ao abrigo, simplesmente, do art. 37.º, n.º 1 do CPC, *ex vi* art. 267.º, n.º 1 do CPC<sup>(86)</sup>. Com efeito, a apensação segue um regime próprio, constante desse art. 267.º do CPC. E aí se dispõe que possam ser juntas as ações propostas em separado, desde que, para o que agora nos importa, se verifiquem os pressupostos da admissibilidade da coligação. Decorre com toda a clareza do art. 37.º, n.º 1 do CPC que ela não é admissível se aos pedidos formulados corresponderem formas de processo diferentes, o que é manifestamente o caso. Como vimos, a ação de anulação segue a forma de processo especial, enquanto o recurso seguirá a forma comum nas instâncias de recurso.

A pergunta a que agora importa dar resposta é, assim, a de saber se as tramitações destes dois meios de impugnação são “manifestamente incompatíveis”, nos termos e para os efeitos previstos no art. 37.º, n.º 2. E parece-nos (como procurámos demonstrar na primeira parte deste escrito ao estabelecer a aplicação da tramitação do recurso de apelação ao pedido de anulação da decisão arbitral) que não são. Quanto à instância: o tribunal competente será o mesmo (apesar de poder ser distribuído a secções ou juízos diferentes), as partes serão as mesmas e o objeto de ambos os processos será a decisão arbitral. Quanto à tramitação: contam ambas as vias impugnatórias com exposição inicial onde se apresentam os motivos pelos quais deve a decisão ser anulada ou substituída por outra, à parte recorrida-requerida é admitido um articulado de resposta, ao qual a recorrente-requerente poderá responder em qualquer um dos processos e ambos admitem a produção de prova. Não nos parece, em face da letra do art. 37.º, n.º 2 do CPC, que exista uma incompatibilidade manifesta entre os dois processos que impeça a apensação dos processos que sejam apresentados em separado. A solução mais correta a dar é assim, tanto quanto nos parece, requerer (às partes) e ordenar (ao juiz) a apensação de processos que sejam apresentados em separado. Veremos

---

parece ter sentido existir no contexto do art. 46.º, n.º 2 da LAV, que é manifestamente construída como uma ação para esse efeito. Trata-se de uma questão complexa e que não abordaremos aqui.

<sup>(86)</sup> Apesar de levantar o problema da barreira legal do art. 267.º, n.º 1 do CPC, conclui que se poderá recorrer a uma “apensação informal” (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 550).

abaixo<sup>(87)</sup> como deve o tribunal gerir um tal processo, após ordenar ou admitir a apensação.

A adoção de outra solução que implique uma mera “convivência”<sup>(88)</sup> entre os processos impugnatórios ao invés da sua apensação poderia levar a resultados incabíveis. Imagine-se a situação de o recurso da decisão arbitral e do pedido de anulação desta serem distribuídos a coletivos ou até mesmo secções diferentes do Tribunal competente para o efeito, sendo o recurso julgado procedente, conhecendo-se novamente do mérito do pleito, enquanto que é julgado improcedente o pedido de anulação, validando-se, portanto, a decisão arbitral. E isto porque não nos parece possível “blindar” o possível nocivo resultado decorrente da convivência dos meios com a mera possibilidade de se dar por verificada a exceção de litispendência entre os processos impugnatórios. É que tal exceção dificilmente veria os seus pressupostos cumulativos de aplicação preenchidos para que se observe a repetição de uma causa, como o exigem os arts. 580.º e 581.º do CPC. Ainda que se possa dar por verificada uma identidade de sujeitos (581.º, n.º 1) e uma identidade da causa de pedir (581.º, n.º 4), não se pode concluir existir entre a ação de anulação e o recurso de decisão arbitral uma identidade de pedido, atenta a diferente natureza e efeitos jurídicos da procedência de cada um destes meios impugnatórios. Enquanto que no recurso se pretende ver a sentença substituída, avaliando-se o mérito da causa, na ação de anulação o pedido cinge-se apenas, em regra, à anulação da sentença arbitral<sup>(89)</sup>. Um tem efeito substitutivo, o outro tem efeito cassatório. Num está em causa sobretudo um *error in iudicando*<sup>(90)</sup>, noutro um tipicamente *error in procedendo*<sup>(91)</sup>.

Solução alternativa, processualmente menos gravosa, passaria por suspender a instância recursória na pendência da ação de anulação (seja

---

<sup>(87)</sup> Cf. ponto II. C.

<sup>(88)</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 437, afirma que “[a] convivência entre ambos é, pois a solução que nos resta. As partes podem recorrer (quando esta hipótese esteja contratualizada), podem intentar ação de anulação e podem usar de ambos os meios, em simultâneo. No recurso, podem invocar, também, fundamentos de anulação; na anulação, só podem invocar as causas previstas no 4.º; usando de ambos (em regra o recurso será o primeiro, por ter um prazo mais curto), se repetirem “causas”, haverá litispendência, relativamente ao entrado em segundo lugar. A solução não é ideal: resulta, contudo, da Lei de 2011”.

<sup>(89)</sup> De igual forma o entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa no seu Acórdão de 01/11/2018, no âmbito do processo n.º 927/17.0YRLSB-8, tendo até ido mais longe e concluindo inexistir identidade de causas de pedir pois “na ação de anulação a causa de pedir é um vício processual, no recurso a causa de pedir assenta na alegada má aplicação da lei ao acórdão arbitral”, entendimento esse que se nos afigura correto.

<sup>(90)</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 546.

<sup>(91)</sup> *Ibidem*, p. 546.

por se considerar que esta é causa prejudicial do recurso — o que não nos parece isento de dúvidas — seja por se entender que existe um motivo que justifique a suspensão — o que já se nos afigura uma posição mais consensual). Mas não se vê como uma tal solução possa ser considerada mais benéfica que a apensação, que aqui propugnamos — pelo menos no que à economia processual diz respeito.

### 2.1.3. Um prazo harmonizado em face da apensação sugerida?

Questão sensível é saber, então, em que momento deve a parte apresentar cada uma das suas impugnações, admitindo-se a sua futura apensação. A LAV é muito clara ao permitir que a ação de anulação seja apresentada no prazo de 60 dias a contar dos factos referidos no seu art. 46.º, n.º 6, sendo que também já acima dissemos não encontrar qualquer norma que permita que o recurso seja apresentado em prazo diverso (entenda-se, superior) do prazo geral dos 30 dias previsto no CPC e no CPTA. Perante esta discrepância, pergunta-se: está a parte obrigada, ou pelo menos onerada, com o dever de apresentar os fundamentos do pedido de anulação no mesmo prazo em que tem que interpor recurso de mérito?

Não vemos porquê, sobretudo se admitirmos, como admitimos, que os dois processos podem e devem ser apensados, nada justificando assim que as partes (porque o prazo se aplica a qualquer uma delas, podendo inclusivamente ser apresentados dois pedidos de anulação em simultâneo, um de cada parte)<sup>(92)</sup> se vejam privadas de metade do seu prazo para o efeito. Não se tendo equacionado, no projeto da LAV, estipular-se prazo mais curto para apresentação do pedido de anulação<sup>(93)</sup>, seria preferível então talvez ter-se aumentado o prazo de interposição do recurso nestes casos, fazendo-o coincidir com o prazo para requerer a anulação. Sendo certo que se trataria de um prazo mais alargado do que o prazo geral previsto no CPC e no CPTA, não encontramos argumentos que suportem a sua inconveniência neste caso, antes aparentando serem francamente superiores as vantagens (pelo menos as práticas) de uma tal solução.

Não sendo esse o caso, e não pretendendo a parte interessada prescindir de qualquer um dos seus prazos, deve então interpor o recurso no prazo

---

<sup>(92)</sup> PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 959.

<sup>(93)</sup> Como existe, por exemplo, em França, em que o prazo é de um mês para ambos os processos.

de 30 dias, de acordo com o regime do CPC e do CPTA, e requerer a anulação num prazo de até 60 dias contados de algum dos factos mencionados no art. 46.º, n.º 6 da LAV, peticionando na ação de anulação a sua apensação ao recurso já previamente interposto. Resta agora tratar do modo de interposição do recurso e de proposição da ação de anulação, em caso de cumulação de impugnações.

## 2.2. O modo de interposição

Como vimos, a LAV nada regula quanto à interposição do recurso. O seu regime fica assim totalmente sujeito ao que dispõem o CPC e o CPTA, não havendo qualquer norma de compatibilização dessas regulamentações. E aí se dispõe que os recursos são interpostos por meio de um requerimento dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida. De acordo com o CPC e o CPTA, o Tribunal da Relação e o Tribunal Central Administrativo não dispõem de competência para receber interposições dos recursos de que conhecerão.

Substancialmente, tendemos a concordar com a posição segundo a qual o recurso deve ser interposto no tribunal arbitral<sup>(94)</sup>. Com efeito, não nos parece que a cessação das funções do tribunal arbitral por força da prolação da sentença final, prevista no art. 44.º, n.º 3 da LAV, seja fundamento suficiente para afastar algumas competências ordenadoras que lhe podem — e devem — caber. Aliás, a ressalva dos arts. 45.º e 46.º, n.º 8 e a competência atribuída ao presidente de conservação jurídica<sup>(95)</sup> do original do processo é prova disso mesmo. E é de toda a comodidade que o processo seja preparado e instruído pelo tribunal *a quo* (no caso da ação de anulação, por exemplo, uma tal previsão permitiria dispensar a apresentação de cópia certificada da decisão arbitral). A experiência arbitral tem sistematicamente demonstrado, aliás, que não só os tribunais arbitrais estão dispostos a desempenhar as funções que, nos termos do CPC e do CPTA, cabem ao tribunal *a quo* para efeitos de interposições de recursos, como os tribunais *ad quem* a isso não se têm oposto.

Em sentido contrário poder-se-ia argumentar que, havendo uma previsão expressa quanto à ação de anulação de que a mesma deve ser apresentada no tribunal estadual competente, não haveria qualquer utilidade, prática, em

---

(94) MARTA ALVES VIEIRA, *op. cit.*, pp. 28 a 30.

(95) Neste sentido, *vide* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *op. cit.*, p. 526.

interpor o recurso no tribunal arbitral<sup>(96)</sup>. No interesse do bom e célere andamento do processo (no fundo, da sua eficiência), estes dois processos — um anulatório e outro recursório da mesma decisão arbitral — deveriam ser apresentados no mesmo lugar. Mas a dificuldade prática desta solução reside na inexistência de normas na LAV, dirigidas ao regime de interposição do recurso, que permitam que essa interposição se processe de modo efetivamente eficiente. É que o mero requerimento de interposição do recurso (indicando a sua espécie, o seu efeito e o seu modo de subida), a que são juntam as alegações, de nada serve ao tribunal estadual para efeitos identificativos do processo. E ainda que se admitisse que o recorrente pudesse indicar, nas suas alegações, qual o tribunal arbitral a que deveria ser solicitada a subida do processo, a verdade é que acabaríamos onde começámos — *i.e.*, na intervenção do tribunal arbitral no momento da interposição do recurso. Entendemos, assim, que a forma processualmente mais adequada e organizada de interpor o recurso da decisão arbitral — (para o efeito, pedido o recorrente ou não também a anulação da decisão arbitral) é fazendo-o perante o tribunal arbitral.

### 3. A adequação formal por parte do juiz

Após a interposição do recurso perante o tribunal arbitral, depois de pedida a anulação da decisão arbitral ao tribunal estadual requerendo a apensação deste processo ao recurso já interposto, ordenando o tribunal essa apensação... onde ficamos?

Ao abrigo do dever de gestão de processual que incumbe ao juiz por força do art. 6.º do CPC e ao abrigo do dever de adequação formal prevista no art. 547.º do CPC, diríamos que a adaptação do processo imposta pelo art. 37.º, n.º 3 do CPC sugere uma tramitação nos termos seguintes (que, no fundo, corresponde a uma resenha de tudo o que antecedeu):

- Parece-nos que a citação do requerido para se opor à ação de anulação pode coincidir ou mesmo anteceder a subida do processo arbitral após a interposição recurso, considerando os prazos que há a observar antes da sua remessa ao tribunal estadual. Em qualquer caso, a citação deve ser independente dos autos de recurso até, claro, ser ordenada a apensação dos processos;

---

(96) Neste sentido, mas fundamentando a solução na cessação das funções do tribunal arbitral, PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, pp. 994 e 995 e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (*et. al.*), *op. cit.*, p. 549.

- Após a conclusão da fase dos articulados, deve o tribunal convocar as partes para (ou convidá-las a, por escrito)<sup>(97)</sup> se pronunciarem sobre a tramitação processual que deverá seguir o processo — nomeadamente, sobre a apensação e em matéria de prova;
- Ordenada a apensação, o recurso aguarda a tramitação da ação até ao termo da produção de prova, seguindo-se a fase de julgamento em conjunto, devendo o processo culminar com uma decisão final única, começando por resolver as questões referentes ao pedido de anulação e terminando, em caso de improcedência desses fundamentos, pela revisão de mérito<sup>(98)</sup>.

O que ressalta desta conclusão é, claro, o poder considerável que é atribuído aos juízes estaduais na condução de todo este processo. Não só a autonomia da arbitragem já saía beliscada com a impugnação dual perante o tribunal estadual da decisão arbitral, como esta articulação estre os dois processos — pelo menos na nossa conceção de solução processualmente eficiente — implica uma ingerência considerável do tribunal estadual na fase impugnatória do processo arbitral. Os efeitos das impugnações na decisão arbitral é o que resta tratar agora.

#### 4. O resultado do processo impugnatório

Como vimos *supra*<sup>(99)</sup>, os fundamentos anulatórios invocados devem preceder o reexame de mérito requerido por meio de interposição de recurso. Nestes termos, o tribunal deve começar por conhecer da impugnação da decisão arbitral por qualquer dos fundamentos vertidos no art. 46.º, n.º 3 da LAV. Em caso de improcedência de qualquer um deles, e na esteira do que vimos afirmando, deve então o tribunal tomar conhecimento do mérito do

---

<sup>(97)</sup> Em cumprimento do ordenado pelo art. 591.º, n.º 1, alínea e) do CPC e, em geral, do art. 3.º, n.º 3 do mesmo Código.

<sup>(98)</sup> Em sentido semelhante ao que aqui defendemos, mas por referência ao recurso independente/subordinado, *vide* ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 77, citando ARMINDO RIBEIRO MENDES e AMÂNCIO FERREIRA (“Se o recurso subordinado se fundar numa exceção dilatória determinativa da absolvição da instância terá, naturalmente, em regra, prioridade sobre o recurso principal que porventura incida sobre o mérito da causa”).

<sup>(99)</sup> *Ibidem*, p. 28.



recurso. E o seu papel aí será de substituição<sup>(100)</sup>, caso conclua pela procedência do recurso.

Pode igualmente o tribunal considerar que os fundamentos anulatórios invocados pelo requerente devem proceder. E o resultado da procedência de qualquer dessas impugnações cassatório, havendo lugar à anulação da decisão arbitral, como decorre de todo o art. 46.º da LAV. Anulando a decisão arbitral e estando pendente um recurso, será aplicável a limitação do seu n.º 9? Ou deve a mesma ser entendida como definindo apenas a natureza da ação de anulação, quanto aos seus efeitos, não sendo aplicável em caso de interposição de recurso? Entendemos que havendo um recurso interposto, logicamente subsidiário quanto aos pedidos formulados no requerimento inicial da (quando proposta, independente) ação de anulação, deve essa matéria ser apreciada pelo tribunal estadual. Igual previsão se encontra no art. 665.º, n.º 1 do CPC<sup>(101)</sup>. Procedendo o recurso formulado, deve o tribunal substituir a decisão arbitral recorrida por outra. Improcedendo o recurso (e, claro, a ação de anulação), mantém-se na ordem jurídica a decisão arbitral<sup>(102)</sup>.

Assim, parece que em caso de cumulação de meios impugnatórios a previsão do art. 46.º, n.º 10 da LAV não tem, em qualquer dos cenários, aplicação.

Com efeito, o casamento entre a ação de anulação e o recurso de decisão arbitral deve manter-se fiel àquela que é a solução mais harmoniosa para a ordem jurídica, cabendo ao juiz, ao abrigo dos corolários de celeridade e economia e do seu desígnio de gestão e agilização processual, ordenar a apensão dos processos após auscultadas as partes, cabendo a estas cooperar para uma justa (e correta) composição do litígio e respetiva tramitação.

## Conclusão

A ação de anulação apresenta-se atualmente com uma clara predominância enquanto meio impugnatório de decisão arbitral. Contudo, várias são as questões de índole prática que se levantam, questões essas que não encontram solução na moldura legal construída pela LAV 2011 e que moti-

---

<sup>(100)</sup> *Ibidem*, p. 28

<sup>(101)</sup> Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, pp. 1004 e 1005.

<sup>(102)</sup> *Ibidem*, p. 1005.

varam a tinta que aqui corre. Volvidos quase dez anos desde o início de vigência daquela Lei, ainda vezes se opõem quanto ao prazo de oposição da parte requerida na ação de anulação ou sobre qual a melhor forma de proceder perante a pendência concomitante de um recurso e de uma ação de anulação da mesma decisão arbitral. As respostas a estas questões práticas, por se situarem na fronteira entre a arbitragem e a justiça estadual, são pertinentes para estabelecer qual o grau de autonomia da arbitragem no panorama jurisdicional português. Resta aguardar por mais desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial e ver o entendimento que singrará em Portugal. Como diria Padre António Vieira, “antes de ver o fim não se pode fazer juízo” (mas apenas especular...).

*Jurisprudência  
dos Conselhos*

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR

Proc. n.º 155/2019-CS/R

Procuradoria ilícita

*Relator:* Dr. Jorge M. Fonseca

**RELATÓRIO**

**Introdução**

1. Vem o presente recurso interposto, pela participada ..., L.<sup>da</sup>, da deliberação do Conselho Regional de Lisboa tomada, em Reunião Plenária de 16.10.2019, no Proc. n.º 36/2018-L/PI, em que se determinou, por unanimidade:

- *“Aprovar o relatório e o projeto de decisão final, constante de fls 130 a fls 136, do processo de procuradoria ilícita n.º 36/2018-L/PI [...]”;*
- *“Requerer junto das autoridades judiciais competentes, o encerramento dos escritórios da visada ‘..., L.<sup>da</sup>’, pessoa coletiva n.º ..., com sede na Rua ... Lisboa, e com escritórios sítos na morada da sua sede, bem como, na, e na ... Lisboa”.*

**Relatório de decisão final (fls. 130 a 136)**

2. Realizadas as diligências instrutórias identificadas a fls. 130, concluiu o Sr. Advogado Instrutor, essencialmente, que:

- *“os actos constantes dos elementos referidos em II., bem como os factos apurados em III., nomeadamente por envolverem consulta jurídica, a prática de actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos e por serem exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profis-*

- sional, são actos próprios de advogado, nos termos do art. 1.º, n.º 5, al. b), n.º 6, al. a) e n.º 7 da Lei n.º 49/2004”;*
- *“A prática de actos próprios dos advogados, por escritório ou gabinete que preste a terceiros serviços que compreendam a prática de actos próprios dos advogados e solicitadores é proibida (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 49/2004)”;*
- *“[...] vem a visada confirmar o que é referido no projecto de decisão, nomeadamente que conta com a colaboração de uma advogada, para prestar serviços da competência exclusiva dos advogados e solicitadores aos seus clientes. No caso a elaboração de contratos de promessa de compra e venda”;*
- *“Tais actos apenas podem ser prestados nos moldes previstos no artigo 6º da LAPAS (Lei n.º 49/2004 de 24 de Agosto — Lei dos Actos Próprios dos Advogados e Solicitadores)”;*
- na *“Consulta n.º 36/2014”*, em que foi Relator o Senhor Dr. Rui Souto, o Conselho Distrital de Lisboa concluiu, nomeadamente:
- “1. De acordo com o art. 6.º Decreto-Lei n.º 49/2004 de 24 de Agosto [...], é proibido o funcionamento de escritório ou gabinete, constituído sob qualquer forma jurídica, que preste a terceiros serviços que compreendam, ainda que isolada ou marginalmente, a prática de actos próprios dos advogados e dos solicitadores”;*
  - “2. A elaboração e contratos (ou a prestação e aconselhamento jurídico na elaboração dos mesmos) por uma empresa de mediação imobiliária no exercício da sua actividade para os seus clientes, e em que aquela empresa não é parte, constitui uma prática ilegal, por serem actos que, nos termos do art. 1.º, n.ºs 5 e 6 do referido diploma, são da competência reservada dos Advogados e Solicitadores”;*
  - “3. É irrelevante o facto dos referidos actos em si serem praticados por um Advogado contratado pela empresa de mediação imobiliária, uma vez que nesse tipo de situações a relação material subjacente não deixará necessariamente de ser estabelecida entre a empresa e os clientes desta — e é a este nível que a questão deve ser encarada”;*
  - “4. Acresce que a elaboração de contratos (ou a prestação de aconselhamento jurídico na elaboração dos mesmos) a solicitação de uma empresa de mediação imobiliária no exercício da sua actividade para os clientes desta — não sendo a empresa parte nesses contratos, entra em colisão com o cumprimento de outros deveres deontológicos, quais sejam a dignidade e independência do Advogado (arts. 82.º e 83.º do EOA), o dever de segredo profissional a que está sujeito (art. 87.º do EOA), bem como propicia o aparecimento de situações de conflitos de interesses (art. 94.º do EOA) e angariação de clientela (art. 85.º do EOA)”;*
- *“Assim, em face do exposto, não existe matéria para se decidir em sentido contrário ao do relatório de projecto de decisão final do corrente procedimento administrativo” [vde. relatório de fls. 74 a 79, despacho/ /concordância do Vogal Relator de fls. 81 e acórdão de fls. 82 — todos no sentido do encerramento dos escritórios da participada]; por isso,*

3. Foi o Sr. Advogado Instrutor de parecer que se devia “*confirmar a decisão anteriormente tomada, convertendo-se em definitiva*”.

### **Factos provados**

4. É a seguinte a matéria de facto provada:

1. *Que a visada, no exercício da sua actividade presta assessoria jurídica (nomeadamente, forneceu às partes, em negócios por si mediados, contratos promessa de compra e venda de imóveis), ainda que por intermédio de advogada, a terceiros.*

2. *A visada actualmente exerce a sua actividade na Av. 24 de Julho, 52 C-D, Av. de Berlim, 39 C e Rua Comandante Cousteau, 22 D, todos em Lisboa.*

**Acórdão** da Secção de Combate à Procuradoria Ilícita do Conselho Regional de Lisboa (fls. 137)

5. Face ao teor do relatório citado, deliberou a Secção do dito Conselho Regional “*em propor no sentido do encerramento dos escritórios da visada*” (aqui recorrente).

### **Deliberação recorrida**

6. A fls. 139 a 146 consta a decisão contra a qual se insurge a recorrente, em que — como se aflorou — na reunião plenária de 16.10.2019, o Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados deliberou, por unanimidade:

— “*Aprovar o relatório e o projeto de decisão final, constante de fls 130 a fls 136, do processo de procuradoria ilícita n.º 36/2018-L/PI [...]*”;

— “*Requerer junto das autoridades judiciais competentes, o encerramento dos escritórios da visada ‘..., Lda.’, pessoa coletiva n.º ..., com sede na Lisboa, e com escritórios sítos na morada da sua sede, bem como, na Lisboa*”.

### **Recurso**

7. Inconformada com tal deliberação, a sociedade participada interpôs o presente recurso, alegando, resumidamente, que:

— “*A deliberação recorrida é ilegal, além de manifestamente desproporcionada e injusta*”, o que “*determina a ilegalidade da decisão por violação dos princípios*

*da Proporcionalidade, da Justiça e da Razoabilidade, consagrados nos arts. 7.º e 8.º do CPA”;*

- *“o facto considerado como provado no ponto 1. Da parte ‘III FATOS PROVA-DOS’ não é um facto mas um juízo conclusivo, uma vez que alega que a visada “presta assessoria jurídica”, mas não identifica, de forma concreta e individualizada, quais os factos de onde extrai essa conclusão, como pro exemplo, que contrato promessa de compra e venda se trata, quais as partes e em que data é que os factos terão ocorrido”;*
- *“a decisão em apreço imputa à sociedade visada e ora Recorrente, uma atuação habitual de prestação e serviços de ‘assessoria jurídica’, uma vez que se faz acusação genérica de ‘a visada, no exercício da sua actividade presta assessoria jurídica’”;*
- *“o que o Conselho Regional de Lisboa poderia ter dado como provado seria que sociedade visada solicitou a uma Advogada a elaboração de um contrato promessa de compra e venda, que esta o elaborou e, por sua vez, a sociedade visada o disponibilizou ao interessado”;*
- *“Face à factualidade provada a sociedade visada não praticou qualquer acto susceptível de ser enquadrado no âmbito da assessoria jurídica ou da consulta jurídica, logo não foi cometido qualquer ato e muito menos exercida procuradoria ilícita”;*
- *“A sociedade visada agiu no âmbito das faculdades que a Lei lhe confere para o exercício da sua actividade e que se encontram plasmadas no n.º 4 do art. 2.º da Lei n.º 15/2013, de 8.02 (Regime Jurídico da Mediação Imobiliária), designadamente prestou um serviço de obtenção de um documento necessário à concretização do negócio objeto da mediação imobiliária, pois o contrato promessa de compra e venda é um documento necessário no processo tendente à concretização de um negócio de compra e venda”;*
- *“É manifesto o erro de avaliação dos factos e da aplicação das leis invocadas ao caso concreto, o que implica a anulabilidade de decisão recorrida, senão mesmo a sua nulidade por afetar de forma violenta o conteúdo essencial do direito fundamental da iniciativa económica privada consagrado no art. 61, n.º 1 — da Constituição da República Portuguesa, nos termos do art. 161.º, n.º 2, al. d) do CPA”.*

## Apreciação

8. Dispõe a Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto (que define o sentido e o alcance dos actos próprios dos advogados e dos solicitadores e tipifica o crime de procuradoria ilícita), além do mais, que:

- são actos próprios dos advogados e dos solicitadores, entre outros:
  - a consulta jurídica;

- a **elaboração de contratos e a prática dos actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos**, designadamente os praticados junto de conservatórias e cartórios notariais;
- consideram-se actos próprios dos advogados e dos solicitadores os actos que [...] forem **exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional**;  
[vde. art. 1.º, n.º 5, alínea b), n.º 6, alínea a) e n.º 7, do referido diploma].

**9.** Ademais, prevê a mesma Lei que:

- *“Com excepção dos escritórios ou gabinetes compostos exclusivamente por advogados, por solicitadores ou por advogados e solicitadores, as sociedades de advogados, as sociedades de solicitadores e os gabinetes de consulta jurídica organizados pela Ordem dos Advogados e pela Câmara dos Solicitadores, é proibido o funcionamento de escritório ou gabinete, constituído sob qualquer forma jurídica, que preste a terceiros serviços que compreendam, ainda que isolada ou marginalmente, a prática de actos próprios dos advogados e dos solicitadores”* (art. 6.º, n.º 1) — **negritos nossos**;
- *“A violação da proibição estabelecida no número anterior confere à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores o direito de requerer junto das autoridades judiciais competentes o encerramento do escritório ou gabinete”* (n.º 2 da norma citada) — **negritos nossos**.

**10.** Desde já se adianta que — ao contrário do defendido pela recorrente — não se considera nem ilegal, nem desproporcionada, nem injusta, a sanção aplicada, até porque

**11.** A consequência de encerramento dos respectivos escritórios resulta da própria lei e da aplicação da mesma ao caso dos presentes autos, conforme dispõem os n.ºs 1 e 2 do art. 6.º da Lei n.º 49/2004, de 29 de Agosto.

**12.** Quanto à actuação concreta da recorrente, que leva a concluir pela consumação da infracção, encontra-se a mesma claramente descrita na matéria de facto dada como provada, ao reconhecer-se ali *“Que a visada, no exercício da sua actividade presta assessoria jurídica (nomeadamente, forneceu às partes, em negócios por si mediados, contratos promessa de compra e venda de imóveis), ainda que por intermédio de advogada, a terceiros”*, constatando-se, ademais, que

**13.** A recorrente até admite, nas alegações, que *“o que o Conselho Regional de Lisboa poderia ter dado como provado seria que a sociedade*

*visada solicitou a uma Advogada a elaboração de um contrato promessa de compra e venda, que esta o elaborou e, por sua vez, a sociedade visada o disponibilizou ao interessado”* (negritos nossos).

14. E admite, também, que “*A sociedade visada agiu do modo descrito por mera cortesia comercial e não cobrou qualquer quantia pela obtenção e disponibilização do contrato, constituindo a entrega de um contrato promessa elaborado por Advogado um simples ato material, o qual não é apto a produzir efeitos jurídicos, nomeadamente não tem repercussão directa na esfera jurídica alheia”* (negritos nossos).

15. Admite, ainda, a recorrente que “*prestou um serviço de obtenção de um documento necessário à concretização do negócio jurídico da mediação imobiliária, pois o contrato promessa de compra e venda é um documento necessário no processo tendente à concretização de um negócio de compra e venda”* (negrito e sublinhado nossos); pelo exposto,

16. Não há dúvidas de que a recorrente, “*no exercício da sua actividade presta assessoria jurídica (nomeadamente, forneceu às partes, em negócios por si mediados, contratos promessa de compra e venda de imóveis), ainda que por intermédio de advogada, a terceiros”*,

17. Constando tais negócios e contratos de fls. 15 a 25, cuja entrega e respectivas circunstâncias foram confirmadas pelas testemunhas ... (fls. 34), ... (fls. 35), ... (fls. 36), ... (fls. 57), ... (fls. 66) e ... (fls. 67).

18. A actividade da mediação imobiliária, a prática de procuradoria ilícita e a angariação de clientela por interposta pessoa são realidades que se confundem, muitas vezes, na actividade profissional das sociedades mediadoras, potenciando frequentes atropelos aos direitos dos cidadãos e entorpecendo a realização da justiça; de resto,

19. É isso mesmo que se verifica quando a própria recorrente, na tentativa de contrariar a decisão recorrida, não consegue (ou não quer) distinguir a actividade de mediação imobiliária (a qual, de acordo com a Lei n.º 15/2013, de 8 de Fevereiro, consiste na “*procura, por parte das empresas, em nome dos seus clientes, de destinatários para a realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, bem como a permuta, o trespasse ou o arrendamento dos mesmos ou a cessão de posições em contratos que tenham por objeto bens*



*imóveis*”; “*Prospecção e recolha de informações que visem encontrar os bens imóveis pretendidos pelos clientes*”; “*Promoção dos bens imóveis sobre os quais os clientes pretendam realizar negócios jurídicos, designadamente através da sua divulgação ou publicitação, ou da realização de leilões*”; “*prestar serviços **que não estejam legalmente atribuídos em exclusivo a outras profissões, de obtenção de documentação e de informação necessários à concretização dos negócios objeto dos contratos de mediação imobiliária que celebrem***” — negrito e sublinhado nossos), dos actos que são — por definição legal — próprios e exclusivos dos advogados e dos solicitadores, sendo certo que,

20. Como resulta da alegação de recurso, a sociedade visada parece não ter ainda compreendido nem interiorizado a gravidade do seu comportamento; na realidade,

21. As sociedades imobiliárias podem requerer e obter, nos serviços públicos e por exemplo, certidões matriciais e/ou certidões das inscrições e descrições em vigor mas, obtida a referida documentação e promovida a divulgação do negócio, **fica vedado às empresas de mediação dirigir, preparar, intermediar ou acompanhar a concretização do negócio, praticando actos que estejam legalmente atribuídos, em exclusivo, a outras profissões, como é o caso dos advogados** e dos solicitadores.

22. Não pode, pois, a recorrente intervir, formalizar ou fazer celebrar — como fez — quaisquer contratos-promessa, também não podendo resolver, ela própria (mesmo que através de advogado por si contratado), quaisquer questões ou dificuldades que possam obstar à realização da escritura pública; com efeito,

23. Não se aceita que — como pretende a recorrente — se considere o contrato-promessa “*um documento necessário à concretização do negócio jurídico objeto da mediação, pois o contrato promessa é um documento necessário no processo tendente à concretização de um negócio de compra e venda*”, para, dessa forma (na tese da recorrente), poderem incluir-se tais contratos nos serviços de obtenção de documentação contemplados na Lei citada em 19. supra.

24. Veja-se, também no sentido apontado, o que decidiu o Supremo Tribunal Administrativo, no Processo 0970/06 (*in* <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>), em que foi Relator o Sr. Conselheiro Costa Reis:

- “São actos próprios dos advogados todos aqueles que, exercidos no interesse de terceiros, são integradores da sua actividade profissional e que constituem o núcleo exclusivo dessa profissão, como sejam, por ex., a consulta jurídica, exercício do mandato forense e a elaboração de contratos e que, por isso, só eles podem praticar”;
- “A procuradoria ilegal consiste no exercício do mandato ou da mediação em violação do disposto nas leis estatutárias das profissões em que o mandato ou a mediação constitui o núcleo da sua actividade”;
- “**Não cabe dentro da mediação mobiliária a celebração de contratos promessa de compra e venda ou de contratos de arrendamento, mesmo que tal passe apenas pelo preenchimento dos espaços em branco de contratos já minutados e adquiridos numa papelaria e que os mesmos respeitassem a imóveis cuja transmissão tinha sido angariada por essas empresas**” (negrito e sublinhado nossos); identicamente,

**25.** Não pode a empresa de mediação contratar a prestação de serviços a advogado a quem, habitual e regularmente, incumba a tarefa de dirigir, preparar, intermediar ou acompanhar a concretização do negócio, prestando e praticando os actos que estejam legalmente atribuídos a estes.

**26.** Obtida a documentação e informação necessárias à concretização do negócio, apenas o advogado (ou o solicitador) poderão intervir na elaboração de contratos e praticar os actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados junto de conservatórias e cartórios notariais [art. 1.º, n.º 6, alínea a), da Lei n.º 49/2004, de 29 de Agosto].

**27.** A escolha de advogado (ou solicitador) cabe, em exclusivo, ao interessado, que assim decide, livremente, quem o deve representar na realização do negócio jurídico pretendido.

**28.** A empresa de mediação está, portanto, impedida de sugerir, indicar, designar ou por qualquer outra forma “*encaminhar*” o particular para advogado (ou solicitador) a quem a mesma, habitual e regularmente, confia tal prática mediante o pagamento de honorários e despesas que repercute ou não sobre o particular (no caso, a recorrente diz que não repercutiu).

**29.** Caso contrário, estaremos perante a angariação de cliente por interposta pessoa, sendo obrigação deontológica do advogado não solicitar

clientes, por si ou por interposta pessoa, sob pena de incorrer em responsabilidade disciplinar [art. 90.º, n.º 2, alínea *h*) do EOA].

**30.** A empresa de mediação tem a obrigação de, perante a necessidade de intervenção daqueles profissionais (advogado ou solicitador), informar o interessado de que tais questões não podem ser por si resolvidas, devendo consultar/constituir advogado com vista à resolução das mesmas,

**31.** O que a recorrente não fez.

## **Proposta**

**Termos em que** se propõe seja o recurso julgado improcedente, mantendo-se integralmente o acórdão recorrido.

À próxima Reunião do Plenário do Conselho Superior, para deliberação.

*Guarda, 21 de Maio de 2021*

*O Relator: JORGE M. FONSECA*

Aprovado pelo Plenário do Conselho Superior em 14 de Julho de 2021.



# PARECER DO CONSELHO GERAL

Processo n.º 17/PP/2021-G

Advogar em causa Própria

*Relatora:* Dra. Maria Emília Morais Carneiro

## ENQUADRAMENTO

Por mensagem de correio electrónico do pretérito dia (...) remetida ao gabinete jurídico do C. Geral, veio a Sra. Advogada solicitar Parecer Urgente sobre a seguinte questão: sendo ela e sua filha menores vítimas num caso criminal necessita saber se pode advogar em causa própria como assistente sendo representada no dia da audiência por outra advogada.

## PARECER

Esta questão tem sido largamente recorrente no seio da Ordem dos Advogados, sendo já elaborado pela ora Relatora sobre a matéria o Parecer n.º 26/PP/2020-G, aprovado em sessão plenária do C. Geral do dia 4 de Dezembro de 2020, onde referimos com interesse para os presentes autos o seguinte:

(...) começemos por repriminar a doutrina que se refere ao mandato judicial e o que ela diz, quanto à possibilidade legal de os advogados exercerem a advocacia em causa própria.

Desde logo o Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto n.º 13809, de 22 de Julho 1927 que representa a primitiva iniciativa codificadora do século XX relativamente a todo o sistema judicial português, estatui no

seu art. 699.º que o mandato judicial só pode ser exercido por advogados ou candidatos, inscritos na respectiva Ordem, ou por advogados de provisão e solicitadores.

O D-Lei 44278, de 14 de Abril de 1962 que estabeleceu a última revisão àquele Estatuto, inseriu tal matéria no art. 542.º-1. Só os advogados e candidatos à advocacia com inscrição em vigor podem exercer as respectivas profissões.

Seguiu-se o Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pelo D-Lei 84/84, de 16 de Março que veio revogar o antigo Estatuto Judiciário e que prevê a matéria no art. 53.º (...)

1 — Só os advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional e perante qualquer jurisdição, instância, autoridade ou entidade pública ou privada, praticar actos próprios da profissão e, designadamente, exercer o mandato judicial ou funções de consulta jurídica em regime de profissão liberal e remunerada. (...)

Depois o EOA aprovado pela Lei 15/2005, de 26 de Janeiro, com as alterações do D-Lei 226/2008, de 20 Novembro e Lei 12/2010, de 25 Junho, que revogou o anterior estatuto prevendo no seu art. 61.º:

1 — Sem prejuízo do disposto no artigo 198º, só os licenciados em direito com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional, praticar actos próprios da advocacia, nos termos definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto.

(...)

3 — O mandato judicial, a representação e assistência por advogado são sempre admissíveis e não podem ser impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada nomeadamente para defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer outra natureza. (...)

Finalmente a Lei 145/2015, de 9 de Setembro que aprovou o novo E.O.A., revogando o anterior vem contemplar a matéria no art. 66.º:

1 — Sem prejuízo do disposto no artigo 205.º, só os advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional, praticar atos próprios da advocacia, nos termos definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto.

(...)

3 — O mandato judicial, a representação e assistência por advogado são sempre admissíveis e não podem ser impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer outra natureza.

4 — Os advogados estagiários só podem praticar atos próprios nos termos previstos no presente Estatuto.

Percorrendo toda esta legislação verificamos que nenhuma delas, desde a mais remota Estatuto Judiciário, até ao presente Estatuto, excluiu a hipótese de o advogado advogar em causa própria, sendo nosso entendimento que o legislador não incluiu esta condição em qualquer destes preceitos legais porque não tinha necessidade de o fazer, presumindo que só por si, o facto de ser advogado lhe confere esse direito”.

Chegados naquele Parecer a esta conclusão, diremos ainda que se assim não fosse — os advogados poderem advogar em causa própria — não se entenderia o teor do n.º 10 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto quando dispõe:

10 — Nos casos em que o processo penal determinar que o arguido seja assistido por defensor, esta função é obrigatoriamente exercida por advogado, nos termos da lei.

O que nos remete desde logo ao art. 64.º do CPP que determina que só é obrigatória a constituição/nomeação de advogado/defensor a qualquer advogado que seja arguido, relativamente aos actos referidos nas als. a) a g) do n.º 1 daquela disposição legal e ainda aos actos previstos nos arts. 271.º e 294.º. Mencionando o n.º 2 desta disposição que (...) Fora dos casos previstos no número anterior pode ser nomeado defensor ao arguido, a pedido do tribunal ou do arguido, sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou a conveniência de o arguido ser assistido.

Relativamente aos autos, estamos perante o caso em que a Advogada não é arguida, mas é assistente.

A representação judiciária dos assistentes, está prevista no do art. 70.º, do mesmo Código, o qual menciona:

#### *Representação judiciária dos assistentes*

1 — Os assistentes são sempre representados por advogado. Havendo vários assistentes, são todos representados por um só advogado. Se divergirem quanto à escolha, decide o juiz.

2 — Ressalva-se do disposto na segunda parte do número anterior o caso de haver entre os vários assistentes interesses incompatíveis, bem como o de serem diferentes os crimes imputados ao arguido. Neste último caso, cada grupo de pessoas a quem a lei permitir a constituição como assistente por cada um dos crimes pode constituir um advogado, não sendo todavia lícito a cada pessoa ter mais de um representante.

3 — Os assistentes podem ser acompanhados por advogado nas diligências em que intervierem.

Entendemos que esta norma também exclui a auto representação do assistente sendo o mesmo advogado, como aliás já mencionámos no nosso Parecer n.º 26/PP/2020-G, “(...) Nos casos em que o processo penal determine que o arguido seja assistido por defensor, esta função é obrigatoriamente exercida por advogado, nos termos da lei. Ou seja, no processo penal no caso de ser arguido, ou ser ofendido e pretenda constituir-se assistente (arts. 64.º, n.º 1 do art. 70.º, 141.º, 360.º, 371.º, 385.º, 389.º, 391.º-E, 396.º, 421.º e 422.º ambos do CPP e também neste sentido Ac. do STJ n.º 15/2016, de 26-10-2016), o advogado não pode exercer em causa própria.

Pelo exposto e reproduzindo as CONCLUSÕES daquele outro Parecer

1. — No âmbito da sua actividade profissional os advogados podem exercer advocacia em causa própria;

2. — A única excepção a esta regra é em sede penal, no caso de o advogado ser arguido, ou ser ofendido e pretenda constituir-se assistente como decorre da lei processual penal, arts. 64.º, n.º 1 do art. 70.º, 141.º, 360.º, 371.º, 385.º, 389.º, 391.º-E, 396.º, 421.º e 422.º.

À próxima sessão do C. Geral.

*Tavira, 15 de Setembro de 2021*

*A Relatora: MARIA EMÍLIA MORAIS CARNEIRO*

Aprovado em Reunião Plenária do Conselho Geral de 17 de Setembro de 2021



# Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

## PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Sobre o Projeto de Decreto-Lei n.º 912/XIV/2.º,  
que visa reforçar a proteção das Mulheres na gravidez e parto  
através da criminalização da violência obstétrica

Pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi enviado à Ordem dos Advogados, para emissão de parecer, o Projecto de Lei n.º 912/XIV/2.ª (NinscCR).

A iniciativa legislativa em apreço visa «reforçar a protecção das mulheres na gravidez e no parto através da criminalização de violência obstétrica» procedendo a alteração do artigo 144.º-A do Código Penal, adiando ao mesmo diploma legal o artigo 166.º-A e alterando o art. 15.º-A da Lei n.º 15/2014, de 21 de Março.

De acordo com a exposição de motivos, apesar de a Lei n.º 15/2014, atribuir direitos específicos à parturiente em contexto de saúde, «a verdade é que continuam a ser tornadas públicas situações que revelam a sua violação em instituições de saúde. De facto, particularmente nos últimos anos, temos assistido a um aumento das denúncias de mulheres que, durante a gravidez, trabalho de parto, parto ou puerpério, foram sujeitas a actos de violência física ou psicológica. Estas situações, para além dos danos físicos que possam provocar, têm um impacto psicológico muito negativo, o que afecta a sua experiência de parto».

São mencionados dois inquéritos, lançados pela Associação Portuguesa pelos Direitos das Mulheres na Gravidez e no Parto, sobre a experiência de parto das mulheres inquiridas e cujos *resultados são preocupantes*.

Os dados do inquérito revelam que as recomendações, nomeadamente *as relacionadas com a medicalização do parto, redução da utiliza-*

*ção da episiotomia e respeito pelas opções da mulher, não estão a ser cumpridas, mas revelam também a existência de casos de abusos verbais e físicos em instituições de saúde.*

São, igualmente, referidos procedimentos específicos, como seja a episiotomia, cuja utilização é *excessiva e rotineira e contraria as recomendações da OMS<sup>(1)</sup>*, e *pode*, entre outros, *ter efeitos físicos e psicológicos adversos na mãe e levar à morte*. «Quando não se justifique por razões médicas, deve ser considerada como uma violação dos direitos da mulher e uma forma de violência baseada no género contra as mulheres». Quando não exista justificação médica para a sua prática, constitui um crime de mutilação genital feminina.

«No que diz respeito à manobra de Kristeller, esta é, segundo a OMS, uma prática a evitar por acarretar complicações para a parturiente».

Ainda de acordo com a exposição de motivos, «a violência obstétrica tem particularidades que justificam a sua autonomização enquanto crime, não se confundindo com outras previsões legais».

O projecto de Lei pretende «criminalizar a violência obstétrica, ou seja, os casos em que a mulher seja sujeita, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, a violência física ou psicológica, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão».

Está, ainda, previsto um agravamento da pena em «um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for praticado na presença de nado morto ou de interrupção da gravidez; contra pessoas nos extremos da idade reprodutiva; contra mãe, nascituro ou criança com deficiência; contra vítimas de violência doméstica, de abuso sexual, de práticas nefastas ou tráfico de seres humanos; contra pessoas que vivam em situação de pobreza extrema, designadamente em situações de rendimentos abaixo do limiar da pobreza ou baixos níveis de literacia ou contra pessoas migrantes e refugiadas».

O art. 15.º-A, da Lei n.º 15/2014, de 21 de Março, tem como «objectivo de definir violência obstétrica e identificar condutas que se incluem naquele conceito».

São as seguintes as alterações propostas:

## «Artigo 144.º-A

[...]

2. [...].

3. As intervenções levadas a cabo por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada que resultem na mutilação genital de pessoa do sexo feminino, em violação das *leges artis* e criando, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

## Artigo 166.º-A

**Violência Obstétrica**

1. Quem, sujeitar mulher, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, a violência física ou psicológica, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

2. O procedimento criminal depende de queixa.

3. A pena é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for praticado:

- a) Na presença de feto morto ou de interrupção da gravidez;
- b) Contra pessoas nos extremos da idade reprodutiva;
- c) Contra mãe, nascituro ou criança com deficiência;
- d) Contra vítimas de violência doméstica, de abuso sexual, de práticas nefastas ou tráfico de seres humanos;
- e) Contra pessoas que vivam em situação de pobreza extrema, designadamente em situações de rendimentos abaixo do limiar da pobreza ou baixos níveis de literacia;
- f) Contra pessoas migrantes e refugiadas.

## Artigo 15.º-A

[...]

1. [...]:

- a) [...];
- b) [...];
- c) [...];
- d) [...];

- e) [...];
- f) [...];
- g) [...];
- 2. [...].
- 3. [...]:
  - a) [...];
  - b) [...];
  - c) [...];
  - d) [...];
  - e) [...];
  - f) [...].
- 4. Considera-se violência obstétrica qualquer conduta direccionada à mulher, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, praticada sem o seu consentimento, que consubstanciando um acto de violência física ou psicológica, lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão.
- 5. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por:
  - a) Violência física, o recurso à força ou a restrições físicas, nomeadamente a realização da manobra de *Kristeller*; agressões físicas, restrições à liberdade de movimentos imposta à parturiente, jejum forçado, a utilização de meios farmacológicos sem autorização, a indução do parto, a administração de ocitocina e a negação dolosa ou negligente do alívio à dor da parturiente;
  - b) Violência psicológica, a utilização de linguagem imprópria, rude, ameaçadora ou atentatória da auto-estima da mulher, incluindo as situações de tratamento discriminatório, desconsideração dos pedidos e preferências da parturiente, omissão de informação sobre o decurso do parto e sobre os procedimentos adoptados e a proibição da permanência do acompanhante.
- 6. A utilização de episiotomia nos casos em que não existe justificação médica para a sua prática constitui crime de mutilação genital feminina, previsto e punido nos termos do artigo 144.º-A do Código Penal».

Após análise do documento em apreço, e sem nos pronunciarmos sobre a redacção proposta aos artigos alterados e/ou aditados, salientamos que os profissionais de saúde estão já obrigados a actuar de acordo com a *legis artis* aplicável.

Qualquer intervenção que não seja clinicamente necessária é susceptível de constituir má prática, sancionável nos termos do disposto no art. 156.º do Código Penal. Sendo certo que, muitas das outras condutas contempladas no Projecto de Lei em análise, também se encontram abrangidas no quadro normativo vigente.

Não obstante, a ocorrência dos factos descritos e a sua frequência, tal como mencionados, são de suma gravidade e, em abstracto, passíveis de tutela penal. No entanto, cremos que, a relevância do assunto em questão e a necessidade de uma eventual alteração legislativa, designadamente, para criação de um novo tipo legal de crime, carece de debate sustentado por estudos técnicos e científicos aprofundados direccionados à realidade portuguesa.

É este o nosso Parecer.

Lisboa, 2 de Setembro de 2021

ÂNGELA CRUZ

*Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados*



## ORDEM DOS ADVOGADOS

### Regulamento n.º 926/2021

### Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 17 de setembro de 2021

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados reunido em sessão plenária de 17 de setembro de 2021, ao abrigo do disposto na alínea *h*), do n.º 1, do artigo 46.º Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar o seguinte Regulamento:

### **Regulamento Financeiro da Ordem dos Advogados**

#### **CAPÍTULO I** **Disposições Gerais**

##### **Artigo 1.º** **Objeto e Âmbito de Aplicação**

1 — O presente regulamento define as normas relativas à obtenção de receitas e realização de despesas, as regras orçamentais, contabilísticas e financeiras, bem como as normas de reporte a serem aplicadas à atividade corrente da Ordem dos Advogados (OA) e as competências dos órgãos decisores, e define as normas relativas à contratação e gestão dos recursos humanos da OA.

2 — O regulamento aplica-se às diferentes estruturas que compõem a OA (Nacionais, Regionais e Locais).

3 — Este regulamento não impede que sejam emitidos, pelo Conselho Geral, outros documentos com informação complementar, por forma a definir procedimentos específicos associados às normas nele contidas.

#### Artigo 2.º

##### **Enquadramento Legal**

As normas definidas no presente regulamento encontram-se estruturadas com base nas seguintes disposições normativas:

- a) Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro — que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas;
- b) Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

#### Artigo 3.º

##### **Regime Contabilístico**

1 — A contabilidade das entidades abrangidas pelo presente regulamento rege-se pelo regime da normalização contabilística para as entidades do setor não lucrativo (ESNL), que integra o Sistema de Normalização Contabilística, e pelas normas previstas na Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

2 — Quaisquer lançamentos contabilísticos, incluindo as correções e ajustamentos contabilísticos, são apoiados em documentos de suporte, comprovativos dos movimentos efetuados.

3 — O Código de Contas da contabilidade geral adotado para a OA (Conselho Geral, Conselhos Regionais e Delegações) é uniforme.

4 — A contabilidade das estruturas Regionais e Locais da OA será fechada e reportada ao Conselho Geral nos prazos estabelecidos no artigo 182.º do EOA.

#### Artigo 4.º

##### **Sistema Informático**

1 — A contabilidade é processada através de uma aplicação informática integrada, única, utilizada pelo Conselho Geral, Conselhos Regionais e Delegações, e com centralização dos mestres de dados no Conselho Geral.



2 — A integração dos dados contabilísticos é efetuada periodicamente, por forma a proporcionar informação atempada aos órgãos de gestão da OA.

3 — O Bastonário, com o poder de delegar, é responsável pela seleção da aplicação informática, pela instituição de normas de acessos aos sistemas informáticos, nomeadamente ao nível de senhas de acesso, sistemas de reposição da informação devido a falhas de comunicação e cópias de segurança.

4 — As senhas de acesso à rede e às diversas aplicações são individuais e intransmissíveis, devendo ser alteradas periodicamente.

### Artigo 5.º

#### **Receitas**

Constituem receitas da OA:

- a) As quotas, fixadas regularmente, pagas pelos Advogados;
- b) As quotas, fixadas regularmente, pagas pelas Sociedades de Advogados;
- c) O produto de taxas, emolumentos e serviços devidos por atos praticados pela OA;
- d) As receitas de procuradoria legalmente devidas;
- e) O produto de atividade comercial da OA;
- f) Os donativos de pessoas singulares;
- g) O produto de heranças e legados, de rendimentos provenientes do seu património e de empréstimos;
- h) Subsídios ou transferências decorrentes de projetos comunitários, nacionais ou outros de que a Ordem faça parte;
- i) Outras receitas previstas na Lei ou no EOA.

### Artigo 6.º

#### **Instrumentos de Gestão**

A OA tem como instrumentos de gestão:

- a) Orçamento;
- b) Execução Orçamental;
- c) Plano de Atividades;
- d) Relatório de Atividades;
- e) Plano de Investimento;
- f) Contas previstas no SNC;

- g) Relatório de Gestão;
- h) Mapa de Pessoal;
- i) Balanço Social;
- j) Plano de Gestão de Riscos;
- k) Outros instrumentos previstos na Lei ou no EOA que lhe sejam aplicáveis.

## **CAPÍTULO II** **Gestão Orçamental**

### **SECÇÃO I** **Orçamento**

#### **Artigo 7.º** **Orçamento da OA**

Nos termos do EOA, o Orçamento da OA é integrado pelos orçamentos dos seguintes órgãos cuja proposta tenha sido aprovada em sede das respetivas assembleias:

- a) Conselho Geral;
- b) Conselhos Regionais;
- c) Conselhos de Deontologia;
- d) Delegações.

### **SECÇÃO II** **Princípios Orçamentais**

#### **Artigo 8.º** **Princípios Orçamentais**

A elaboração e execução do Orçamento da OA e dos orçamentos dos órgãos que o integram está sujeita aos seguintes princípios:

- a) Anualidade e Equidade Intergeracional;
- b) Universalidade e Unidade Orçamental;
- c) Equilíbrio, Estabilidade e Sustentabilidade Orçamental;
- d) Transparência orçamental.

## Artigo 9.º

**Princípios da Anualidade e Equidade**

1 — O Orçamento da OA e todos os orçamentos que o integram são elaborados e executados anualmente, de acordo com o ano civil, e devem incluir todas as receitas a cobrar e todas as despesas a realizar durante o ano, independentemente do momento em que, juridicamente, tenha nascido o direito a cobrar as receitas e o dever de pagar as despesas.

2 — Na elaboração e execução do Orçamento da OA e dos orçamentos que o integram, a assunção de compromissos plurianuais tem de assegurar que a distribuição dos custos e benefícios é feita de forma equilibrada entre gerações.

## Artigo 10.º

**Princípios da Universalidade e Unidade**

1 — O Orçamento da OA integra todas as receitas e despesas dos órgãos que compõem a OA.

2 — Os orçamentos dos órgãos referidos no artigo 7.º do presente Regulamento compreendem todas as receitas e despesas do respetivo órgão.

## Artigo 11.º

**Princípios do Equilíbrio, Estabilidade e Sustentabilidade**

1 — O Orçamento da OA tem de ser equilibrado e sustentável, pelo que todas as despesas previstas têm de estar cobertas pelas receitas previsíveis.

2 — De forma a contribuir para o equilíbrio e sustentabilidade do Orçamento da OA, os órgãos competentes para a elaboração e execução dos orçamentos que integram o Orçamento da OA, têm de tomar todas as medidas necessárias para tentar alcançar um saldo orçamental o mais equilibrado possível ou excedentário.

## Artigo 12.º

**Princípio da Transparência**

O Orçamento da OA e os orçamentos que o integram devem conter informação fidedigna, abrangente e compreensível, que permita avaliar, com fiabilidade, a posição financeira e os custos e benefícios das atividades dos órgãos.

### SECÇÃO III

## Regras Orçamentais

### Artigo 13.º

#### Elaboração do Orçamento

1 — O orçamento de cada órgão deve refletir todas as despesas que digam respeito a esse órgão.

2 — A elaboração dos orçamentos que integram o Orçamento da OA está sujeita às seguintes limitações:

- a) As despesas de investimento das Delegações a amortizar em mais de três anos só podem ser inscritas em orçamento a propor se, previamente, autorizadas pelo respetivo Conselho Regional;
- b) As despesas de investimento dos Conselhos Regionais a amortizar em mais de cinco anos só podem ser inscritas em orçamento a propor se, previamente, autorizadas pelo Conselho Geral.

3 — A elaboração dos orçamentos que integram o Orçamento da OA está sujeita às seguintes regras:

- a) As despesas de investimento plurianuais serão previstas, nos orçamentos de cada ano, na proporção em que estiver prevista a sua liquidação;
- b) O orçamento dos Conselhos de Deontologia é apresentado para aprovação da Assembleia Regional antes da apresentação do orçamento do Conselho Regional;
- c) Caso exista diferença entre as receitas previstas no orçamento aprovado do Conselho de Deontologia e a dotação desse órgão no Orçamento aprovado do Conselho Regional, prevalece o valor do segundo com ajuste, em proporção, de todas as rubricas do primeiro;
- d) Caso o orçamento de uma Delegação não seja aprovado pela respetiva Assembleia Local até ao limite do prazo, ou não cumpra os limites do n.º 1 do presente artigo, para efeitos de integração no Orçamento Regional será considerado o último orçamento aprovado, com exceção da receita de quotas, em que será considerado o valor previsto para o orçamento daquele ano.

4 — Caso o orçamento de um Conselho Regional não seja aprovado pela respetiva Assembleia Regional até ao limite do prazo, ou não cumpra os limites do n.º 1, para efeitos de integração no Orçamento da OA será considerado o último orçamento aprovado, com exceção da receita de quotas, em que será considerado o valor previsto para o orçamento daquele ano.

5 — O Conselho Regional que, ao cumprir o estipulado no n.º 6 do artigo 182.º do EOA, apresente ao Conselho Geral orçamento deficitário, tem de apresentar conjuntamente relação das despesas previstas no mesmo.

#### Artigo 14.º

##### **Recursos a Empréstimos**

1 — A contratação de empréstimos pelos órgãos que têm competência para o efeito, nos termos do EOA, tem como limite máximo o valor do respetivo orçamento de receitas do ano em que for contratado, salvo autorização expressa prévia do Conselho Geral.

2 — Excetuam-se do disposto no número anterior, os órgãos que solicitem auxílio financeiro, nos termos do artigo 180.º do EOA, caso em que a autorização prévia expressa do Conselho Geral será sempre necessária.

#### Artigo 15.º

##### **Recursos a Aplicações Financeiras**

O recurso a aplicações financeiras com qualquer componente de risco está vedado a todos os órgãos da OA.

#### Artigo 16.º

##### **Regras para a Execução Orçamental**

1 — As regras para a execução orçamental de despesas têm de ser conformes com o circuito cronológico da despesa, nos termos definidos no artigo 33.º do presente regulamento, relativo aos procedimentos para realização de despesa.

2 — Todas as despesas, correntes ou de investimento, só podem ser realizadas se estiverem orçamentadas e haja a garantia de que as mesmas têm cabimentação à data da sua realização, tendo este movimento de cabimentação de ser devidamente registado na contabilidade orçamental.

3 — Após adjudicação da despesa, deve ser devidamente registado, na contabilidade orçamental, o movimento da cativação, conforme definida no n.º 4 do artigo 33.º deste regulamento, pelo valor efetivamente adjudicado.

4 — O processo de cabimento assegura que uma dotação orçamental reservada para determinada despesa fique indisponível para outra utiliza-

ção, salvo, autorização da mesma competência ou superior, tendo que haver lugar a anulação desse cabimento.

5 — Excetuam-se do disposto no número anterior, o diferencial excedente entre o valor cabimentado e o cativado, que, após a cativação, voltam a estar disponíveis para utilização.

6 — Sempre que da análise sistemática da execução orçamental dos orçamentos que integram o Orçamento da OA, os serviços financeiros dos respetivos órgãos concluíam que a previsão orçamental das receitas não se irá realizar, deve proceder-se à análise das despesas ainda por realizar e avaliar a possibilidade de, na mesma proporção da perda das receitas, identificar as despesas que possam ser não realizadas, de modo a garantir o equilíbrio orçamental.

7 — Nas circunstâncias referidas no número anterior, as despesas selecionadas que não serão realizadas serão objeto de reserva para evitar a sua cabimentação em despesas por lapso.

### Artigo 17.º

#### **Regime de Duodécimos**

1 — Caso o orçamento do Conselho Geral ou o Orçamento da OA não seja aprovado pela Assembleia Geral até ao limite do prazo, será considerado, para efeitos da gestão orçamental de todos os órgãos, o último Orçamento da OA aprovado, com as alterações orçamentais executadas, que será executado em regime de duodécimos.

2 — Aquando da aprovação do orçamento da OA, se fora do limite do prazo, já com o ano a que se refere a decorrer, haverá que acautelar a alteração de verbas de rubrica necessárias à cobertura das despesas que possam não ter sido acauteladas neste, dado terem sido autorizadas à luz do orçamento transposto do ano anterior.

3 — Por natureza da receita da OA, à execução orçamental das receitas não é aplicável o regime de duodécimos.

### Artigo 18.º

#### **Regras de Alteração Orçamental**

Para a realização de despesa que não esteja, parcial ou totalmente, orçamentada, o órgão competente para a autorizar, ou outro órgão com poderes delegados, tem que autorizar a transferência de verbas de rubrica, mas apenas se ficar demonstrado, mediante justificação, que a verba orça-

mentada para a rubrica com excedente ou já não se mostra necessária ou se prevê que não virá a ser utilizada não podendo encontrar-se de forma alguma comprometida por contrato ou instrumento equivalente.

#### **SECÇÃO IV**

##### **Auxílio Financeiro**

###### **Artigo 19.º**

###### **Regras para Auxílio Financeiro do Conselho Geral**

1 — Nos termos do n.º 7 do artigo 180.º do EOA, o Conselho Geral pode prestar, dentro das suas possibilidades, auxílio financeiro aos Conselhos Regionais, quando devidamente justificada a sua necessidade.

2 — O pedido de auxílio financeiro, e o valor do mesmo, deve vir devidamente justificado pelo Conselho Regional, bem como obrigatoriamente acompanhado pela execução orçamental até à data do pedido.

#### **SECÇÃO V**

##### **Instrumentos Previsionais**

###### **Artigo 20.º**

###### **Outros Instrumentos Previsionais**

1 — Para além do Orçamento, são instrumentos previsionais dos órgãos com competências financeiras da OA:

- a) O Plano de Atividades;
- b) O Plano de Investimentos.

2 — O plano de atividades deve constar de uma relação das atividades concretas a desenvolver, a sua calendarização e local, e devem ter correspondência com rubricas orçamentais concretas ou a menção de ausência de necessidade de despesa.

3 — O plano de investimentos deve constar de uma relação de todos os investimentos previstos no orçamento cuja despesa associada ultrapasse o ano correspondente, com a respetiva fundamentação, previsão de custos, respetivos prazos, e prazo de amortização.

## **CAPÍTULO III**

### **Gestão Financeira e Contabilidade**

#### **SECÇÃO I**

#### **Disposições Gerais**

#### Artigo 21.º

#### **Informação Financeira e Fiscal**

1 — A Entidade Contabilista prestadora de contas no âmbito do presente regulamento é a Ordem dos Advogados, e concorrem para essa entidade todos os órgãos previstos nos seus Estatutos.

2 — São características da informação financeira e fiscal a prestar:

- a) Continuidade;
- b) Relevância e Fiabilidade;
- c) Comparabilidade;
- d) Acréscimo e Substância sobre a Forma;
- e) Mensuração;
- f) Materialidade e Análise Custo-Benefício.

#### Artigo 22.º

#### **Entidades Responsáveis pela Execução**

1 — São entidades responsáveis pela execução financeira da OA o Contabilista Certificado, nos termos de legislação própria, e os órgãos da OA, nos termos do EOA.

2 — São atribuições do Contabilista Certificado da Entidade Ordem dos Advogados:

- a) Planeamento, conceção e atualização do plano de contabilidade da Ordem dos Advogados, em observância pelo normativo contabilístico e que lhe seja aplicável;
- b) Controlo e manutenção do plano de contabilidade no que concerne à contabilidade geral, códigos de contas, criação de entidades e estrutura de códigos necessários às operações contabilísticas;
- c) Conceção dos modelos de demonstrações contabilísticas de utilização uniforme na informação interna geral, designadamente das que reportam informação a prestar quanto às contribuições e impostos das demonstrações financeiras previstas no normativo contabilístico aplicável à OA;



- d) Verificação da observância das regras da faturação dos órgãos da OA;
- e) Acompanhamento do processo de remunerações dos funcionários e colaboradores afetos aos diversos órgãos da OA;
- f) Acompanhamento dos inventários;
- g) Acompanhamento e controlo do cadastro de ativos;
- h) Controlo das conferências de contas, designadamente das reconciliações bancárias;
- i) Integração, a nível nacional, dos orçamentos, contas e relatórios anuais das estruturas locais, regionais e nacionais da Ordem dos Advogados;
- j) Assegurar o cumprimento integral das obrigações fiscais declarativas da OA, nomeadamente, declaração de rendimentos em sede de IRC, declaração periódica de IVA, declaração anual de rendimentos pagos ou colocados à disposição pela OA, em sede de IRS e IRC;
- k) Verificação contabilística e financeira das quotizações dos associados da OA;
- l) Responsabilidade pela regularidade contabilística e fiscal da OA perante os seus órgãos, bem como, perante as autoridades administrativas.

3 — São atribuições dos órgãos da OA, nos termos do EOA:

- a) Proceder à organização contabilística da OA;
- b) Proceder à contabilização de receitas e despesas, sendo estas últimas alvo de cabimento;
- c) Proceder ao controlo de contas correntes;
- d) Proceder ao controlo de todas as contas bancárias, titulares com capacidade de movimentação e seu relato adequado;
- e) Proceder ao controlo de saldos de caixa e equivalentes de caixa;
- f) Manter uma monitorização apertada da execução orçamental e do seu reporte;
- g) Assegurar o nível de endividamento e a constituição de saldo orçamental positivo ou nulo;
- h) Proceder ao controlo de cadastro de bens afetos através da sua verificação física anual e etiquetagem física;
- i) Proceder ao controlo das existências em “stock”, sua rotação e respetivo inventário;
- j) Proceder ao arquivo de toda a documentação contabilística;
- k) Proceder à reconciliação bancária e “follow-up” dos itens em aberto.

4 — É da responsabilidade de cada órgão da OA a verificação, registo e apuramento dos respetivos impostos, nomeadamente, no que diz

respeito ao IVA, às retenções na fonte de rendimentos de trabalho dependente e independente, rendimentos prediais e Segurança Social.

## SECÇÃO II Contabilidade

### Artigo 23.º

#### Reconhecimento e Mensuração

1 — O reconhecimento e mensuração, quer inicial, quer subsequente, de dívidas de e a terceiros, processa-se da seguinte forma:

- a) As dívidas de clientes e as outras dívidas de terceiros são reconhecidas pelo seu valor nominal, deduzido de eventuais perdas de imparidade, refletindo as mesmas o valor realizável líquido;
- b) As perdas por imparidade são reconhecidas sempre que existir informação objetiva da incobrável da dívida, ou probabilidade remota da sua recuperação, e são subsequentemente revertidas, caso os indicadores de imparidade diminuam ou desapareçam;
- c) As dívidas a terceiros são objeto de análise da sua antiguidade, prevendo-se que possam ser desreconhecidas se demonstrada a sua prescrição.

2 — O caixa, e equivalentes de caixa, incluem caixa, depósitos bancários e outros investimentos de curto prazo, de liquidez elevada e com maturidade até um ano, desde que possam ser imediatamente realizáveis e sem perda de valor, assim como os descobertos bancários, quando existam.

3 — Os descobertos bancários são apresentados no balanço, no passivo corrente, na rubrica financiamentos obtidos, e são considerados na elaboração da demonstração dos fluxos de caixa, como caixa e equivalentes de caixa.

4 — Os montantes incluídos na conta depósitos a prazo correspondem aos valores aplicados a determinado prazo, variando, por regra, entre 90 dias e 180 dias.

5 — Os juros negociados e líquidos da retenção de impostos, podem ser renovados automaticamente, e creditados na conta depósitos à ordem, na data do respetivo vencimento.

6 — Os títulos negociáveis, e outras aplicações financeiras, são registados ao mais baixo do custo de aquisição ou de mercado.

## Artigo 24.º

**Ativos Não Correntes e Não Financeiros**

1 — São ativos não correntes e não financeiros os ativos fixos tangíveis, os ativos intangíveis e as locações.

2 — Os ativos fixos tangíveis são reconhecidos e mensurados ao custo de aquisição, deduzido das amortizações acumuladas e de eventuais perdas por imparidade acumuladas, nos seguintes termos:

- a) O custo de aquisição inclui o preço de compra do ativo, os impostos não dedutíveis, as despesas de transporte, de montagem e preparação do ativo até se encontrar em condições de utilização;
- b) Os gastos subsequentes que aumentem a vida útil do bem, a sua capacidade de utilização, ou melhorem o desempenho dos ativos, são reconhecidos no custo dos mesmos;
- c) Os gastos com as reparações e a manutenção de natureza corrente são reconhecidos como gastos do período em que ocorrem;
- d) As depreciações são calculadas a partir do momento em que os ativos se encontram disponíveis para utilização, pelo método das quotas constantes, em base duodecimal, de acordo com a sua vida útil média, fixada para cada bem ou grupos homogêneos de bens;
- e) Todos os cálculos incidem sobre o custo de aquisição, deduzido do valor residual, tido para cada bem;
- f) As taxas de depreciação utilizadas correspondem às constantes na Tabela I, anexa ao presente regulamento, para efeitos de vida útil média estimada em anos;
- g) Os valores residuais, e as vidas úteis esperadas, são revistos periodicamente e ajustados à data do balanço, para que as depreciações praticadas estejam em conformidade com os padrões de consumo dos ativos;
- h) As alterações às vidas úteis são tratadas como uma alteração de estimativa contabilística e são aplicadas prospetivamente;
- i) Havendo lugar a eventual revalorização de bens do ativo fixo tangível, após o reconhecimento inicial, adotar-se-á o método previsto na Norma Contabilística e de Relato Financeiro 7 da Comissão de Normalização Contabilística (NCRF) — Ativos Fixos Tangíveis;
- j) Os bens considerados património histórico, artístico e cultural não são objeto de depreciação;
- k) Os ganhos ou perdas resultantes do abate ou alienação dos ativos fixos tangíveis são reconhecidos e registados na demonstração de

resultados, respetivamente, em “outros rendimentos” ou “outros gastos”;

- l)* No caso de alienação de ativos fixos tangíveis, o valor de realização compreende a contrapartida recebida pela venda, troca de ativos ou indemnizações recebidas por sinistros;
- m)* A OA realiza testes de imparidade aos elementos do seu ativo fixo tangível, seguindo os critérios previstos na NCRF 12 — Imparidade de Ativos, com uma periodicidade de dois anos;
- n)* Os terrenos não são objeto de depreciação.

3 — Aos ativos intangíveis aplicam-se os critérios definidos no número anterior, com exceção dos previstos no ponto 8 da NCRF e com as seguintes especificidades:

- a)* O valor escriturado corresponde ao custo de aquisição menos as amortizações acumuladas e perdas por imparidade acumuladas;
- b)* O custo de aquisição compreende o preço da compra, acrescido de todos os gastos incorridos até à sua data de utilização;
- c)* Os ativos são amortizados pelo método das quotas constantes, em duodécimos, durante um período de 3 a 6 anos;
- d)* Sempre que existam indícios de perda de valor dos ativos intangíveis, são efetuados testes de imparidade, de forma a estimar o valor recuperável;
- e)* Os custos com a manutenção dos ativos intangíveis são reconhecidos como gastos do período;
- f)* Os ativos intangíveis compreendem essencialmente licenças de programas informáticos.

4 — As locações podem ser financeiras ou operacionais.

5 — São classificadas como locações financeiras as locações de ativos fixos tangíveis, relativamente aos quais a OA detém todos os riscos e benefícios inerentes à sua propriedade, independentemente da forma do contrato de locação.

6 — São também classificadas como locações financeiras os acordos em que a análise de uma ou mais situações particulares do contrato aponte para tal natureza, como no caso de a duração do contrato abranger a maior parte da vida útil esperada do ativo, ainda que o título de propriedade não tenha sido transferido.

7 — Todas as locações não financeiras são classificadas como locações operacionais e são reconhecidas como gasto em base linear durante o prazo de locação.

8 — As locações financeiras são capitalizadas no início da locação pelo menor valor entre o justo valor do ativo locado e o valor presente dos

pagamentos mínimos da locação, cada um determinado à data de início do contrato.

9 — A dívida resultante de um contrato de locação financeira é registada líquida de encargos financeiros, na rubrica financiamentos obtidos.

10 — Os encargos financeiros incluídos na renda e o gasto de depreciação dos ativos locados são reconhecidos na demonstração dos resultados no período a que dizem respeito.

11 — Os ativos fixos tangíveis adquiridos através de locações financeiras são depreciados pelo menor entre o período de vida útil do ativo e o período da locação, quando a OA não tenha opção de compra no final do contrato, ou pelo período de vida útil estimado, quando a OA tenha a opção de adquirir os ativos no final do contrato.

## Artigo 25.º

### **Provisões e Imparidades e Suas Reversões**

1 — É constituída uma provisão sempre que a OA reconhece a existência de uma obrigação presente, legal ou construtiva, fruto de um evento passado, a qual exige o dispêndio de recursos, desde que o seu valor possa ser razoavelmente estimado.

2 — A avaliação das provisões a constituir resulta da articulação entre os serviços do Conselho Geral e outros órgãos no sentido de aferir se está assumida alguma responsabilidade que possa ser suscetível de fazer a OA incorrer em pagamentos ou perda de ativos no futuro por atos por si praticados.

3 — As provisões são revistas à data do balanço, de forma a transmitirem uma estimativa atual e fiável.

4 — Caso alguma das condições prevista nos números anteriores não seja cumprida, mantendo-se a possibilidade de afetar os exercícios futuros, a OA não reconhece um passivo contingente, mas promove a sua divulgação.

5 — Sempre que existirem ativos contingentes resultantes de eventos passados, mas cuja ocorrência depende de eventos futuros incertos, estes não são registados.

6 — Verificada uma imparidade de ativos, sempre que o valor recuperável de um ativo é inferior ao seu valor contabilístico, a OA avalia se a situação de perda assume um caráter permanente e definitivo.

7 — No caso de o caráter ser permanente e definitivo, é registada a respetiva perda por imparidade, a qual corresponde à diferença entre a quantia escriturada e o valor presente dos fluxos de caixa futuros estima-

dos descontados à taxa de retorno de mercado corrente para um ativo financeiro semelhante.

8 — No caso de a perda não ser considerada permanente e definitiva, não é reconhecida a imparidade, mas é feita a divulgação das razões que fundamentam essa conclusão.

9 — Se, subsequentemente se verificar que a quantia reconhecida como perda por imparidade diminuiu é feita a respetiva reversão, a qual será reconhecida na demonstração de resultados.

10 — Para a verificação de existência de evidência objetiva de que um ativo financeiro estar em imparidade, são considerados, entre outros, os seguintes principais eventos de perda:

- a) Comprovada e significativa dificuldade financeira do devedor;
- b) Quebra contratual traduzida no não pagamento ou amortização da dívida;
- c) Probabilidade de o devedor entrar em insolvência ou em qualquer processo de reorganização financeira;
- d) Alterações significativas, com efeitos adversos, que tenham ocorrido no ambiente tecnológico, de mercado, económico ou legal, em que o emitente opere.

#### Artigo 26.º

### **Referencial Contabilístico Aplicável**

A Ordem dos Advogados está abrangida pelo normativo contabilístico aplicável às entidades do setor não lucrativo — Norma Contabilística e de Relato Financeiro para Entidades do Setor não Lucrativo (NCRF/ESNL) do Sistema de Normalização Contabilística, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de junho, homologada pelo Despacho n.º 262/2015-XIX do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 16 de julho de 2015, através do Aviso 8259/2015, de 29 de julho, publicado na 2.ª série do Diário da República n.º 146/2015, de 29 de julho.

#### Artigo 27.º

### **Reconciliação Bancária**

1 — A reconciliação bancária é elaborada mensalmente, por um técnico, e é o instrumento pelo qual são conferidos todos os movimentos inscritos no extrato bancário, com o respetivo extrato da contabilidade, e apurados todos os movimentos bancários que não estão refletidos na contabilidade.

2 — Os movimentos divergentes devem ser os mais reduzidos possíveis, e, caso existam, deverão reportar-se ao mês anterior.

3 — O mapa da Reconciliação Bancária deve ser assinado pelos elementos que procederam à sua conferência e entregue ao Responsável do Departamento Financeiro, e ao Contabilista Certificado, devendo estes verificar e assinar.

4 — Todos os movimentos em aberto com período superior a dois meses devem ser objeto de proposta de atuação devidamente fundamentada e aprovada pelo órgão competente.

### Artigo 28.º

#### **Gastos**

A realização de despesa tem de ser efetuada pelos órgãos competentes para autorizar despesa, nos termos definidos no EOA, ou por órgãos com competências delegadas, nos termos previstos no Código de Procedimento Administrativo.

### Artigo 29.º

#### **Imobilizado**

1 — As aquisições de bens de imobilizado podem ser efetuadas pelo Conselho Geral ou pelos Conselhos Regionais, nos termos dos Estatutos.

2 — A OA mantém permanentemente atualizado o inventário dos bens de imobilizado da sua propriedade, cabendo a cada Conselho registar e manter atualizado os bens que adquire ou que lhes estão afetos.

3 — Todos os bens de imobilizado deverão evidenciar etiquetas de identificação dos mesmos face aos registos de inventário existentes no Conselho Geral ou nos Conselhos Regionais.

4 — Os bens de imobilizado são objeto de verificação física periódica, de modo a assegurar que os bens efetivamente existem e aquilatar da sua operacionalidade.

### Artigo 30.º

#### **Inventários**

1 — Os inventários são constituídos por mercadorias referentes a um conjunto de artigos que a OA vende aos seus associados, designadamente a agenda jurídica.

2 — Os inventários são reconhecidos ao custo de aquisição, o qual inclui todas as despesas suportadas com a compra, transportes e impostos não dedutíveis.

3 — As mercadorias são mensuradas ao custo de aquisição ou de mercado, dos dois o mais baixo, aplicando o custo médio como método de custeio.

4 — As perdas por imparidade de inventários são calculadas e registadas quando o valor realizável líquido for inferior ao valor custo registado e o seu registo será reconhecido na demonstração de resultados na rubrica “imparidade de inventários perdas/reversões”.

5 — A avaliação da circunstância referida no número anterior é efetuada através da análise de rotação dos inventários e/ou dos preços de mercado verificados para estes.

6 — Caso se avalie necessário pelos custos administrativos de monitorização ou armazenagem, deve haver proposta fundamentada e autorizada pelo órgão competente de abate ou venda a valores mais baixos ou simbólicos de inventários na circunstância dos números anteriores.

### **SECÇÃO III**

#### **Gestão Financeira**

#### **Artigo 31.º**

##### **Cobranças de Quotas**

1 — A cobrança das quotas dos advogados com inscrição em vigor e das sociedades de advogados cabe ao Conselho Geral, conforme estipula o EOA.

2 — Os regimes relativos às quotas de Advogados e às quotas das Sociedades de Advogados estão previstos em regulamento próprio, para o qual se remete.

3 — A proporção de quota de cada advogado ou sociedade de advogados que cabe ao Conselho Regional e à Delegação, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 180.º do EOA deve constar do orçamento do Conselho Regional.

4 — Os 60 dias estipulados no n.º 6 do artigo 180.º do EOA são contados a partir da data limite para o pagamento das respetivas quotas.

5 — Em caso de pagamento de quotas antecipado, nos termos permitidos pelos regulamentos a que se refere o n.º 2, o produto das mesmas



deve ser atribuído à Delegação ou Conselho Regional em que o Advogado ou Sociedade de Advogados esteja inscrito no final do prazo referido no número anterior.

### Artigo 32.º

#### **Fundo Fixo de Caixa**

1 — Fundo fixo de caixa é o fundo de maneo para a realização de despesas de pequeno montante, urgentes, imprescindíveis, inadiáveis.

2 — A sua utilização deve ser excecional, tendo como limite máximo €250.

3 — O fundo fixo de caixa destina-se ao pagamento de despesas em bens ou serviços, cuja forma de aquisição torna inviável recorrer a outra forma de pagamento.

4 — O fundo fixo de caixa é constituído por despacho do órgão competente para autorizar despesa, ou com competência delegada, e não pode ter um valor superior a €1.000.

5 — O fundo fixo deve ser repostado sempre no final de cada mês.

6 — O fundo fixo pode ser repostado antes do final do mês, caso esteja com reservas abaixo de 50 % do seu valor inicial.

### Artigo 33.º

#### **Despesas e Procedimentos**

1 — São fases gerais da despesa a cabimentação, a autorização, a cativação, o processamento, a conferência das condições da despesa para ser paga e a autorização de pagamento.

2 — Perante a necessidade de realizar despesa, deve ser verificada a existência de cabimentação prévia dos encargos prováveis com a mesma, e proceder-se ao respetivo registo no processo de autorização da despesa.

3 — A autorização de despesa fica sujeita à verificação de conformidade legal, regularidade financeira e economia, eficiência e eficácia.

4 — A cativação, também designada na contabilidade pública de compromisso, consiste na assunção da obrigação de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições, o que corresponde à adjudicação dos bens ou serviços a determinada entidade, pessoal ou coletiva.

5 — O processamento consiste no registo em suporte normalizado dos encargos legalmente constituídos após a verificação de pessoa compe-

tente para o efeito de que os serviços foram efetivamente prestados e/ou os bens foram de facto entregues nas condições previstas na contratação efetuada, para que se proceda à sua liquidação e pagamento.

6 — Na conferência verifica-se o cumprimento de todas as condições previstas nos números anteriores para a despesa poder ser objeto de autorização para pagamento.

7 — A autorização de pagamento fica sujeita à conformidade de todo o procedimento e é o procedimento prévio à emissão dos meios de pagamento, sendo da competência do respetivo órgão com competência para autorizar despesa, nos termos em que os EOA o definem, com possibilidade de delegação.

8 — Nas despesas iguais ou inferiores a €5.000, a autorização da despesa e a autorização do pagamento podem ser dadas num só ato, assegurado que esteja o processamento.

9 — O pagamento corresponde à emissão dos meios de pagamento, preferencialmente por transferência bancária, por quem tem poder para movimentar as contas bancárias.

### Artigo 34.º

#### **Instrumentos de prestação de contas**

1 — São instrumentos de prestação de contas o relatório de gestão e os mapas de prestação de contas.

2 — O relatório de gestão corresponde a um documento que integra o conjunto de documentos de prestação de contas e deverá consistir numa narrativa coerente das atividades da entidade, em consonância com a sua missão e objetivos nos mais diversos domínios.

3 — No relatório de gestão devem ainda ser relatadas as questões, transações e eventos mais significativos apresentados nas demonstrações financeiras, explicando a respetiva influência sobre as mesmas.

4 — O mapa de prestação de contas da Ordem dos Advogados rege-se pela aplicação da Norma Contabilística e de Relato Financeiro para as Entidades do Setor Não Lucrativo (NCRF-ESNL) do SNC, publicada no Diário da República, 2.ª série, de 29 de julho de 2015, através do Aviso n.º 8259/2015.

5 — As demonstrações financeiras dão a conhecer a posição financeira, as alterações na posição financeira, o desempenho e os fluxos de caixa de uma entidade, com base, em informações sobre os seus ativos, passivos, património líquido, rendimentos, gastos, outras alterações no património líquido e fluxos de caixa.

6 — São principais demonstrações financeiras:

- a) Balanço;
- b) Demonstração dos resultados por natureza;
- c) Demonstração das alterações no património líquido;
- d) Demonstração de fluxos de caixa;
- e) Anexo às demonstrações financeiras.

7 — As demonstrações orçamentais traduzem uma representação estruturada da execução e desempenho orçamental das entidades, proporcionando, entre outra, informação sobre o orçamento inicial, as modificações orçamentais e a execução orçamental.

8 — São principais demonstrações orçamentais de relato:

- a) Demonstração de execução orçamental da receita com as devidas alterações orçamentais;
- b) Demonstração de execução orçamental da despesa com as devidas alterações orçamentais;
- c) Demonstração de execução do plano plurianual de investimento.

### Artigo 35.º

#### **Ajudas de Custo e Deslocações**

1 — A OA pode abonar com ajudas de custo e ajudas de deslocação, os membros dos seus órgãos, das suas comissões e dos seus institutos, que se tenham que deslocar ao serviço da OA no âmbito das suas competências e atribuições.

2 — As despesas a compensar são alimentação, de estadia e de deslocação.

3 — As despesas de alimentação correspondem ao valor da despesa comprovadamente feita pelo abonado em almoço e jantar, e desde que se encontre ao serviço da OA e esta não tenha fornecido refeição.

4 — As despesas de alimentação a abonar tem como limite máximo €25,00 por refeição, em caso de deslocações em território nacional, e €40,00, em caso de deslocações em território internacional.

5 — As despesas de estadia são pagas diretamente ao fornecedor da estadia se a aquisição for efetuada através do serviço responsável pelas compras do órgão responsável pela despesa, ou são reembolsadas ao abonado, mediante apresentação de comprovativo contabilístico da despesa, tendo aí como limite máximo o custo de estadia que teria tido, nesse dia, a contratação efetuada pelo referido serviço responsável pelas compras.

6 — As despesas de estadia só serão devidas se o abonado tiver que pernoitar, ao serviço da OA, fora do concelho do seu domicílio profissional ou dos concelhos limítrofes.

7 — As despesas de deslocação são pagas diretamente ao prestador de serviço de transportes e são obrigatoriamente contratadas pelo serviço responsável pelas compras, salvo se efetuadas em viatura própria.

8 — Nas viagens que impliquem a utilização de transportes que estejam organizados por classes de conforto, a viagem é realizada em classe económica ou turística, salvo as deslocações do Sr. Bastonário e dos Presidentes dos respetivos órgãos que podem viajar em classe executiva ou primeira classe.

9 — Nas deslocações em viatura própria, a abonação é feita por km, no mesmo valor que sejam abonados os servidores do estado, sendo contabilizados os km entre o domicílio profissional do abonado e o destino, pelo caminho mais rápido.

10 — No caso do número anterior, se houver lugar ao pagamento de portagens ou estacionamento, o mesmo é feito por reembolso através da apresentação de documento de suporte da despesa emitido à OA (em que conste o nome e número de contribuinte) e cópia de documento comprovativo da realização da despesa emitido pelo prestador do serviço.

#### **SECÇÃO IV**

#### **Contas Bancárias**

#### **Artigo 36.º**

#### **Contas Bancárias**

1 — Podem ser abertas e mantidas contas bancárias pelo Conselho Geral, pelos Conselhos Regionais e Delegações nos termos do artigo seguinte.

2 — No Conselho Geral existe um controlo de todas as contas bancárias abertas em nome da Ordem dos Advogados, com a identificação dos seus titulares.

3 — Quando ocorram mudanças de responsáveis nos órgãos, devem ser alterados junto dos correspondentes Bancos os titulares das contas bancárias durante os primeiros 180 dias contados da data da mudança.

4 — Em caso de abertura de conta bancária ou alteração de titulares das contas bancárias, esta tem de ser reportada ao Conselho Geral, sem

desprimor de eventuais comunicações ao Conselho Regional, se aplicável, pelos titulares, para efeitos do n.º 2 no prazo de cinco dias úteis, sob pena de eventual responsabilidade financeira.

5 — As reconciliações bancárias são elaboradas em modelo próprio formalizado pelo Conselho Geral.

### Artigo 37.º

#### **Contas Bancárias dos Conselhos Regionais e das Delegações**

1 — Cada Conselho Regional só poderá ter contas em duas instituições bancárias diferentes.

2 — Cada Delegação só poderá ter uma conta numa instituição bancária.

3 — As contas são abertas e encerradas com a assinatura do presidente do órgão e do Vogal-Tesoureiro.

4 — A abertura e manutenção de conta bancária deve ser objeto de avaliação do volume anual de recursos a tramitar não devendo ser aberta ou mantida se o volume exceder os custos da sua manutenção e relato de extratos ou certidões, devendo ser avaliada a possibilidade de ser substituída pela constituição de fundos de maneio.

5 — O presidente do órgão é responsável por promover o encerramento de todas as contas do órgão que não estejam de acordo com os números anteriores do presente artigo, nos primeiros 180 dias do mandato ou nos 180 dias iniciais da vigência do presente regulamento.

## **CAPÍTULO IV**

### **Aquisição de bens e serviços**

#### **SECÇÃO I**

#### **Disposições Gerais**

### Artigo 38.º

#### **Regime Aplicável**

Nos termos do disposto na Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, a OA está sujeita ao regime do Código dos Contratos Públicos (CCP), para o qual se remete.

**SECÇÃO II****Aquisições de valor igual ou inferior a € 5.000****Artigo 39.º****Regras**

1 — São aplicáveis as regras previstas no CCP para este tipo de aquisições.

2 — Para a seleção do adjudicatário, devem ser consultadas, pelo menos, 3 entidades distintas que efetivamente forneçam os bens ou prestem os serviços a adquirir, salvo exceções devidamente fundamentadas.

**SECÇÃO III****Aquisições de valor superior a €5.000****Artigo 40.º****Regras**

1 — São aplicáveis as regras previstas no CCP para este tipo de aquisições.

2 — Para a seleção do adjudicatário, devem ser consultadas 3 entidades distintas que efetivamente forneçam os bens ou prestem os serviços a adquirir, com exceção dos procedimentos obrigatoriamente concorrenciais ou em que a adjudicação direta seja permitida por critérios materiais previstos no CCP.

**SECÇÃO IV****Procedimentos centralizados****Artigo 41.º****Centralização de aquisições**

1 — A OA pode centralizar a aquisição de determinados bens ou serviços cujas necessidades sejam transversais aos seus órgãos.

2 — A centralização é obrigatória sempre que, pela natureza dos bens ou serviços a adquirir, a aquisição efetuada separadamente pelos diferentes órgãos não assegure devidamente a necessidade ou o interesse da OA.

3 — A centralização dos procedimentos de aquisição é promovida pelos serviços do Conselho Geral.

4 — Sendo a OA uma entidade voluntária do Sistema Nacional de Compras Públicas, podem os serviços do Conselho Geral promover procedimentos centralizados ao abrigo dos Acordos Quadro celebrados pelo Estado.

## **SECÇÃO V**

### **Protocolos/Parcerias**

Artigo 42.º

#### **Protocolos/Parcerias de Descontos para Associados**

No exercício das suas funções enquanto Associação Pública Profissional, e para benefício dos seus Associados, os órgãos nacionais, regionais e locais da OA podem estabelecer parcerias com entidades, públicas ou privadas, no sentido de proporcionar melhores condições de acesso a bens e serviços prestados, em respeito pelos princípios previstos no CCP, com especial incidência, na legalidade, prossecução do interesse públicos (dos Associados), proporcionalidade, boa-fé, transparência, igualdade de tratamento e não discriminação.

## **CAPÍTULO V**

### **Disposições Finais**

Artigo 43.º

#### **Arquivo Documental**

1 — As entidades contempladas por este regulamento, e que procedem à contabilização das operações, são responsáveis funcional e individualmente pela guarda dos documentos comprovativos de receita e de despesa em condições adequadas de conservação.

2 — As entidades mencionadas no ponto anterior devem conservar os documentos de receita e despesa, de suporte aos registos contabilísticos, pelo menos durante o período de 10 anos, após o ano económico a que respeitam.

## Artigo 44.º

**Conformidade dos Procedimentos**

1 — Os procedimentos descritos neste regulamento e os respetivos documentos de reporte deverão ser alterados ou ajustados sempre que os mesmos sejam contraditórios com a Lei ou com o EOA.

2 — São revogadas todas as normas internas que tenham sido emitidas e que se encontrem em desconformidade com as normas do presente regulamento.

## Artigo 45.º

**Lacunas e Omissões**

As lacunas e omissões decorrentes da interpretação e aplicação do presente Regulamento serão resolvidas pelo Bastonário, tendo em consideração o enquadramento legal e estatutário da Ordem dos Advogados.

## Artigo 46.º

**Entrada em Vigor**

O presente Regulamento entra em vigor no dia imediatamente após à sua aprovação em Conselho Geral.

**ANEXOS**

## Tabela I

<b>GRUPO HOMOGÉNEO DE BENS</b>	<b>Vida Útil</b>
Edifícios e outras construções	40-50
Mobiliário	10-15
Equipamento informático	3-4
Impressoras, fotocopiadoras e outro equipamento de escritório	4-6
Telemóveis	3-4
Intangíveis	Ponto 8 da NCRF-ESNL

15 de outubro de 2021.

*O Presidente do Conselho Geral*

PROF. DOUTOR LUÍS MENEZES LEITÃO.





80 Anos de sabedoria  
80 Anos de conhecimento  
jurídico

A ROA através  
do formulário online  
disponível em  
[www.oa.pt](http://www.oa.pt)

**SUBSCREVA!**

Revista em suporte papel mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

Revista em suporte E-book enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

*O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.*

**Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA**