ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Editorial

António Montalvão Machado

Doutrina

Paulo Otero
Da natureza jurídica do condomínio na propriedade horizontal — O exercício de direito legal de preferência pelo condomínio

Júlio Manuel Vieira Gomes
Algumas reflexões sobre os efeitos da resolução do contrato por incumprimento

Manuel Carneiro da Frada
A alteração das circunstâncias — questões fundamentais, em diálogo luso-alemão

Luís de Lima Pinheiro
Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional perante as ordens jurídicas portuguesa e moçambicana

Alexandre Libório Dias Pereira
Os direitos de propriedade intelectual no processo de insolvência

Carlos Filipe Costa e André Alfar Rodrigues
Fiador-aderente e fiador-consumidor: o estado da arte da proteção do fiador em contratos de adesão

Ano 85 **Lisboa** **Jul. / Dez. 2025**

José Avilez Ogando
O Ouroboros Fiscal: litigância fiscal, novos conflitos e a confiança no sistema

Manuel Pereira Barrocas
A Tecnologia Blockchain

Diogo Leite de Campos e Hélio Campos
Democracia e fundamentação das leis

Paulo de Cabral-Vaz
A Fundação é um instituto jurídico-privado — as Fundações Públicas versus *o Estado Paralelo*

António Dias Garcia
A prescrição no direito disciplinar

Informação Institucional

- Jurisprudência dos Conselhos
- Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas
- Vida Interna

Preço €15

REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 85
2 0 2 5

L I S B O A

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados e *Diretor*
João Massano

Subdiretor
António Montalvão Machado

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

Conselho de Redação
Alexandre Mota Pinto / André Lamas Leite / 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 / Rita Canas da Silva / Rogério Fernandes Ferreira / Sofia Ribeiro Mendes

Coordenação
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Revisão e Secretariado
Sandra Coelho

Propriedade da Ordem dos Advogados

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

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
Jorge Fernandes, L.da

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 500 exemplares

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

Os artigos publicados respeitam a norma ortográfica escolhida pelos autores

António Montalvão Machado
Editorial p. 215

Doutrina

Paulo Otero
Da natureza jurídica do condomínio na propriedade horizontal — o exercício de direito legal de preferência pelo condomínio p. 217

O presente texto analisa o Exercício de Direito Legal de Preferência pelo Condomínio, refletindo sobre as coordenadas da Natureza Jurídica do Condomínio na Propriedade Horizontal e os respetivos pressupostos referenciais. O autor escreve também sobre a capacidade jurídica do condomínio; a vinculatividade e imputação das deliberações da assembleia de condóminos; e os efeitos qualificadores. Refuta os argumentos contrários à tese da personalidade jurídica e reconhece que o condomínio possui capacidade jurídica para exercer o direito legal de preferência sobre imóveis afetos à sua atuação. Entre outras conclusões, refere que todos os argumentos habitualmente usados pela doutrina portuguesa contra a tese que admite a personalidade jurídica institucional de base real do condomínio se mostram improcedentes, sendo refutáveis à luz das coordenadas decorrentes do modelo constitucional, legal e jurisprudencial vigente.

Júlio Manuel Vieira Gomes
Algumas reflexões sobre os efeitos da resolução do contrato por incumprimento p. 265

O objeto deste estudo restringe-se aos efeitos da resolução do contrato por incumprimento. Não são tratados nem os pressupostos da resolução, nem os efeitos da mesma noutras situações, mormente na hipótese de alteração superveniente das circunstâncias. Com efeito, a resolução por modificação da base negocial suscita um conjunto de questões específicas, mesmo em matéria dos seus efeitos que não são abordadas. Pode, com efeito, questionar-se se existe um instituto unitário da resolução ou se deve, antes, reconhecer-se que por exemplo a resolução por incumprimento é instituto bem diverso da resolução por alteração superveniente das circunstâncias. A análise incidirá sobre os preceitos que na parte geral do Código Civil regulam os efeitos da resolução.

Manuel Carneiro da Frada
A alteração das circunstâncias — questões fundamentais, em diálogo luso-alemão p. 343

O autor apresenta uma análise comparativa do tema da alteração das circunstâncias. Os tempos mais recentes — especialmente em virtude da pandemia da Covid-19, mas já antes

por força dos efeitos da crise financeira de 2008 nos contratos — têm convocado os juristas portugueses a um aprofundamento do tema da alteração das circunstâncias. Foram, assim, trazidas à superfície algumas questões, orientações e alternativas fundamentais, tanto para a compreensão do regime legal português, como para a sua construção dogmática. Ao colocarem-se elas também, a seu modo, no direito alemão, esperamos que a comparação dos dois ordenamentos permita um conhecimento mais aprofundado de um tema fundamental para a teoria dos contratos.

Luís de Lima Pinheiro

Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional perante as ordens jurídicas portuguesa e moçambicana p. 367

Na introdução é referido que "*O problema da determinação do Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo coloca-se quando a operação apresenta um contacto relevante com mais de um Estado soberano. O exemplo mais evidente é o do transporte de passageiros ou mercadorias de um Estado para outro Estado*". Ao longo do texto o autor analisará a Convenção de Montreal, os Regulamentos Europeus de uniformização do Direito material; o Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo de mercadorias na ordem jurídica portuguesa; o Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo de passageiros na ordem jurídica portuguesa; a determinação da "residência habitual"; a Cláusula de exceção; o Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo na ordem jurídica moçambicana; e legislação interna avulsa.

Alexandre Libório Dias Pereira

Os direitos de propriedade intelectual no processo de insolvência p. 397

Este texto aborda algumas questões relativas aos direitos de propriedade intelectual no processo de insolvência. Partindo de uma breve caraterização geral dos direitos de propriedade intelectual (propriedade industrial e direitos de autor e conexos), procura-se saber se e como cada um desses direitos faz parte da massa insolvente e quais são os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso a eles relativos, em especial as licenças de propriedade intelectual.

Carlos Filipe Costa e André Alfar Rodrigues

Fiador-aderente e fiador-consumidor: o estado da arte da proteção do fiador em contratos de adesão p. 415

Em resposta ao desafio lançado em 2007 por Manuel Januário da Costa Gomes, de um estudo sobre as problemáticas colocadas pela contratação em massa que contendem com a tutela oferecida pelo ordenamento jurídico ao devedor fidejussório e mantêm importantes pontos de contacto com o Direito do Consumo, os autores ensaiam uma reflexão crítica em diálogo com a literatura e, sobretudo, com a jurisprudência que, ao longo das últimas décadas, tem tomado posição sobre a aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e da Lei n.º 24/96, de 31 de julho a contratos de crédito a consumidores com assunção fidejussória de dívida, fazendo-o a partir de um caso prático, por estes gizado, que procura refletir, de forma realística (e não puramente académica), o tipo de situação que mais frequentemente tem chegado à barra dos tribunais nacionais.

José Avilez Ogando

O Ouroboros Fiscal: litigância fiscal, novos conflitos e a confiança no sistema p. 455

O texto apresenta a análise da litigância fiscal como um ouroboros, ligando-a à atual transformação em curso nas relações entre administração e contribuintes. Propõe a distinção entre uma litigância fiscal constitutiva do Estado de Direito, convertendo controvérsias em comunicação pública e verificável e testando a legalidade e a justiça, de uma litigância patológica, gerada pelo próprio sistema, compreendida como excessiva ou indesejável. Inclui o diagnóstico das causas que alimentam litigância excessiva; descreve a transição para o modelo *tax compliance by design*, analisado a partir do caso português, mapeando os seus quatro pilares: *reporting* e transparência digital, análise avançada de dados e gestão de risco, cooperação e transparência internacional e interação digital e justiça fiscal; e identifica novos focos de conflito trazidos pela digitalização. Concluindo pela necessidade de transparência mínima sobre modelos e decisões automatizadas, mecanismos de correção e participação efetiva a montante e tutela jurisdicional efetiva como última âncora de confiança e legalidade.

Manuel Pereira Barrocas

A Tecnologia Blockchain p. 491

Matéria de grande importância, pela originalidade, pelo desenvolvimento que as novas tecnologias informáticas representam e pelo impacto que elas terão no futuro da vida humana nas suas muito diversas facetas, a Tecnologia Blockchain é o objeto deste artigo. Trata-se de tecnologia de fundo que determina mudanças profundas na estrutura da vida civil e económica das pessoas e das instituições. Tudo isto resulta da conjugação de três instrumentos digitais: a Internet, a Inteligência Artificial e, sobretudo, a consequência natural da aplicação desta última, a Tecnologia Blockchain. Texto de caráter introdutório ao tema que, naturalmente, para ser entendido na sua plenitude, carece da análise de mais elementos que o caracterizam, apresentando-se aqui o conteúdo básico para a sua abordagem e compreensão.

Diogo Leite de Campos e Hélio Campos

Democracia e fundamentação das leis p. 517

O objetivo do presente estudo é a afirmação e prova da necessidade de uma fundamentação suficiente dos diplomas legislativos. Dada a importância dos impostos, associada à frequente violação de tal regra no seu âmbito, o texto assenta tal análise na criação dos impostos.

Paulo de Cabral-Vaz

A Fundação é um instituto jurídico-privado — as Fundações Públicas *versus* o Estado Paralelo p. 525

O autor apresenta uma reflexão crítica sobre o instituto da Fundação, enquanto instituto jurídico-privado. O instituto fundacional português é um instituto ancestralmente privado pelo menos desde 1867, data do Código de Seabra, e permanecido com a entrada em vigor do Código Civil de 1966. A inclusão das fundações privadas no mesmo diploma do qual fazem parte as fundações públicas, obrigando-as a prosseguirem fins de utilidade pública, nacionalizou o regime fundacional privado. A Fundação Pública, isto é, do Estado, é uma contradi-

ção nos seus termos. Urge a revisão do instituto das fundações privadas, ordenando-o *in totum* ao longo do Código Civil, em homenagem ao Princípio da Especialidade e, deste modo, respeitando a axiologia dos institutos privados lícitos.

António Dias Garcia
A prescrição no direito disciplinar p. 555

Este texto aborda a questão da prescrição do procedimento no direito disciplinar. Foi possível verificar que o Supremo Tribunal Administrativo não tinha sobre a questão uma (só) jurisprudência, mas duas, o que é obviamente inaceitável. E que ambas incorriam em erro de direito, por não terem em conta a alteração radical que o Código do Procedimento Administrativo introduziu na definição de acto administrativo. Com essa alteração, devidamente vincada por Esteves de Oliveira, em 1995, o termo final da prescrição deixava de ser o momento em que era decidido o recurso hierárquico, para passar a ser o momento da prática do acto punitivo primário, tomado perante o relatório do Instrutor. Acresce que, admitidos cinco recursos de revista em "apreciação preliminar sumária", em 2022 e 2023, a Secção de Contencioso furtou-se a decidir os recursos, erradamente, a pretexto da aplicação da Lei da Amnistia de 2023.

Informação Institucional

- Jurisprudência dos Conselhos 577
- Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas 577
- Vida Interna 577

EDITORIAL

Foi com subida honra que aceitei o amável convite do Bastonário, Senhor Dr. João Massano, para exercer as funções de Subdiretor da Revista da Ordem dos Advogados.

Desempenharei essa missão com todo o empenho, mas também com enorme sentido de responsabilidade, emergente da qualidade jurídica e científica de todos os trabalhos que nos são enviados.

Trata-se de uma missão difícil, na medida em que, conjuntamente, com os ilustríssimos Membros do Conselho de Redação, foram e terão que ser escolhidos todos aqueles trabalhos que, pela sua atualidade e pela sua qualidade, devam ser publicados.

Por isso, a Ordem dos Advogados faz o apelo a todos os ilustres Advogados, Docentes Universitários e restantes Juristas, no sentido de que continuem a contribuir com todos os seus trabalhos, pois que, na enorme maioria dos casos, após a devida análise e ponderação, os mesmos serão, com a oportunidade devida, publicados na Revista da Ordem dos Advogados.

É o histórico prestígio da Revista que o impõe.

Um enorme agradecimento ao Conselho Consultivo, bem como ao Conselho de Redação, órgãos estes que serão sempre, por mim, superiormente, respeitados.

Espero e desejo que a presente Edição constitua fonte de enriquecimento dos leitores e sirva de campo de debate por parte de todos os interessados.

Modestamente, contem com o meu contributo.

Lisboa, 17 de Junho de 2026

António Montalvão Machado
Subdiretor da Revista da Ordem dos Advogados
Mestre em Direito — Ciências Jurídicas

DA NATUREZA JURÍDICA DO CONDOMÍNIO NA PROPRIEDADE HORIZONTAL

— o exercício de direito legal de preferência pelo condomínio

Pelo Prof. Doutor Paulo Otero(*)

Sumário:

§1.º Colocação do problema e suas coordenadas. **§2.º** Pressupostos referenciais. **§3.º** Capacidade jurídica do condomínio. **§4.º** Vinculatividade e imputação das deliberações da assembleia de condóminos. **§5.º** Efeitos qualificadores. **§6.º** Refutação dos argumentos contrários à tese da personalidade jurídica. **§7.º** Condomínio e direito de preferência sobre imóveis. **§8.º** Conclusões.

§1.º Colocação do problema e suas coordenadas

1.1. O presente estudo surgiu de uma situação concreta: saber se, ante um cenário em que um condomínio é arrendatário de um imóvel, pois nele tem instalados os seus serviços administrativos, ocorrendo o propósito da respetiva alienação, o alienante comunica o facto à administrado do condomínio, de modo a permitir que o condomínio exerça o direito legal de preferência — será que o condomínio pode exercer esse direito?

A resposta a essa questão envolve a discussão em torno de saber se o condomínio é uma estrutura decisória dotada de capacidade jurídica para ser titular do direito de propriedade, envolvendo o reconhecimento de per-

---

(*) Professor Catedrático da Universidade de Lisboa.

sonalidade jurídica, ou, pelo contrário, o direito de preferência tem antes como destinatários os condóminos (e não o condomínio).

Tudo se resume, afinal, a uma investigação em torno da natureza jurídica do condomínio na propriedade horizontal, à luz da ordem jurídica portuguesa vigente e do contributo interpretativo da jurisprudência e da doutrina.

1.2. Tendo presente a doutrina e a jurisprudência nacionais, num quadro de silêncio do legislador sobre o tema da natureza jurídica do condomínio na propriedade horizontal, verificamos que não existe consenso sobre a matéria, podendo-se recortar, além de quem entende expressamente que se está perante um caso duvidoso de personalidade jurídica([1]), duas principais conceções:

— As conceções que negam ser o condomínio uma pessoa jurídica;

— A conceções que, em sentido contrário, reconhecem, sob diferentes formulações, que o condomínio é uma realidade personificada.

Vejamos cada um destes entendimentos.

1.3. (*a*) *Conceções que negam personalidade ao condomínio*

Sendo ainda hoje as conceções dominantes na doutrina portuguesa, regista-se que, utilizando diferentes argumentos e quase sempre um escasso desenvolvimento argumentativo, Pires de Lina e Antunes Varela([2]), Dias Marques([3]), Carvalho Fernandes([4]), Santos Justo([5]), Luís Menezes Leitão([6]), José Alberto Vieira([7]), José Luís Bonifácio Ramos([8]), Sandra Passi-

---

([1]) Cf. João de Castro Mendes, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, policop., Lisboa, 1978, pp. 540-541.

([2]) Cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, 2.ª ed., reimp., Coimbra, 2011, pp. 395 e 396.

([3]) Cf. José Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7.ª ed., Lisboa, 1992, p. 314.

([4]) Cf. Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral dos Direito Civil*, I, 2.º Tomo, reimp., Lisboa, 1983, p. 497; *Idem*, *Lições de Direitos Reais*, Lisboa, 1996, pp. 332 e 333; *Idem*, *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal*, in *Estudos em Honra do Prof. Doutor Ruy de Albuquerque*, I, Coimbra, 2006, em especial, p. 277, ss.

([5]) Cf. A. Santos Justo, *Direitos Reais*, Coimbra, 2007, p. 323.

([6]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 10.ª ed., Coimbra, 2022, pp. 343-344.

([7]) Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, p. 739.

([8]) Cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Manual de Direitos Reais*, 3.ª ed., Lisboa, 2022, p. 527.

nhas([9]), Diogo Costa Gonçalves([10]) e Rui Januário([11]), entendem que o condomínio não tem personalidade jurídica([12]).

Em termos jurisprudenciais, dentro desta orientação conceptual, podem citar-se as seguintes decisões judiciais:

(*i*) O Tribunal da Relação do Porto já disse que "o condomínio não tem personalidade jurídica"([13]) e, pronunciando-se expressamente sobre o tema da aquisição de propriedade pelos condomínios, referiu que "o condomínio enquanto tal nunca pode ser titular de um qualquer direito de propriedade (…), por ser uma entidade que não dispondo de personalidade jurídica não é susceptível de ser titular de direitos. Os titulares dos direitos no âmbito da propriedade horizontal são apenas os condóminos"([14]);

(*ii*) Em sentido semelhante, negando a personalidade jurídica, o Tribunal da Relação de Lisboa referiu que "o condomínio enquanto centro autónomo de imputação de efeitos jurídicos não sendo dotado de personalidade jurídica (…)"([15]);

(*iii*) Também o Supremo Tribunal de Justiça já afirmou, expressamente, que "o condomínio carece de personalidade jurídica"([16]).

Não se trata, porém, de um entendimento uniforme.

([9]) Cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, Coimbra, 2000, p. 168, ss.

([10]) Cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais. Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, II, Coimbra, 2015, p. 898.

([11]) Cf. Rui Januário / Filipe Lobo d'Avila / Luís de Andrade Pinhel, *Direito Civil — Direito das Coisas*, Lisboa, 2018, p. 1284.

([12]) Defendendo, neste âmbito, que o "O legislador, ciente de que o condomínio constitui um centro autónomo de imputação de efeitos jurídicos, dota-o de organicidade e, muito embora não lhe atribua personalidade jurídica", cf. Gonçalo Oliveira Magalhães, *A personalidade judiciária do condomínio e a sua representação em juízo*, in *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 61-62, *Julgar 23.pdf*.

([13]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de setembro de 2018, processo n.º 9970/17.9T8PRT-B.P1, in *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto*; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de janeiro de 2020, processo n.º 969/18, in *Jusjornal — Documento*.

([14]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25 de outubro de 2018, processo n.º 78/17.8T8VGS.P1, in *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto*.

([15]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de setembro de 2021, processo n.º 4337/21.7T8LSB.L1-7, in *jurisprudência.pt — Pesquisa de jurisprudência Portuguesa*.

([16]) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de maio de 2021, processo n.º 90/19.2T8LLE.E1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*.

1.4. (*b*) *Conceções que reconhecem personalidade ao condomínio*

Sobre a natureza jurídica do condomínio, e em sentido contrário à jurisprudência já mencionada, o Tribunal da Relação do Porto também já tem expressado um entendimento no sentido de se estar diante de um ente coletivo: a propósito de uma deliberação proveniente da assembleia de condóminos, refere a "deliberação que se transformou na «vontade» do *ente colectivo condomínio*"(17) (itálico nosso) — existe aqui o inequívoco perfilhar jurisprudencial de uma conceção que personaliza o condomínio, concebendo-o como uma entidade coletiva.

Em sentido convergente, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, afirma que "o condomínio é um ente colectivo, constituído pelo conjunto dos condóminos, que manifesta a sua vontade através das deliberações da assembleia dos condóminos"(18), motivo pelo qual "a deliberação tomada pela assembleia de condóminos exprime a vontade do condomínio, do grupo, e não dos condóminos individualmente considerados, designadamente dos que a aprovaram"(19), o que leva a configurar as respetivas deliberações "não como a soma das vontades singulares, mas como uma realidade autónoma e distinta"(20).

Igualmente a doutrina tem procurando traçar uma natureza ao condomínio que passa pela sua caraterização como ente, segundo diferentes configurações jurídicas:

(*i*) A tese mais remota, adotada por José de Oliveira Ascensão, reconduz a comunhão existente na propriedade horizontal a uma sociedade fixa(21), dotada de personalidade jurídica(22), uma vez que basta serem-lhe reconhecidos direitos para que deva ser considerada pessoa(23), sublinhando, todavia, que se destina a solucionar problemas de coexistência de direitos, sem que seja outorgada à sociedade a situação real subjacente(24) — a sociedade surge "como uma técnica de criação de relações reais — não como uma figura totalitária que destrua o direito real"(25);

---

(17) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de fevereiro de 2018, processo n.º 604/17.2T8PVZ.P1, in *Acordão de 2018-02-21 (Processo n.º 604/17.2T8PVZ.P1) | DR*.

(18) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de novembro 2020, processo n.º 23992/18.9T8LSB.L1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*.

(19) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de novembro 2020, *cit*.

(20) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de novembro 2020, *cit*.

(21) Cf. José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, p. 367.

(22) Cf. José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, p. 363.

(23) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Coimbra, 1997, p. 202.

(24) Cf. José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, pp. 367 e 368.

(25) Cf. José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, p. 369.

(*ii*) Existe quem entenda que a lei resolveu, isto para certos efeitos, tratar o condomínio "como um centro autónomo de imputação de efeitos jurídicos", dizendo inserir-se "na zona das entidades que têm uma personalidade jurídica rudimentar"([26]) — recupera-se, deste modo, um conceito de "pessoa rudimental" originário de Paulo Cunha([27]) ou a ideia de "personalidade coletiva limitada ou fracionária" de Manuel de Andrade([28]), posição esta que, identificando o conjunto dos condóminos como "um centro parcial de imputação de normas jurídicas (portanto: uma pessoa rudimentar) afigura-se uma evidência", teve adesão de António Menezes Cordeiro([29]) e, partido de uma análise da personalidade judiciária, de Paula Costa e Silva([30]);

(*iii*) Usando uma construção jurídica diversa, há quem reconduza o condomínio a "um ente não personalizado de mera gestão das partes comuns", falando mesmo em "ente *de facto*", sem lhe reconhecer autonomia patrimonial, mas configurando-o como "tendo por modelo uma pessoa coletiva de tipo corporacional" sem personalidade, acabando por dizer tratar-se de "uma realidade análoga à associação não personalizada, tal como é prevista nos arts. 195 a 198 do C.C."([31]) — este último entendimento, mandando aplicar ao condomínio o regime das associações sem personalidade jurídica e, por via deste, subsidiariamente, as disposições referentes às associações, mostra-se objeto de igual acolhimento doutrinário([32]);

([26]) Cf. Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., S. João do Estoril, 2007, p. 125.

([27]) Cf. Paulo Cunha, *Teoria Geral do Direito Civil*, AAFDL, Lisboa, 1971-1972, pp. 240-241. Ainda sobre o tema da personalidade rudimentar, cf. Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral dos Direito Civil*, I, 2.º Tomo, p. 523; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 3.º Tomo, 2.ª ed., Coimbra, 2007, p. 571, ss.; Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, p. 898, ss.; *Idem*, *Lições de Direitos de Personalidade — Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Parede, 2022, p. 116; Pedro de Albuquerque, *A Vinculação das Sociedades Comerciais Anónimas e por Quotas*, I, Lisboa, 2017, pp. 849-850.

([28]) Cf. Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, reimp. Coimbra, 1964, pp. 52-53. Igualmente sobre o tema, cf. Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, p. 126, nota n.º 358.

([29]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, XIV, Coimbra, 2022, p. 629.

([30]) Cf. Paula Costa e Silva, *O manto diáfano da personalidade judiciária*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, II, Coimbra, 2008, p. 1877.

([31]) Cf. Armindo Ribeiro Mendes, *A propriedade horizontal no Código Civil de 1966*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 30, 1970, pp. 69 e 70.

([32]) Cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, p. 178.

(*iv*) Há ainda, por último, quem, apesar de admitir o carácter "particularmente circunscritos" dos direitos e das obrigações conferidas pela ordem jurídica, atendendo, porém, a um "ponto de vista técnico e à luz da teoria dos conceitos aristotélica-tomista", reconheça personalidade jurídica aos condomínios([33]).

No que especificamente diz respeito à aquisição da propriedade de imóveis pelo condomínio, há mesmo quem, num cenário de destruição parcial do edifício, nos termos do art. 1428.º do Código Civil, colocando-se em causa a obrigatoriedade de alienação da fração de um condómino que não pretende participar nas despesas de reconstrução([34]), reconheça que, ante a ausência de qualquer interessado na compra, possa a assembleia "assumir a compra das fracções em causa"([35]) — haverá aqui, ante aquilo que é considerado um ato de mera administração implícito na deliberação que obriga o condómino à alienação([36]), uma decisão que investirá o condomínio na titularidade de um direito de propriedade.

1.5. Não se mostra líquido, atendendo ao exposto, que um condomínio não tenha possibilidade de ter capacidade jurídica para ser titular de um direito de propriedade, exercendo o direito legal de preferência decorrente da sua posição como arrendatário de um imóvel que vai ser alienado.

Observemos com mais detalhe o tema, tendo presente que a indagação em torno da natureza jurídica do condomínio não se reconduz ao tema da natureza da propriedade horizontal([37]), pois esta, nos termos do art. 1420.º, n.º 2, do Código Civil, não se circunscreve às partes comuns, antes também compreende frações autónomas ou unidades independentes, envolvendo dois direitos que, apesar de incindíveis, têm objetos e regimes diferentes:

(*i*) O condomínio, incidindo sobre as partes comuns do edifício, representa apenas uma componente da propriedade horizontal, destinado, por expressa imposição legal, à regulação (preventiva ou repressiva) da coexistência de várias posições jurídicas

---

([33]) Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Teoria Geral dos Direito Civil*, I, Coimbra, 2025, pp. 103 e 104.

([34]) Cf. Código Civil, art. 1428.º, n.º 3.

([35]) Cf. Francisco Liberal Fernandes, *Direitos Reais — Elementos didácticos*, Coimbra, 2024, p. 281.

([36]) Neste sentido, cf. Francisco Liberal Fernandes, ***Direitos Reais***, p. 281.

([37]) Na origem desta confusão de planos de análise é possível que esteja o tratamento dado ao tema por Pires de Lima / Antunes Varela, ***Código Civil Anotado***, III, p. 395, ss.

potencialmente conflituantes dos comproprietários sobre tais partes comuns;

(*ii*) O condomínio aparece, neste sentido, como estrutura organizativa que, instituída pela lei e dotada de órgãos próprios destinados a gerir interesses comuns([38]), não se pode confundir com a situação real subjacente([39]) — o condomínio não absorve ou destrói a posição jurídica dos condóminos como titulares exclusivos da fração que lhes pertence, nem da compropriedade que têm sobre as partes comuns.

Se o condomínio não se confunde com a situação real que lhe subjaz, resta saber se, enquanto organização, possui uma esfera jurídica de poderes de intervenção e de imputação de efeitos que seja autónoma face à esfera dos condóminos que dele fazem parte — aqui reside o cerne do tema a investigar.

§2.º Pressupostos referenciais

2.1. *Primeiro pressuposto*

Verifica-se ser frequentemente "pouco nítida a fonteira que separa as pessoas coletivas e certas não-pessoas coletivas"([40]), motivo pelo qual, ante uma "série de várias complexas situações que o intérprete deve valorar e classificar"([41]), se podem afirmar quatro ideias em torno da personalidade jurídica coletiva:

(*i*) Reconhece-se que, ao lado de uma personalidade coletiva "tendencialmente plena", pode existir uma "personalidade rudimentar"([42]) ou, numa terminologia diferente, uma personalidade limitada, "que só se manifesta e vale em certa ou em certas dire-

---

([38]) Cf. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, I, reimp., Milano, 1990, pp. 370 e 371.

([39]) Neste sentido, distinguindo a duas situações, cf. José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, pp. 367 e 368.

([40]) Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade — As empresas no Direito*, Coimbra, 1996, p. 202.

([41]) Cf. Federico Alessandro Marina / Giovanni Giacobbe, *Condominio negli edifici*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, p. 822.

([42]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 3.º Tomo, 2.ª ed., p. 573.

ções"([43]) ou, igualmente dita, "personalidade jurídica parcial"([44]) — e o fenómeno, apesar de não ser exclusivo do direito privado([45]), já suscitou o alerta, porém, para os perigos decorrentes de, por via de uma conceção diferenciadora de diversos graus de personalização, se introduzir uma dicotomia conceitual entre "pessoas plenas" e "pessoas parciais"([46]) ou uma dissolução da unicidade do próprio conceito de personalidade jurídica([47]);

(*ii*) Nega-se a absolutização da personalidade coletiva([48]), de modo que se possa afirmar, relativamente a certos efeitos, "a subjetividade jurídica de grupos organizados mas desprovidos de personalidade coletiva"([49]) — existirá, neste sentido, uma dissociação entre personalidade de certas entidades e a sua qualificação como pessoas jurídicas([50]), solução esta que também é criticada se dela resultar "um *tertium genus*, quase-pessoa, grupo subjetivo não personificado ou figura semelhante"([51]);

(*iii*) Não pode deixar de se reconhecer, à luz da designada "mobilidade sistemática da personificação"([52]), uma diferente intensidade dos elementos que estruturam a personalidade coletiva,

---

([43]) Cf. Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, pp. 52-53.

([44]) Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Teoria Geral dos Direito Civil*, I, p. 103.

([45]) Igualmente no âmbito do Direito público se assiste ao surgimento de entidades públicas que, por serem satélites de outras, possuem uma personalidade meramente nominal, tal como acontece, por exemplo, com o designado Fundo de Resolução face ao Banco de Portugal, cf. Paulo Otero, *Da (in)constitucionalidade da "arquitetura" do Fundo de Resolução como instituição "satélite" do Banco de Portugal*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, 2018, em especial, p. 16, ss.

([46]) Cf. Elsa Vaz de Sequeira, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua análise morfológica*, Lisboa, 2015, pp. 447-448; *Idem*, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Lisboa, 2022, pp. 295-296.

([47]) Cf. Diogo Costa Gonçalves, *Personalidade vs. capacidade jurídica — um regresso ao monismo conceptual?*, in *Idem*, *Studia — Direito Civil (Teoria Geral)*, Cascais, 2020, pp. 80-81; *Idem*, *O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial (Teilrechtsfähigkeit)*, in *Idem*, *Studia — Direito Civil (Teoria Geral)*, pp. 258-259; *Idem*, *Lições de Direitos de Personalidade*, p. 116.

([48]) Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade — As empresas no Direito*, p. 203, ss.

([49]) Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade — As empresas no Direito*, p. 202.

([50]) Neste sentido, dando conta do debate doutrinário na doutrina alemã, cf. Elsa Vaz de Sequeira, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua análise morfológica*, p. 439.

([51]) Cf. João de Castro Mendes, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, pp. 542-543.

([52]) Cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, p. 897.

permitindo uma abertura e uma elasticidade face à apreensão desses mesmos elementos e à subsequente recondução qualificativa da realidade subjacente ao conceito de pessoa coletiva — "a identificação de uma pessoa coletiva convive bem com a ausência de certos fatores de personificação e com a presença desses mesmos fatores com níveis de intensidade diversos"([53]);

(*iv*) A personalidade coletiva, uma vez que surge "funcionalizada à prossecução de determinados interesses humanos coletivos ou comuns"([54]), nunca anda dissociada do elemento humano, nem se mostra um conceito neutro([55]), pois acaba sempre por ser "uma forma indireta de atingir destinatários humanos"([56]) — as pessoas coletivas são, de algum modo, "o prolongamento de pessoas humanas"([57]).

2.2. *Segundo pressuposto*

Há doutrina estrangeira que, segundo as especificidades dos respetivos ordenamentos, qualifica o condomínio como sendo uma pessoa coletiva, motivo pelo qual não se pode qualificar esta conceção como sendo "manifestamente errada"([58]), existindo, neste âmbito, três diferentes formulações:

(*i*) No mundo anglo-saxónico, o direito britânico acolhe a configuração do condomínio como sendo uma sociedade, funcionando os condóminos como sócios([59]), enquanto que nos EUA se configura a propriedade horizontal como estrutura organizada em cooperativas que, sendo titulares do imóvel, os seus utilizadores são arrendatários de longo prazo([60]);

([53]) Cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, p. 899.

([54]) Cf. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2021, p. 463.

([55]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 3.º Tomo, pp. 568 e 569.

([56]) Cf. Pedro de Albuquerque, *A Vinculação das Sociedades Comerciais Anónimas e por Quotas*, I, p. 834.

([57]) Cf. Pedro Pais de Vasconcelos / Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2022, p. 145.

([58]) Neste sentido, cf. António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, reimp., Lisboa, 1993, p. 637; Rui Januário / Filipe Lobo d'Avila / Luís de Andrade Pinhel, *Direito Civil — Direito das Coisas*, p. 858.

([59]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, XIV, pp. 623-624.

([60]) Neste sentido, cf. Armindo Ribeiro Mendes, *A propriedade horizontal no Código Civil de 1966*, pp. 23-24; Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, p. 342.

(*ii*) No direito francês, existe o entendimento de a propriedade horizontal envolver uma personificação em que o imóvel pertence a uma pessoa coletiva e que os condóminos são associados, tendo cada um deles uma participação de certo valor e, nessa medida, intervém na assembleia de condóminos([61]);

(*iii*) O direito italiano, por seu turno, há quem atribua personalidade coletiva ao condomínio([62]), falando-se em "ente"([63]), existindo ainda quem sublinhe tratar-se de uma entidade distinta dos condóminos([64]), sem prejuízo de também se falar em "ente de gestão"([65]) ou em "ente de facto"([66]) — existe até quem reconheça tratar-se de "uma organização que é centro de imputação jurídica", qualificando-o como "ente dotado de uma capacidade própria"([67]).

2.3. *Terceiro pressuposto*

O regime português da constituição de associações deixou, desde a revisão do Código Civil, em 1977, por força do 46.º, n.º 1, da Constituição, de exigir qualquer autorização administrativa, valendo, neste âmbito, o princípio da liberdade:

(*i*) Numa sociedade pluralista, desde logo em termos políticos e económicos, a constituição de associações não carece de lei habilitante, nem de ato permissivo de autoridade administrativa, nem sequer de reconhecimento jurídico formal — podem existir associações *de jure* e associações *de facto*;

(*ii*) Mais: podem existir associações com personalidade jurídica([68]) e, à luz do disposto no Código Civil([69]), também podem existir

---

([61]) Cf. Jean Carbonnier, *Droit Civile 3 — Les Biens*, 7.ª ed., Paris, 1973, p. 213; Christian Larroumet, *Droit Civile — Les Biens*, II, 5.ª ed., Paris, 2006, p. 419.

([62]) Cf. Francesco Carnelutti, *Studi di Diritto Civile*, Roma, 1916, p. 165.

([63]) Cf. Giuseppe Branca, *Comunione — Condominio negli edifici*, in Branca / Scialoja, *Commentario del Codice Civile*, 4.ª ed., Bologna/ Roma, 1965, p. 318, ss.

([64]) Cf. Gabriele Pescatore / Raffaele Albano / Francesco Greco, *Della Proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, Livro III, Tomo III, Turim, 1958, p. 127.

([65]) Cf. Fortunato Lazzaro / Walter Stincardini, *L'Amministratore del Condominio*, Milano, 1992, p. 2.

([66]) Para uma síntese da posição da doutrina italiana, cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, pp. 172-173, nota n.º 421.

([67]) Cf. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, I, p. 371.

([68]) Cf. Código Civil, art. 158.º, n.º 1.

([69]) Cf. arts. 195.º a 201.º.

associações sem personalidade jurídica — o princípio da liberdade de associação manifesta-se, igualmente, ao nível da configuração que os interessados pretendem dar à estrutura associativa;

(*iii*) A personalidade jurídica não é uma exigência qualificativa de uma estrutura decisória como sendo uma associação ou uma instituição não associativa, nem depende de reconhecimento administrativo — a personalidade coletiva pode ser o resultado da verificação de certos traços de regime de uma estrutura decisória autónoma e não um *a priori* de qualificação jurídica;

(*iv*) A personalidade coletiva pode resultar de se encontrar uma estrutura decisória que seja suscetível de ser titular de direitos e estar adstrita a vinculações — é a titularidade das posições jurídicas que conduz, neste caso, à qualificação como entidade coletiva, sabendo-se que a lei não tem o monopólio de uma tal qualificação e que "basta que reconheçamos a atribuição de um direito, ou de uma vinculação, que seja, para termos de concluir que estamos perante uma pessoa jurídica"([70]).

2.4. *Quarto pressuposto*

Há ainda que ter presente que todo o Direito Privado, ao invés do Direito Público, obedece a um princípio de liberdade e não de competência ou de legalidade — em Direito Privado, pode fazer-se tudo aquilo que não se encontra proibido por lei; em sentido contrário, as autoridades públicas só podem fazer o que lhes é permitido por lei([71]), significando isto o seguinte:

(*i*) Em Direito Privado, toda a conduta é permitida, salvo se existir uma norma legal que a proíba — sem norma proibitiva com força de lei, tudo deverá ser permitido, sendo vedado proibir aquilo que é permitido no silêncio da lei, valendo a plena aplicabilidade do princípio geral da liberdade;

(*ii*) Em Direito Público, em sentido diverso, sem norma habilitante da conduta administrativa, deverá esta ter-se como proibida — o

---

([70]) Cf. João de Castro Mendes, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, pp. 541-542.

([71]) Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Legalidade (princípio da)*, in *Polis*, III, 1985, p. 978; *Idem*, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2.ª ed., Coimbra, 2011, p. 51; Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2012, p. 25.

silêncio da lei significa a ausência de permissão de agir, o que traduz a existência de um dever de omitir a ação.

No que diz respeito à aquisição onerosa de bens imóveis por entidades coletivas, desde a reforma de 1977 do Código Civil que, revogado o art. 161.º, n.º 2, deixou de ser necessária autorização governamental para as pessoas coletivas adquirirem, alienarem ou onerarem imóveis a título oneroso — uma tal solução legal, alicerçada numa remota tradição secular, estabelecendo uma "espécie de inibição" ou de "incapacidade para o exercício de direitos" das pessoas coletivas([72]), se antes criava uma proibição ou uma permissão condicionada a intervenção administrativa, tendo sido revogada, passou a vigorar um princípio geral de liberdade que confere às pessoas coletiva permissão, sem qualquer condicionante administrativa, para comprarem bens imóveis.

§3.º Capacidade jurídica do condomínio

3.1. Tomando em consideração regime jurídico aplicável ao condomínio e os termos como a jurisprudência tem interpretado e aplicado tais normas, à luz do quadro jurídico geral do ordenamento jurídico que permita a sua interpretação sistemática, podemos verificar que o condomínio goza de uma ampla capacidade jurídica.

Fundamentemos esta afirmação, referenciando manifestações concretas da capacidade jurídica reconhecida ao condomínio.

3.2. O condomínio é dotado de uma vasta capacidade contratual, podendo, a título ilustrativo, celebrar os seguintes contratos:

(*i*) Contrato de arrendamento de imóvel destinado ao funcionamento dos serviços da administração, ocupando o condomínio a posição de arrendatário, assim como contratos de arrendamento de partes comuns, por via de deliberação da assembleia de condóminos([73]), tal como sucede, por exemplo, com a ex-

---

([72]) Neste sentido, cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª. ed., Coimbra, 1990, p. 324, ss.

([73]) Cf. Henrique Sousa Antunes, *Direitos Reais*, reimp., Lisboa, 2023, pp. 370-371, nota n.º 658.

-casa do porteiro transformada em fração autónoma([74]), espaço de estacionamento do prédio([75]) ou o terraço da cobertura para efeitos de colocação de publicidade luminosa ou instalação de antenas de telecomunicações([76]), assumindo agora o condomínio as funções de locador;

(*ii*) Contratos de trabalho, exercendo o condomínio o papel de empregador, relativamente a funcionários que, a título profissional, exercem funções na administração ou, num cenário semelhante, contrato de trabalho com porteiro, daí resultando, como a jurisprudência reconhece, a inerente legitimidade passiva do condomínio em tais ações laborais([77]);

(*iii*) Contratos de prestação de serviços relativos ao condomínio, tal como sucede, por exemplo, com a limpeza, a jardinagem, a vigilância, a manutenção de espaços comuns e a reparação de elevadores;

(*iv*) Contratos de compra de bens destinados ao exercício das funções pelos trabalhadores e pelos prestadores de serviço do condomínio, assim como outros tipos de bens (v.g., plantas ornamentais dos espaços comuns, intercomunicadores e câmaras de vigilância, viaturas ao serviço da segurança do condomínio), configurando-se o condomínio, enquanto adquirente, proprietário de tais bens;

(*v*) Contratos de empreitadas de obras a realizar nas partes comuns do condomínio, assumindo o condomínio a posição de dono das obras, assim como contratos relativos ao acompanhamento e fiscalização da execução das obras;

(*vi*) Contratos de fornecimento de eletricidade e água para os espaços comuns do condomínio;

(*vii*) Contratos de seguro de acidentes de trabalho relativamente aos trabalhadores e prestadores de serviços, podendo ainda o condo-

---

([74]) Especificamente sobre o arrendamento da casa do porteiro, cf. Henrique Sousa Antunes, *Direitos Reais*, pp. 392-393; Francisco Luís Cabral Metello / João Verdades dos Santos, *Manual de Administração de Condomínios*, 5.ª ed., reimp., Coimbra, 2025, p. 96, ss.

([75]) Cf. Francisco Liberal Fernandes, *Direitos Reais*, p. 277, nota n.º 371.

([76]) Neste último sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de abril de 2001, processo n.º 0025958, in *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa*.

([77]) Cf. Acórdão da 4.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de janeiro 2016. processo n.º 359/14.2TTLSB.L1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*.

mínio celebrar contrato de seguro único contra risco de incêndio e/ou sismo das partes comuns, se a assembleia assim deliberar([78]), atendendo à natureza dispositiva da norma que determina que a sua celebração deve ser feita pelos condóminos([79]);

(*viii*) Contratos bancários de depósito à ordem ou a prazo, desde logo face às verbas do fundo comum de reserva([80]), sem excluir a possibilidade de existirem contratos de investimento das verbas excedentárias da gestão orçamental do condomínio e ainda contratos de empréstimo a favor do condomínio([81]);

(*ix*) Contrato de administração do condomínio, instrumento pelo qual um condomínio, tendo por base uma deliberação da assembleia de condóminos, resolve confiar a uma pessoa singular externa ou a uma empresa a prestação de serviços de gestão do respetivo imóvel;

(*x*) Contratos processuais, tal como sucede com a celebração de convenções de arbitragem (v.g., face a litígios emergentes de empreitadas), contratos de transação (ante ações judiciais que têm o condomínio como autor ou réu) ou ainda contratos probatórios (v.g., sobre os temas de prova, os termos de realização de perícias).

3.3. A celebração de alguns de tais contratos pelo condomínio não é isenta de efeitos obrigacionais e reais para o próprio condomínio:

(*i*) Se o condomínio pode celebrar contratos de arrendamento, assumindo a posição de arrendatário, isto significa que, sendo o direito do locatário um direito real([82]), então o condomínio pode ser titular de direitos reais de gozo;

([78]) Neste sentido, cf. Armando Triunfante, *Lições de Direitos Reais*, 2.ª ed., Coimbra, 2024, p. 330.

([79]) Cf. Código Civil, art. 1429.º, n.º 2, 1.ª parte.

([80]) Cf. Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro, art. 4.º, n.º 3.

([81]) Neste último sentido, cf. Decreto-Lei n.º 269/94, de 25 de outubro, art. 7.º.

([82]) Neste sentido, cf. Paulo Cunha, *Curso de Direito Civil — Direitos Reais* (lições coligidas por Maria Fernanda Santos e Castro Mendes), policop., AAFDL, Lisboa, 1949/50, p. 227, ss.; José Dias Marques, *Direitos Reais*, I, Lisboa, 1960, p. 137, ss.; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, 4.ª ed., Coimbra, 1987, em especial, p. 471; António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, p. 665, ss., em especial, p. 687, ss.; Rui Januário / Filipe Lobo d'Avila / Luís de Andrade Pinhel, *Direito Civil — Direito das Coisas*, em especial, p. 1117.

(*ii*) Ou, sendo o imóvel (ou uma fração autónoma) arrendado objeto de alienação, o condomínio, enquanto arrendatário, tem reconhecido um direito legal de preferência nessa alienação — trata-se de um direito real de aquisição([83]);

(*iii*) A capacidade contratual do condomínio confere-lhe a titularidade de direitos de crédito, desde logo relativamente a rendas provenientes de contratos de locação que tenha celebrado, a juros de depósitos bancários, a indemnizações decorrentes do incumprimento de obrigações dos empreiteiros contratados, sabendo-se que o crédito é "uma parte do património do credor"([84]), traduzindo "um *valor objetivado*" do seu património([85]), estamos diante de um direito de conteúdo patrimonial privado, que, à luz da jurisprudência constitucional([86]), se reconduz ao conceito constitucional de propriedade privada:

1. Nas sugestivas palavras do Tribunal Constitucional, "desde o Acórdão n.º 494/94, que o *direito do credor à satisfação do seu crédito* está incluído no âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade"([87]) ou, através do seu Acórdão n.º 468/2022, "o *credor* de uma relação obrigacional, enquanto titular do interesse patrimonial que o dever de prestar visa satisfazer, é também, à luz da Constituição, um *proprietário"*, sendo "objeto da garantia constitucional da propriedade"([88]);

([83]) Neste sentido, qualificando o direito legal de preferência, cf., entre muitos, Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., reimp., Coimbra, 2011, p. 389; Pedro Romano Martínez, *Direito das Obrigações (Parte Especial) — Contratos*, 2.ª ed., Coimbra, 2002, p. 265; Rui Januário / Filipe Lobo d'Avila / Luís de Andrade Pinhel, *Direito Civil — Direito das Coisas*, em especial, p. 1281. Fazendo um elenco de todos os autores nacionais que, acolhendo a conceção "largamente predominante na doutrina" que qualifica o direito legal de preferência como sendo um direito real de aquisição, cf. Nuno Andrade Pissara, *Das Ações Reais*, I, Lisboa, 2021, p. 1202, ss.

([84]) Cf. Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 1990, p. 53.

([85]) Cf. João de Matos Antunes Varela, *Direito das Obrigações em Geral*, I, 4.ª ed., Coimbra, 1982, p. 147.

([86]) Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 451/95 (*Diário da República*, I Série-A, de 3 de agosto de 1995), reafirmando a jurisprudência formulada nos seus Acórdãos n.os 494/94 (*Diário da República*, II Série, de 17 de dezembro de 1994), 516/94 (*Diário da República*, II Série, de 15 de dezembro de 1994) e 128/95, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm>; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2022, de 28 de junho, referente ao processo n.º 1004/2020, publicado no *Diário da República*, I Série, n.º 141, de 22 de julho de 2022, in (*0001700058.pdf* (<dre.pt>).

([87]) Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2022, de 28 de junho, *cit*.

([88]) Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2022, de 28 de junho, *cit*.

2. O condomínio é, neste sentido, passível de ser titular de direito de propriedade e goza de inerente proteção constitucional, o que faz dele também titular de direitos fundamentais;

(*iv*) Aliás, independentemente da recondução doutrinal e jurisprudencial dos direitos de crédito a direitos de conteúdo patrimonial privado, a verdade é que o condomínio sempre será proprietário de todos os bens que adquira, desde logo de viaturas que se encontrem ao serviço das necessidades próprio do condomínio, assim como da fração autónoma destinada a casa do porteiro([89]).

3.4. Se se pode afirmar que o condomínio beneficia da garantia constitucional decorrente do direito de propriedade privada, até por expressa recondução pelo Tribunal Constitucional dos direitos de crédito ao conceito constitucional de propriedade privada, a verdade é que o condomínio se mostra passível de ser titular de outros direitos fundamentais:

(*i*) Possuindo personalidade judiciária([90]), a jurisprudência reconhece-lhe o direito "a defender-se, contestando a acção"([91]), envolvendo, por esta via, a titularidade pelo condomínio do direito fundamental de acesso aos tribunais, a uma tutela jurisdicional efetiva e a um processo equitativo([92]), incluindo o direito à impugnação contenciosa de atos administrativos e de regulamentos que tenha como lesivos([93]);

(*ii*) Tendo já a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça considerado que o condomínio deve ser qualificado como consumidor([94]), resulta daqui, por consequência, ser titular dos direi-

---

([89]) No sentido de que a casa do porteiro se presume ser um espaço comum, desde logo se na escritura de constituição da propriedade horizontal figurar como fração autónoma, cf. Rui Januário / Filipe Lobo d'Avila / Luís de Andrade Pinhel, *Direito Civil — Direito das Coisas*, p. 929.

([90]) Cf. Código de Processo Civil, art. 12.º, alínea *e*). Para uma análise dos problemas entre parte processual (ou formal) e a parte substantiva (ou material), se, à luz do regime anterior, a parte processual não tinha personalidade jurídica, apesar de possuir personalidade judiciária, cf. Paula Costa e Silva, *O manto diáfano da personalidade judiciária*, p. 1870, ss.

([91]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de fevereiro de 2018, *cit*.

([92]) Cf. CRP, art. 20.º.

([93]) Cf. CRP, art. 268.º, n.os 4 e 5.

([94]) Cf. Acórdão da 7.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 2022, processo n.º 1451/16.4T8MTS.P1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*; Acórdão da 2.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de março de 2023, processo n.º 1080/21.0T8FNC.L1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*.

tos fundamentais que a Constituição confere aos consumidores e que sejam compatíveis com o seu estatuto([95]);

(*iii*) O condomínio mostra-se ainda passível de ser titular do direito de petição junto de autoridades públicas([96]), assim como do direito de ser informado pela Administração de procedimentos e decisões referentes às áreas comuns([97]), do direito de acesso a registos e arquivos administrativos([98]), do direito a ser notificado das decisões administrativas que digam respeito ao condomínio, assim como do direito à fundamentação das mesmas([99]);

(*iv*) Nem se pode excluir que aos condomínios seja reconhecida liberdade de associação([100]), habilitando que, tendo por base uma deliberação de cada respetiva assembleia de condóminos, criem, por exemplo, uma associação de condomínios da rua *x* ou do município *y*, visando a defesa conjunta de interesses comuns, sendo até possível que estas, por sua vez, promovam a criação e integrem uma federação regional ou nacional de associações de condomínios — em qualquer destas hipóteses, podem ser reivindicados e reconhecidos direitos de participação em procedimentos administrativos e até legislativos.

3.5. O condomínio é titular de personalidade tributária, nos termos e para os efeitos do art. 2.º do Código do IRC, referindo a Autoridade Tributária que "o condomínio, enquanto grupo autónomo de pessoas, é equiparado a pessoa coletiva para efeitos de inscrição no Registo Nacional de Pessoas Coletivas"([101]), razão pela qual possui número de identificação fiscal próprio, daí resultando o seguinte:

(*i*) Tal como a doutrina tem adiantado, a personalidade tributária passiva, envolvendo ser titular de direitos e estar adstrito a deveres([102]), "é uma forma de personalidade jurí-

---

([95]) Cf. CRP, art. 60.º.

([96]) Cf. CRP, art. 52.º.

([97]) Cf. CRP, art. 268.º, n.º 1.

([98]) Cf. CRP, art. 268.º, n.º 2.

([99]) Cf. CRP, art. 268.º, n.º 3.

([100]) Cf. CRP, art. 46.º.

([101]) Neste sentido, cf. Informação vinculativa da Autoridade Tributária, sancionada por Despacho de 21 de novembro de 2022, da Diretora de Serviços do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas PIV n.º 23955, referente ao processo n.º 2022 005458, in *Ficha Doutrinária*.

([102]) Cf. Pedro Soares Martínez, *Da Personalidade Tributária*, 2.ª ed., Lisboa, 1969, p. 335.

dica"([103]), independentemente das qualificações decorrentes dos outros ramos de Direito"([104]), de modo que a quem a personalidade tributária "seja atribuída são pessoas de Direito"([105]);

(*ii*) O condomínio deve ser reconhecido como titular do direito fundamental de resistência face a impostos que não sejam criados nos termos da Constituição, que sejam retroativos ou cuja liquidação e cobrança sejam ilegais([106]), assim como de garantias administrativas e contenciosas.

3.6. Em sentido convergente à Autoridade Tributária, também o Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., considera que os condomínios são "*entidades equiparadas a pessoa coletiva*"([107]), traduzindo mais um elemento que, proveniente de uma entidade pública, revela a aproximação do condomínio ao regime legal aplicável às pessoas coletivas.

3.7. O condomínio é ainda titular de direitos de crédito relativamente aos condóminos e a terceiros, permitindo um acervo de receitas próprias e a titularidade de uma inerente esfera patrimonial:

(*i*) Neste âmbito se integra o pagamento pelos condóminos ao condomínio das seguintes verbas:

1. Os montantes para fazer face aos encargos de conservação e fruição([108]), incluindo as verbas relativas ao fundo comum de reserva([109]) e o pagamento de "serviços de interesse comum"([110]), a ainda às inovações aprovadas([111]), compreendo aquilo que tradicionalmente se designa como obrigações reais ou *propter rem*([112]);

([103]) Cf. Pedro Soares Martínez, *Da Personalidade Tributária*, p. 335.

([104]) Cf. Pedro Soares Martínez, *Da Personalidade Tributária*, p. 335, ss.

([105]) Cf. Pedro Soares Martínez, *Da Personalidade Tributária*, p. 333.

([106]) Cf. CRP, art. 103.º, n.º 3.

([107]) Neste sentido, cf. decisão da Presidente do Conselho Diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., de 8.8.2019, mencionada no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de janeiro de 2021, processo n.º 19815/19.0T8LSB.L1-2, in *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa*.

([108]) Cf. Código Civil, art. 1424.º, n.º 1.

([109]) Cf. Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro, art. 4.º, n.os 1 e 2.

([110]) Cf. Código Civil, art. 1424.º, n.º 2.

([111]) Cf. Código Civil, arts. 1425.º e 1426.º.

([112]) Neste sentido, cf. Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1990, pp. 338-339; Henrique Sousa Antunes, *Direitos Reais*, p. 63.

2. O produto de eventuais sanções pecuniárias decorrentes da inobservância da lei, das deliberações da assembleia ou das decisões do administrador([113]);
3. As indemnizações por condutas dos condóminos lesivas das partes comuns;

(*ii*) As rendas provenientes dos contratos de locação que tenha celebrado com terceiros [v. *supra*, n.º 3.2. (*i*)] ou decorrentes da alienação de bens do condomínio (v.g. madeira, cortiça ou azeitona de árvores do condomínio);

(*iii*) O produto de indemnizações provenientes da conduta de terceiros (que não os condóminos) e que se tenham como lesivas do condomínio:

1. Danos resultantes de condutas ilegais ou negligentes do próprio administrador para com o condomínio([114]);
2. Danos resultantes de ações ou omissões de terceiros (v.g., empreiteiros, por incumprimentos contratuais; danos provocados às partes comuns por terceiros titulares de direitos relativos às frações do condomínio; danos resultantes do incumprimento de direitos de preferência a favor do condomínio);

(*iv*) Todos estes direitos de crédito do condomínio são judicialmente exigíveis([115]);

(*v*) Mais: todo o acervo de receitas do condomínio, integrando o respetivo património, confere-lhe autonomia financeira e de gestão, à luz de uma autonomia orçamental que explica a existência de um orçamento próprio de receitas e de despesas anual([116]), sem embargo de tais receitas poderem ser repartidas pelos condóminos([117]).

3.8. O condomínio encontra-se diretamente adstrito a um conjunto de vinculações legais e jurisprudenciais, salientando-se as seguintes principais:

([113]) Cf. Código Civil, art. 1434.º, n.º 1.
([114]) Cf. Código Civil, art. 1435.º, n.º 3.
([115]) Cf. Código Civil, art. 1437.º, n.º 1; Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro, art. 6.º, n.º 2.
([116]) Cf. Código Civil, art. 1436.º, alínea *b*).
([117]) Cf. Francisco Liberal Fernandes, *Direitos Reais*, p. 277, nota n.º 371.

(*i*) Ao dever genérico de respeito pela legalidade, enquanto expressão de relações gerais de poder a que, por força de obrigações *erga omnes*, todos se encontram em virtude do ordenamento jurídico([118]), salientando-se, neste âmbito, existirem já decisões judiciais que reconhecem a vinculação do condomínio "ao direito fundamental de proteção contra quaisquer formas de discriminação"([119]) — era o caso, antes da alteração de 2012 ao art. 1425.º, n.º 3 do Código Civil([120]), com a tutela das pessoas com mobilidade condicionada([121]);

(*ii*) Ao cumprimento das disposições legais injuntivas que especificamente lhe dizem respeito, tal como sucede, por exemplo, com as normas procedimentais relativas à convocação e realização das assembleias de condóminos([122]), aos atos obrigatórios da competência da assembleia de condóminos([123]) e do administrador([124]);

(*iii*) Neste último domínio, como a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem salientado, recaindo sobre o condomínio a obrigação de manter as partes comuns do prédio, falando-se em "dever de vigilância" a cargo do condomínio([125]), o incumprimento dessa obrigação gera para o condomínio as inerentes consequências, isto é, a "reconstituição *in natura* e/ou indemnização em dinheiro"([126]);

(*iv*) Pode dizer-se, por isso, que o incumprimento pelo condomínio de deveres legais ou contratuais a que se encontre adstrito, gerando prejuízos aos condóminos ou a terceiros, mostra-se sempre passível de gerar a obrigação de o condomínio indem-

---

([118]) Sobre o conceito de relações gerais de poder, cf. Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo*, I, pp. 93-94.

([119]) Cf. Henrique Sousa Antunes, *Direitos Reais*, p. 377, nota n.º 668.

([120]) Cf. Lei n.º 32/2012, de 14 de agosto, art. 5.º.

([121]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de junho de 2011, processo n.º 2345/10.2YXLSB.L1-1, in *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa*.

([122]) Cf. Código Civil, arts. 1431.º e 1432.º.

([123]) Cf. Código Civil, v.g., arts. 1422.º, n.os 3 e 4, 1424.º, n.º 2, 1425.º, n.º 1, 1429.º, n.º 2, 1429.º-A, n.º 2, 1435.º, n.º 1.

([124]) Cf. Código Civil, v.g., arts. 1427.º, 1429.º, n.º 2, 1429.º-A, n.º 2, 1431.º, n.º 1, 1433.º, n.º 6, 1436.º.

([125]) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de março de 2019, processo n.º 2446/15.0T8BRG.G2.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*.

([126]) Cf. Acórdão da 7.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de junho de 2021, processo n.º 22208/18.2T8PRT.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*.

nizar os lesados, podendo ser judicialmente acionado para o efeito;

(*v*) Mais: em caso de inovações destinadas a facilitar pessoas com mobilidade reduzida que tenham sido suportadas por um condómino, se o respetivo condómino não as puder depois levantar (v.g., entretanto, alienou a sua fração ou a pessoa em causa do agregado familiar faleceu), ele goza do direito a receber o respetivo valor junto do condomínio([127]);

(*vi*) Caso o administrador exerça as funções a título remunerado([128]) , assim como sucede com os demais trabalhadores e prestadores de serviços ao condomínio, cada um deles goza de um direito de crédito sobre o condomínio, encontrando-se este vinculado ao cumprimento de tais obrigações.

3.9. O condomínio possui ainda capacidade jurídica procedimental de se relacionar autonomamente com a Administração Pública, formulando pretensões (v.g., solicitar licença de utilização da ex-casa do porteiro, requerer a colocação de ecopontos, pedidos de informação prévia), de celebrar acordos endoprocedimentais([129]) e contratos relativos ao conteúdo discricionário de atos administrativos([130]), de apresentar reclamações e recursos administrativos, sem prejuízo de poder usar todos os meios próprios do contencioso administrativo — até mesmo a celebração de contratos de transação judicial com a Administração —, assim como dirigir queixas ao Provedor de Justiça.

3.10. Importa ter presente que esta ampla capacidade jurídica que o ordenamento confere ao condomínio não será isenta de efeitos ao nível da respetiva qualificação jurídica — ao assunto voltaremos mais adiante (v. *infra*, §5.º).

([127]) Cf. Código Civil, art. 1425.º, n.º 5.
([128]) Cf. Código Civil, art. 1435.º, n.º 4.
([129]) Cf. Código de Procedimento Administrativo, art. 57.º, n.os 1 e 2.
([130]) Cf. Código de Procedimento Administrativo, art. 57.º, n.º 3.

§4.º Vinculatividade e imputação das deliberações da assembleia de condóminos

4.1. As deliberações aprovadas pela assembleia de condóminos, incluindo o regulamento do condomínio, podendo ser feitas sem exigência de unanimidade, tanto mais que o princípio geral é que a aprovação se faça por maioria dos votos representativos do capital investido([131]), têm as seguintes particularidades de regime:

(*i*) Obrigam mesmo os condóminos que as não aprovaram([132]), sejam aqueles que votaram contra [a designada "minoria dissidente"([133])], se abstiveram ou nem estiveram presentes na respetiva reunião — não assumem tais deliberações, por conseguinte, uma natureza contratual, nem correspondem à vontade de todos condóminos, assistindo-se, por via da irrelevância da vontade de todos aqueles que não fazem parte da maioria([134]), à heterovinculação de todos os condóminos que as não votaram favoravelmente;

(*ii*) Vinculam também terceiros titulares de direitos relativos às frações([135]) — os quais, saliente-se, nem gozam de direito de participação na assembleia de condomínios, nem de audiência prévia ou de qualquer outro mecanismo de participação procedimental;

(*iii*) Vinculam ainda os novos condóminos que venham a integrar o condomínio([136]), registando-se mesmo que, no limite, num cenário em que todos os condóminos que aprovaram as deliberações alienaram as suas frações, essas deliberações continuam a vincular todos os novos condóminos, sem que estes tivessem manifestado a sua vontade, nem participado no respetivo

---

([131]) Cf. Código Civil, art. 1432.º, n.º 3.

([132]) Trata-se um princípio geral de funcionamento dos órgãos colegiais, aflorando no respeitante às inovações do condomínio, no art. 1426.º, n.º 2, do Código Civil, e, no referente às deliberações da assembleia de condóminos exaradas em ata, no art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro.

([133]) Expressão de Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, 11.ª ed., Milano, 1996, p. 578.

([134]) Neste sentido e para mais desenvolvimentos, cf. Paulo Otero, *A maioria deliberativa dos órgãos colegiais administrativos*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Leite de Campos*, Coimbra, 2025, p. 419, ss.

([135]) Cf. Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro, art. 1.º, n.º 2.

([136]) Neste sentido, cf. Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I, 2.º Tomo, Lisboa, 1999, p. 193.

procedimento deliberativo — haverá aqui um fenómeno de total heterovinculação, sem prejuízo da possibilidade de uma nova assembleia de condóminos poder sempre revogar ou modificar tais deliberações.

Em suma, as deliberações da assembleia de condóminos não têm uma simples eficácia jurídica *inter partes*.

4.2. O regime vinculativo das deliberações da assembleia de condóminos permite verificar que a vontade expressa, resultando inicialmente da vontade dos condóminos, se liberta desses mesmos condóminos, os quais deixam de ser "os donos" da vontade em causa, motivo pelo qual essas deliberações podem vincular condóminos que votaram contra ou até aqueles que não participaram no respeito procedimento decisório, incluindo num cenário em que já não existe qualquer condómino que tenha tido intervenção na aprovação da deliberação em causa e que, nem por isso, perdeu a sua vinculatividade:

(*i*) A libertação das deliberações da assembleia de condóminos da vontade maioritária (ou unânime) dos condóminos que lhes deu origem, demonstra que não podem ser imputadas à esfera jurídica dos condóminos — recordando o que diz o Supremo Tribunal de Justiça, "a deliberação tomada pela assembleia de condóminos exprime a vontade do condomínio, do grupo, e não dos condóminos individualmente considerados"([137]);

(*ii*) As deliberações da assembleia são o resultado de uma vontade inicial conjunta dos condóminos, mas que passou, imediatamente, a assumir a natureza de uma vontade autónoma, diferente da vontade consensual ou maioritária dos condóminos([138]), motivo pela qual obriga quem não aprovou e quem nem participou no processo deliberativo e até quando já não existe nenhum condómino que nele tenha participado — observa-se, por esta via, a institucionalização de uma vontade própria do condomínio, podendo falar-se na existência de uma "vontade institucional"([139]);

([137]) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de novembro 2020, *cit*.

([138]) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de novembro 2020, *cit*.

([139]) Sobre o conceito de "vontade institucional", cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, p. 222.

(*iii*) A eficácia vinculativa das deliberações da assembleia de condóminos mostra que, tal como a jurisprudência refere, estamos diante de uma vontade cuja imputação jurídica não se pode fazer aos condóminos — há aqui uma vontade que se deve imputar ao próprio condomínio([140]), revelando que tais deliberações se transformaram "na «vontade» do ente colectivo condomínio"([141]);

(*iv*) Se a vontade deliberativa da assembleia de condóminos se deve imputar ao condomínio, então o condomínio configura-se como um cento autónomo de imputação de uma vontade própria, distinta da vontade dos condóminos que lhe deu inicialmente origem, revelando uma subjetividade inerente — a assembleia de condóminos surge como órgão de uma entidade diferente da soma dos condóminos e da sua vontade;

(*v*) O regime de imputação das deliberações da assembleia de condóminos permite concluir que o condomínio possui uma vontade própria([142]), passível de ser autónoma e distinta da vontade dos condóminos que em cada momento a integram, revelando a natureza institucional do próprio condomínio, ante a transitoriedade dos condóminos que a integram, mas também permite aferir uma subjetividade própria, sem se confundir com a vontade dos condóminos.

4.3. Quais os efeitos que se podem extrair destes considerandos sobre a vinculatividade e imputação das deliberações da assembleia de condóminos?

Será o que, de imediato, se vai procurar determinar.

([140]) No sentido de ser inegável que o condomínio "constitui um centro inegável de imputação de relações jurídicas", cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, p. 174.

([141]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de fevereiro de 2018, *cit*.

([142]) Neste sentido, cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, p. 176.

§5.º Efeitos qualificadores

5.1. Pelo regime a que se encontram sujeitos os efeitos vinculativos das deliberações da assembleia de condóminos, ante o quadro da ampla capacidade jurídica que a lei confere ao condomínio (v. *supra*, §3.º), se afere, à luz de uma metódica de apreensão intelectual ponderativa da relevância dos diferentes fatores([143]), a verdadeira natureza jurídica do condomínio — trata-se de uma pessoa jurídica.

Na realidade, a amplitude da capacidade jurídica do condomínio torna-se um elemento nuclear que permite extrair que estamos diante de uma pessoa jurídica — à luz do postulado que diz ser a capacidade jurídica inerente à personalidade([144]), funcionando aquela como "o conteúdo necessário desta"([145]), uma vez que "todo o titular de um direito é fatalmente pessoa"([146]), resulta daqui a inevitável qualificação do condomínio como sujeito de direito, pois configura-se como um centro de imputação de situações jurídicas ativas e passivas, de carácter obrigacional e real, de Direito Privado e de Direito Público, de natureza substantiva e processual (v. *supra*, §3.º).

Se, tal como refere a doutrina, basta a atribuição de uma posição jurídica "para termos de concluir que estamos perante uma pessoa jurídica"([147]) ou "quem tiver capacidade tem necessariamente personalidade"([148]), torna-se patente que o condomínio, atendendo à dimensão quantitativa da sua capacidade jurídica, inevitavelmente que nunca poderá deixar de ser entendido como estrutura personificada — afinal, continua ainda hoje bem vigente a implicação mútua entre personalidade e capacidade formulada por Manuel de Andrade, nos termos da qual "não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. *Nem o contrário*"([149]) (itálico nosso).

([143]) Sobre a formação conceitual de pessoa coletiva por via de uma apreensão intelectual, cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, p. 896, ss.

([144]) Cf. Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, pp. 30-31; Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 192; Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, p. 308; Elsa Vaz de Sequeira, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua análise morfológica*, p. 441.

([145]) Cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 192.

([146]) Cf. Elsa Vaz de Sequeira, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua análise morfológica*, p. 441.

([147]) Cf. João de Castro Mendes, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, pp. 541-542.

([148]) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, p. 125.

([149]) Cf. Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, p. 31.

O que significa, em última análise, que só por razões históricas ou de alegada reprodução acrítica se observa a resistência ao reconhecimento de personalidade jurídica ao condomínio([150]) — trata-se de uma resistência totalmente incoerente face aos pressupostos conceptuais em que assenta a clássica (e legal, até mesmo constitucional) distinção entre capacidade e personalidade jurídicas.

5.2. O condomínio surge como entidade jurídica distinta do conjunto circunstancial de condóminos, sendo dotada de uma natureza institucional e não associativa, perdurando para além de cada grupo de condóminos existente em cada momento histórico [v. *supra*, n.os 4.1. (*iii*) e 4.2.]([151]) — a mudança abrupta de todos os condóminos não afeta a existência do condomínio, nem faz caducar o seu regulamento, nem as demais deliberações da assembleia de condóminos, antes todas continuam a gozar de plena eficácia vinculativa até serem revogadas ou anuladas judicialmente.

No condomínio, o elemento pessoal esbate-se, ante o elemento institucional de base real, motivo pelo qual não vale a pena procurar qualquer *affectio societatis* entre os condóminos([152]), nem um ato jurídico formal de criação de uma associação — é a lei que cria os órgãos([153]), institucionalizando a figura do condomínio([154]), ante uma situação real de comunhão de bens que é inerente e incindível à titularidade exclusiva de frações autónomas, nos termos do art. 1420.º do Código Civil.

O condomínio configura-se, deste modo, como uma entidade institucional de base real, pois o seu substrato assenta em bens imóveis que são partes comuns de um prédio que integra ainda frações autónomas ou unidades independentes de propriedade exclusiva dos condóminos, envolvendo uma pluralidade de situações jurídicas reais dos condomínios e cuja conflitualidade essa estrutura visa solucionar, sem suprimir ou destruir o direito real de cada um deles([155]).

([150]) Cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, p. 548; *Idem*, *Personalidade vs. capacidade jurídica — um regresso ao monismo conceptual?*, pp. 79-70; *Idem*, *Lições de Direitos de Personalidade*, pp. 113-114.

([151]) Sobre a qualificação das pessoas coletivas como "instituições-coisas", cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, pp. 202-203.

([152]) Neste sentido, cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 396; Luís Carvalho Fernandes, *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal*, p. 274.

([153]) Cf. Código Civil, art. 1430.º, n.º 1.

([154]) Cf. Código Civil, arts. 1420.º e 1421º.

([155]) Sublinhando esse propósito de resolução de conflitos de posições jurídicas reais entre condóminos, cf. José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, p. 367, ss.

O condómino consubstancia na sua essência organizativa um "*modo coletivo* de regulação jurídica"([156]) e, nesse sentido, possui personalidade coletiva.

A natureza institucional da personalidade do condomínio mostra-se ainda visível pela circunstância de, alienando um dos condóminos a sua fração autónoma, não poderá exigir a parcela que, por via dessa fração, lhe pertence no património financeiro do condomínio — assim, por exemplo, o alienante nunca poderá obter a parte que competia à sua fração nas contas bancárias do condomínio, numa espécie de patilha de "lucros", tal como o novo condómino adquire essa posição jurídica, sucedendo-lhe também nas eventuais dívidas existentes([157]), pois deparamos com situações jurídicas *propter rem*.

Aliás, se, em vez de alienação, ocorrer a morte do condómino, os valores existentes em contas do condomínio não fazem parte autónoma da herança, nem existe a inerente obrigação de serem declarados às finanças — demonstra-se, neste sentido, a autonomia patrimonial do condomínio face aos condóminos, mas também a referida natureza institucional, pois vai para além de cada condómino, num determinado momento histórico.

No limite, a existência de órgãos próprios, tal como sucede com a assembleia de condóminos e o administrador, por expressa exigência legal, sem prejuízo da suscetibilidade de serem criados, por deliberação daquela, órgãos *ad hoc* (v.g., comissão de acompanhando de obras), ilustra a natureza institucional do condomínio e a necessidade de a vontade manifestada por estes ser juridicamente imputável a uma entidade distinta dos condóminos (v. *supra*, n.º 4.2.):

(*i*) Desde logo, traduzindo cada órgão um centro institucionalizado que forma e expressa uma vontade, o facto de a lei criar órgãos obrigatórios para a administração das partes comuns, se traduz uma "modelação autoritária de organização"([158]), revela também a preocupação legal de institucionalizar, por via de tais órgãos, uma estrutura em que os mesmos se insiram, a que essa vontade seja imputável e cuja existência não se encontre dependente dos condóminos — existe aqui, por força de lei, uma "organização estável"([159]);

([156]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 3.º Tomo, p. 583.

([157]) Sobre o tema da transmissão das dívidas ao antigo condómino para o novo adquirente da fração, cf. Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, pp. 319, ss. e 339, nota n.º 68; Henrique Sousa Antunes, *Direitos Reais*, pp. 378-379, nota n.º 671.

([158]) Expressão usada por José de Oliveira Ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, p. 365.

([159]) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, p. 224.

(*ii*) A injuntividade das normas legais em torno da estrutura orgânica do condomínio demonstra a existência de interesses que estão para além dos interesses dos condóminos e, igualmente por isso, a natureza institucional da entidade;

(*iii*) A vontade da assembleia de condomínios que, por exemplo, foi expressa numa deliberação tomada há trinta anos pode não corresponder à vontade de todos ou da maioria dos novos condóminos que hoje integram esse órgão e que não participaram no processo decisório daquela:

1. As deliberações dos órgãos colegiais, depois de aprovadas, "emancipam-se" das vontades individuais que lhes serviam de base, transformadas que ficam em vontade da respetiva entidade coletiva — neste caso, as deliberações das assembleias de condóminos ficam sendo a "«vontade» do ente colectivo condomínio"([160]);
2. Compreende-se, num tal cenário, que se diga que a assembleia de condóminos "exprime a vontade do condomínio"([161]) que, não sendo a mera soma das vontades singulares dos seus membros([162]), se mostre "completamente desvinculada e autónoma das posições individuais de cada condómino"([163]);

(*iv*) Igualmente, a vontade do administrador não se pode reconduzir ou imputar ao conjunto dos condóminos, antes tem de valer como vontade juridicamente imputável ao condomínio, enquanto realidade jurídica distinta de todos ou da maioria dos condóminos, produzindo face a estes efeitos heterovinculativos de base autovinculativa, pois aquele foi escolhido por eles([164]).

A interpretação da amplitude do regime jurídico da eficácia pessoal e temporal das deliberações da assembleia de condóminos e dos atos do

---

([160]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de fevereiro de 2018, *cit*.

([161]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de fevereiro de 2004, processo n.º 0336927, in *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto*.

([162]) Cf. Acórdão da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de novembro 2020, *cit*.

([163]) Cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, p. 176.

([164]) Neste último sentido, relativamente aos efeitos produzidos pelas decisões do administrador do condomínio, cf. Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I, 2.º Tomo, p. 208.

administrador revela-se, deste modo, um elemento nuclear na determinação da natureza do condomínio.

5.3. Numa outra perspetiva, o condomínio, além de prosseguir "interesses comuns aos vários condóminos"([165]), a verdade é que também visa a prossecução de interesses próprios, definidos por lei, eventualmente distintos dos respetivos condóminos — assim, por exemplo, ainda que a maioria dos condóminos não queira qualquer seguro contra o risco de incêndio ou não queira constituir qualquer fundo de reserva comum, nem por isso o administrador se encontra vinculado a dar execução a tais deliberações, antes se encontra vinculado, por força da lei([166]), a satisfazer os inerentes interesses próprios que esta confere à esfera jurídica do próprio condomínio.

Não se mostra possível dizer, por isso, e sem limites, que "não temos dúvidas ao afirmar que no condomínio prevalece o *interesse egoístico* de cada condómino"([167]) — a melhor prova, aliás, de que assim não sucede resulta da natureza injuntiva, e não dispositiva, da maioria das normas legais reguladoras da orgânica e do funcionamento do condomínio, assim como do elenco de deveres dos condóminos.

Há no condomínio "um interesse coletivo" que, servindo de propósito da sua atuação([168]), não se identifica, necessária ou forçosamente, com os interesses dos condóminos([169]), sendo, por isso, distinto destes — pode dizer-se que existe "um interesse supra-individual, considerado prevalecente sobre o interesse dos condóminos"([170]) ou, numa ideia sinónima, poderá falar-se em "interesse comum" decorrente da própria cotitularidade de posições jurídicas sobre as partes comuns e que se transforma em interesse exclusivo do condomínio([171]).

A assembleia condóminos torna-se, deste modo, palco de três grupos de interesses concorrentes e potencialmente conflituantes:

([165]) Cf. Luís Carvalho Fernandes, *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal*, p. 274.

([166]) Cf. Código Civil, arts. 1428.º, n.º 2, e 1436.º, alínea *c*); Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro, arts. 5.º, n.º 3, e 6.º, n.º 2.

([167]) Cf. Luís Carvalho Fernandes, *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal*, p. 275.

([168]) Neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de fevereiro de 2004, *cit*.

([169]) Neste sentido, cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, p. 171.

([170]) Cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, p. 176.

([171]) Cf. Enrico del Prato, *I Regolamenti Privati*, Milano, 1988, p. 79.

(*i*) Interesses individuais exclusivos de cada condómino sobre as respetivas frações autónomas de que são únicos proprietários;

(*ii*) Interesses individuais dos condóminos incidentes sobre as partes comuns;

(*iii*) Interesses comuns ou coletivos do condomínio que, sem se identificarem com qualquer dos anteriores interesses, resultam da gestão do condomínio conforme à lei, se encontram a cargo dos órgãos do condomínio, passando a assumir a natureza de seu interesse exclusivo.

Observa-se, através dos órgãos do condomínio, a prossecução de interesses que, sem se reconduzirem à soma de todos ou da maioria dos interesses dos condóminos, se mostram destes distintos, permitindo aferir que o condomínio visa a realização de interesses que, objeto de definição legal, se sobrepõem aos interesses egoístas dos condóminos, convertendo-se em interesses próprios a cargo exclusivo do condomínio — compreende-se, por isso, a existência de mecanismos judiciais, arbitrais e internos destinados a dirimir conflitos de interesses do condomínio e dos condóminos([172]).

Existe aqui, relativamente aos interesses cuja prossecução se encontra a cargo do condomínio algo de semelhante ao que sucede face às pessoas coletivas públicas de base territorial e populacional (v.g., municípios, freguesias): apesar de visarem "a prossecução de interesses próprios das populações respetivas"([173]), o certo é que esses interesses vão para além do somatório dos interesses individuais ou egoístas, recortando-se a existência de um interesse coletivo superior que, transcendendo a esfera de cada uma das suas componentes singulares, surge como "uma superior síntese"([174]) e se reconduz à ideia de bem comum — é o que sucede com o interesse coletivo que subjaz à atuação do condomínio.

5.4. Tendo presente um regime jurídico em que, por força do princípio constitucional da liberdade, a criação de entidades privadas não

---

([172]) Cf. Código Civil, arts., 1433.º, 1434.º, 1437.º e 1438.º. Neste domínio, pode bem suscitar-se o tema da eficácia *propter rem* de tais compromissos, se fixados por via regulamentar, relativamente a condóminos que não participaram na sua celebração, cf. Enrico del Prato, *I Regolamenti Privati*, em especial, p. 110, ss.

([173]) Cf. CRP, art. 235.º, n.º 2.

([174]) Cf. Salvatore Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, p. 740.

depende de autorização administrativa, antes se aplica o princípio de que é lícito tudo aquilo que não é proibido (v. *supra*, n.º 2.4.), a atribuição de uma personalidade institucional ao condomínio surge como resultado da ampla capacidade jurídica que a lei e a jurisprudência lhe reconhecem:

(*i*) Sendo a personalidade jurídica a suscetibilidade de ser titular de direitos e estar adstrito a vinculações [v. *supra*, n.º 2.3. (*iii*)], torna-se evidente, à luz dos direitos e das obrigações que possui (v. *supra*, §3.º), que o condomínio, por ser "sujeito de direitos e de obrigações"([175]), não pode deixar de possuir uma personalidade jurídica substantiva (v. *supra*, n.º 5.1.) — a ampla capacidade jurídica que goza constitui uma manifestação inequívoca da respetiva personalidade, pois "somente as pessoas gozam de capacidade jurídica"([176]);

(*ii*) Trata-se, insiste-se, de uma ilação resultante do regime legal e da sua aplicação jurisprudencial, sem qualquer necessidade de lei expressa a qualificar o condomínio como pessoa jurídica — ele tem personalidade porque assim resulta de um acervo de posições jurídicas emergentes da ordem jurídica [v. *supra*, n.º 2.3. (*iv*)];

(*iii*) A personalidade resulta ainda de o condomínio ser, atendendo aos efeitos das deliberações da assembleia de condóminos, uma realidade autónoma da vontade dos condóminos, funcionando como "modo coletivo de regulação jurídica" (v. *supra*, n.º 5.2.) e centro de imputação de uma vontade própria (v. *supra*, n.º 4.2.).

5.5. Naturalmente, importa sublinhar, encontra-se o condomínio, como toda a personalidade coletiva, limitado pelo princípio da especialidade([177]) — o condomínio apenas goza dos direitos e dos deveres que, sendo compatíveis com a sua natureza, se mostrem necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.

([175]) Cf. Sandra Passinhas, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador da Propriedade Horizontal*, p. 178.

([176]) Cf. Elsa Vaz de Sequeira, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua análise morfológica*, p. 441.

([177]) Cf. CRP, art. 12.º, n.º 2; Código Civil, art. 160.º.

§6.º Refutação dos argumentos contrários à tese da personalidade jurídica

6.1. Independentemente dos argumentos que dizem ser a personificação do condomínio uma conceção própria de ordenamentos jurídicos estrangeiros, a tese que configura o condomínio como pessoa coletiva tem sido afastada pela doutrina portuguesa por ter na sua origem uma confusão entre a natureza do condomínio e a natureza da propriedade horizontal, pois toma aquele como expressão desta (v. *supra*, n.º 1.4.).

Sucede, porém, que o condomínio não esgota a propriedade horizontal, antes se assume como expressão organizativa da gestão apenas das partes comuns do edifício, representando uma parte de um todo mais vasto que, englobando ainda as frações autónomas que são propriedade exclusiva de cada condómino, é a propriedade horizontal([178]).

Num outro sentido, os elementos estruturantes que permitem a qualificação de uma realidade como pessoa coletiva não obedecem a um modelo rígido e fechado, antes se observa uma abertura e elasticidade na respetiva apreensão intelectual, expressando a já referida "mobilidade sistemática da personificação" [v. *supra*, n.º 2.1. (*iii*)].

Tendo presente estes considerandos preliminares, observemos os seis principais argumentos que, mecanicamente reproduzidos no sentido de negar possuir o condomínio personalidade jurídica, cumpre refutar.

6.2. *Primeiro argumento*: a falta de reconhecimento expresso pelo legislador da personalidade jurídica do condomínio([179]).

A verdade, porém, é que não existe, em matéria de criação de pessoas coletivas privadas, um princípio geral de que a sua existência em concreto dependa de um ato legislativo:

(*i*) Dentro dos limites da lei, tendo presente o princípio da tipicidade das pessoas coletivas([180]), os particulares podem criar as entidades ou estruturas privadas que entenderem, sem depen-

---

([178]) Cf. Código Civil, art. 1420.º, n.º 2.

([179]) Cf. Gonçalo Oliveira Magalhães, *A personalidade judiciária do condomínio e a sua representação em juízo*, p. 62, nota n.º 27.

([180]) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, p. 203; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 3.º Tomo, p. 601, ss.; Pedro Pais de Vasconcelos / Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 153, ss. Em sentido contrário à tipicidade das pessoas coletivas, cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, p. 909, ss.

dência de um ato de reconhecimento de autoridade — trata-se de uma decorrência do princípio de liberdade jurígena([181]);

(*ii*) Aliás, o condomínio é uma realidade jurídica instituída pela lei, verificando-se que até os seus órgãos constam de normas injuntivas (v. *supra*, n.º 5.2.), sendo perfeitamente possível extrair do respetivo regime jurídico, em termos diretos ou indiretos, a atribuição expressa ou pressuposta de reconhecimento de personalidade jurídica, pois o intérprete não se encontra limitado pela qualificação feita pelo legislador([182]) — é o que sucede, precisamente, no respeitante ao condomínio, ante o silêncio da lei sobre o tema da respetiva personalidade jurídica([183]);

(*iii*) A personalidade jurídica coletiva pode bem resultar de uma qualificação atribuída a uma estrutura decisória, tendo por base a amplitude da sua capacidade jurídica (v. *supra*, n.os 2.3. e 5.1.) — trata-se, por isso, de uma personalidade extraída por indução do respetivo regime jurídico, sendo perfeitamente possível ao intérprete concluir pela existência de uma pessoa coletiva face a uma realidade tradicionalmente afastada dessa qualificação([184]).

6.3. *Segundo argumento*: a ausência de "qualquer negócio jurídico em que sejam partes todos os condóminos, apto a criar entre eles um vínculo associativo"([185]) ou o entendimento de que "falta o elemento intencional, ou seja, uma vontade juridicamente relevante para a formação de uma pessoa coletiva"([186]).

([181]) Cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, p. 915; Pedro de Albuquerque, *A Vinculação das Sociedades Comerciais Anónimas e por Quotas*, I, p. 761.

([182]) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, p. 204.

([183]) No sentido de que a lei nada refere quanto à personalidade ou não das situações de comunhão, cf. Elsa Vaz de Sequeira, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua análise morfológica*, pp. 452-453.

([184]) Neste último sentido, cf. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, II, pp. 911 e 912; Pedro de Albuquerque, *A Vinculação das Sociedades Comerciais Anónimas e por Quotas*, I, p. 764.

([185]) Cf. Luís Carvalho Fernandes, *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal*, p. 276.

([186]) Neste sentido, apesar de reconhecer que a assembleia de condóminos reúne "a maioria dos elementos que compõem o respectivo substrato" como pessoa coletiva, cf. Francisco Liberal Fernandes, *Direitos Reais*, p. 283.

Há aqui, neste argumento, um pressuposto que aponta para a qualificação do condomínio como sendo uma associação, o que não se mostra adequado à natureza da figura (v. *supra*, n.º 5.2.):

(*i*) O condomínio não é uma associação, antes se configura como sendo um ente institucional de base real, definindo-se este em termos residuais, como envolvendo todas as entidades coletivas privadas que não têm um substrato associativo ou fundacional, tendo por suporte um imóvel cujas partes comuns são incindíveis de frações ou unidades independentes objeto de propriedade exclusiva de cada condómino — existe aqui, reconhece-se, uma importação para os quadros do Direito Privado de uma realidade institucional bem conhecida do Direito Administrativo([187]), agora conjugada com um fenómeno da "compropriedade forçada"([188]) das partes comuns de um imóvel em regime de propriedade horizontal;

(*ii*) Aliás, se o condomínio fosse uma associação, a obrigatória participação legal de todos os condóminos suscitaria delicados problemas de compatibilidade com o princípio da liberdade de associação, segundo a sua formulação negativa constante do art. 46.º, nº 3, da Constituição — pois, "ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela";

(*iii*) O condomínio aparece como uma realidade organizativa de carácter permanente, criada por lei e não por negócio jurídico([189]), imposta aos condóminos no âmbito do regime da propriedade horizontal, sem que lhes seja permitido renunciar ou alienar a essa parte comum([190]), e visando a prossecução de interesses específicos e distintos desses mesmos condóminos (v. *supra*, n.º 5.3.), sem prejuízo da participação organizativa e funcional destes na respetiva gestão — por ser o condomínio instituído por lei, torna-se totalmente irrelevante o elemento intencional na respetiva personalização,

---

([187]) Cf. Paulo Otero, *Institutos Públicos*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, p. 250, ss.

([188]) Utilizando esta expressão, cf. Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, pp. 577 e 581; Paolo Zatti / Vittorio Colussi, *Lineamenti di Diritto Privato*, 6.ª, Padova, 1997, pp. 253-254 e 256-257.

([189]) Cf. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, I, p. 371.

([190]) Cf. Código Civil, art. 1420.º, n.º 2.

pois a vontade criadora dos condóminos é substituída pela vontade do legislador.

6.4. *Terceiro argumento*: o condomínio não tem um património próprio([191]), separado do património dos condóminos([192]), nem autonomia patrimonial([193]).

Trata-se de uma linha argumentativa hoje desmentida pela realidade normativa vigente:

(*i*) Não é verdade que o condomínio não tenha direitos de natureza patrimonial, pois até à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional não se pode deixar de reconhecer que os tem e são objeto de tutela pela garantia do direito fundamental de propriedade privada [v. *supra*, n.º 3.3. (*iii*)], sendo ainda titular de direitos reais de gozo e de aquisição (v. *supra*, n.º 3.3.);

(*ii*) O condomínio tem um património pecuniário próprio, envolvendo receitas que são suas e não dos condóminos, possuindo autonomia financeira e de gestão, ao abrigo da qual, aliás, elabora e executa um orçamento anual contendo despesas e receitas (v. *supra*, n.º 3.7.) e que se impõe aos condóminos depois de aprovado;

(*iii*) Mais: em caso de alienação das frações autónomas pelos condóminos, a saída destes não carreta qualquer direito a partilhar e receber os valores existentes no património do condomínio (v. *supra*, n.º 5.2.), o que revela a natureza autónoma desse património e a sua afetação à prossecução dos interesses do condomínio e não à satisfação dos interesses egoístas dos condóminos (v. *supra*, n.º 5.3.) — o mesmo se diga, em caso de morte do condómino, pois os valores existentes no património do condomínio não estão sujeitos a declaração nas finanças, nem integram autonomamente a herança (v. *supra*, n.º 5.2.);

([191]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, p. 343.

([192]) Cf. Gonçalo Oliveira Magalhães, *A personalidade judiciária do condomínio e a sua representação em juízo*, p. 62, nota n.º 27.

([193]) Cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 395; Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, p. 333; *Idem*, *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal*, pp. 274-275; A. Santos Justo, *Direitos Reais*, p. 323.

(*iv*) Nem se pode excluir que, à luz do ordenamento jurídico português, existam entidades coletivas cujo regime jurídico permite observar que não possuem uma efetiva autonomia financeira e patrimonial — é o caso, desde logo, do Fundo de Resolução que funciona junto ao Banco de Portugal([194]).

6.5. *Quarto argumento*: ausência de obrigações, "sendo estas atribuídas aos condóminos"([195]), assim como não existem dívidas do condomínio, mas sim dos condóminos([196]).

Igualmente um tal argumento não se mostra procedente, atendendo a que o regime jurídico vigente permite recortar obrigações que oneram específica e diretamente o condomínio e não os condóminos (v. *supra*, n.º 3.8.):

(*i*) O pagamento de salários e a prestação de serviços face a quem tem tais vínculos jurídicos com o condomínio, onera este e será contra ele que os lesados devem intentar as devidas ações judiciais;

(*ii*) Aliás, em caso de ações judiciais contra o condomínio, é a este que, por via do seu administrador, compete contestar e exercer os demais meios judiciais e não aos condóminos, do mesmo modo que a sentença produzirá os seus efeitos na esfera jurídica do condomínio e não imediatamente na esfera dos condóminos;

(*iii*) Se existirem danos decorrentes do incumprimento de deveres legais ou contratuais que vinculam o condomínio é o próprio condomínio que responde por tais prejuízos junto dos cocontratantes ou de terceiros, em ações de responsabilidade civil contra ele desencadeadas;

(*iv*) Mais: o condomínio, sendo titular de personalidade tributária (v. *supra*, n.º 3.5.), encontra-se adstrito ao cumprimento de obrigações fiscais, assim como, sendo entidade patronal de trabalhadores ou de prestadores de serviços, encontra-se vinculado ao cumprimento de obrigações junto da Segurança Social.

([194]) Cf. Paulo Otero, *Da (in)constitucionalidade da "arquitetura" do Fundo de Resolução como instituição "satélite" do Banco de Portugal*, pp. 17 e 18.

([195]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, p. 343.

([196]) Cf. Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, p. 333; A. Santos Justo, *Direitos Reais*, p. 323.

6.6. *Quinto argumento*: o regime jurídico "não gera uma pessoa jurídica acima dos condóminos que seja titular de situações jurídicas"([197]).

Em sentido oposto a este entendimento, verifica-se que o condomínio é titular de interesses próprios, sem se identificarem com a soma ou a maioria dos interesses dos condóminos (v. *supra*, n.º 5.3.), configurando-se como titular de situações jurídicas ativas e passivas (v. *supra*, n.º 3.3., 3.7 e 3.8.):

(*i*) Saliente-se, desde logo, que o condomínio é titular de situações jurídicas alicerçadas e garantias pela própria Constituição, pois goza de direitos fundamentais (v. *supra*, n.º 3.4.);

(*ii*) Num outro sentido, as estruturas orgânicas do condomínio encontram-se adstritas à prossecução de interesses que, definidos diretamente por lei, transcendem os interesses dos condóminos, assumindo uma natureza supra-individual e prevalecente face aos interesses destes últimos (v. s*upra*, n.os 5.2. e 5.3.);

(*iii*) A vontade subjacente às deliberações da assembleia do condomínio mostra-se autónoma face à vontade dos condóminos e não pode ser imputada a estes, antes se mostra imputável ao próprio condomínio, revelando que, afinal, o condomínio possui uma vontade própria (v. *supra*, n.os 4.2. e 5.2.), situada num plano superior aos condóminos e aos seus interesses egoístas.

6.7. *Sexto argumento*: o modelo de organização não cria um processo de imputação da vontade revelador de uma nova pessoa jurídica([198]).

Bem ao contrário deste argumento, verifica-se precisamente o oposto, atendendo à vinculatividade do regulamento do condomínio e das restantes deliberações da assembleia de condóminos face a quem não participou no respetivo procedimento decisório [v. *supra*, n.os 4.1. e 5.2. (*iii*)]:

(*i*) As deliberações em causa não possuem uma limitada eficácia *inter partes*, pois, apesar de terem na sua origem uma ligação umbilical à vontade dos condóminos que as aprovaram, a verdade é que depois se libertam dessa vontade, passando a valer como vontade do condomínio na sua globalidade, motivo pelo qual assumem natureza vinculativa mesmo para quem votou

---

([197]) Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, p. 739.
([198]) Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, p. 739.

contra a sua aprovação ou nem participou no respetivo procedimento decisório;

(*ii*) O modelo organizativo expressa, deste modo, um processo de imputação da vontade deliberativa que não permanece nas mãos dos condóminos, nem se circunscreve aos que as aprovaram, antes permite observar estar-se diante de uma nova estrutura de imputação de efeitos, distinta da esfera dos condóminos — o condomínio revela uma subjetividade que não se reconduz à soma da maioria ou da totalidade dos condóminos e dos seus interesses (v. *supra*, n.os 4.2. e 5.4.).

6.8. Em suma, nenhum dos argumentos contrários à tese da personalidade jurídica institucional do condomínio, tal como resulta do modelo legal e jurisprudencial vigente, se mostra passível de afastar o nosso entendimento expresso, antes todas as objeções argumentativas se revelam refutáveis.

§7.º Condomínio e direito de preferência sobre imóveis

7.1. Habilitados com o estudo até agora realizado, estamos em condições de analisar a posição jurídica do condomínio que, sendo arrendatário de um imóvel onde se encontram instalados os seus serviços administrativos, é chamado a exercer, num cenário de alienação do imóvel em causa, o respetivo direito de preferência.

7.2. A investigação permitiu extrair as seguintes ilações relativamente ao estatuto do condomínio:

(*i*) O condomínio, uma vez que assume a posição de arrendatário, mostra-se titular de um direito real de gozo [v. *supra*, n.º 3.3.(*i*)], tendo o respetivo direito de preferência legal a natureza de direito real de aquisição [v. *supra*, n.º 3.3.(*ii*)], comprovando que o condomínio pode ser titular de direitos reais e que, por assumirem tais direitos uma natureza patrimonial privada, estes gozam da proteção constitucional conferida ao direito fundamental de propriedade privada (v. *supra*, n. 3.3.);

(*ii*) Note-se que o condomínio não é titular de um genérico direito de preferência na alienação de todos e quaisquer imóveis, nem pode, por via convencional, assumir uma tal posição jurídica face a imóveis que não digam respeito aos interesses legais do condomínio em causa — o que se admite é que, à luz do princípio da especialidade, o condomínio seja titular de um direito legal de preferência na alienação de um imóvel do qual ele é arrendatário;

(*iii*) A posição jurídica como arrendatário e como titular de um direito legal de preferência assumem a natureza de posições jurídicas integrantes do património do condomínio, sem se poder dizer que pertencem direta e imediatamente à esfera jurídica dos condóminos:

1. No limite, se algum condómino ou um grupo deles pretender exercer esse direito de preferência a seu favor, antecipando-se ou substituindo-se ao condomínio, este sempre poderia contra ele (ou eles) fazer valer o seu direito real de aquisição, traduzido na preferência legal, e objeto de tutela constitucional;
2. Ilustra-se, deste modo, que o condomínio é titular de interesses coletivos próprios, situados num plano superior que transcende os interesses individuais dos titulares das frações autónomas (v. *supra*, n.º 5.3.), e de uma esfera jurídica que não se reconduz à titulada pelos condóminos, revelando uma autónoma e específica subjetividade;

(*iv*) Mais: se a ordem jurídica confere ao condomínio um direito de preferência legal, então, ante a ausência de expressa disposição em sentido proibitivo, à luz do postulado em que é permitido tudo aquilo que não é proibido (v. *supra*, n.º 2.4.)([199]), o condomínio possui capacidade jurídica para exercer esse direito, adquirindo na sua esfera jurídica a respetiva propriedade, respeitadas que sejam as exigências procedimentais de obtenção da vontade expressa pela assembleia de condóminos:

1. Ninguém pode ser titular de uma posição jurídica objeto de tutela e garantia constitucional, sendo-lhe negada, por via

([199]) Não existe, importa sublinhar, qualquer norma legal a excluir ou a proibir o acesso dos condomínios à titularidade de direitos reais, nem especificamente a negar-lhes o acesso ao direito de propriedade privada de imóveis, valendo aqui o princípio da liberdade ou da permissão desse acesso.

do direito ordinário, a respetiva capacidade de exercício — negar ao condomínio a faculdade de adquirir um imóvel a título oneroso é ainda perfilhar a conceção tradicional que, tendo sido revogada em 1977, excluía as pessoas coletivas de acesso a bens imóveis que não fossem adquiridos gratuitamente (v. *supra*, n.º 2.4.);

2. A imperatividade de reconhecimento dessa capacidade faz aflorar a realidade subjetiva que se encontra subjacente ao condomínio — a personalidade coletiva privada não é um *a priori*, antes é o resultando de um regime jurídico configurador de um conjunto de posições jurídicas a favor de uma estrutura decisória [v. *supra*, n.os 2.3.(*iii*) e 5.4.(*i*)];

(*v*) A titularidade pelo condomínio de um direito legal de preferência, enquanto direito real de aquisição, envolve, até pela tutela constitucional conferida a esse direito de conteúdo patrimonial privado (v. *supra*, n. 3.3.), uma eficácia *erga omnes*, um dever geral de respeito por todos os envolvidos([200]), o que significa:

1. O alienante tem de reconhecer ao condomínio a titularidade de um tal direito de preferência;
2. A pessoa a favor de quem se realizaria a alienação tem de suportar o exercício da preferência pelo condomínio;
3. O notário encarregue de realizar a escritura encontra-se vinculado ao exercício do direito de preferência pelo condomínio, realizando a escritura a favor desta entidade;

(*vi*) Deste modo, se um terceiro, em violação do direito de preferência legal do condomínio, celebrar o contrato de compra e venda do imóvel, estaremos diante da lesão do direito de preferência deste e, por essa via, atentando contra um direito de conteúdo patrimonial privado reconduzível ao direito fundamental de propriedade privada.

7.3. Compreende-se, à luz do exposto, que, se o proprietário do bem a alienar não informar o condomínio da alienação ou, informando-o,

---

([200]) Especificamente sobre a eficácia absoluta dos direitos reais, cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Direitos Reais*, lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, policop., Coimbra, 1970-71, p. 43, ss.; A. Santos Justo, *Direitos Reais*, pp. 15-16; Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, pp. 45-46.

se recusar satisfazer a pretensão do condomínio a exercer esse direito de preferência legal, criando-lhe obstáculos infundados ou negando-o, deparamos com a violação de uma obrigação *propter rem*([201]) e, simultaneamente, de um direito do condomínio abrangido pela garantia constitucional da propriedade privada, gerando a obrigação de aquele indemnizar o preferente([202]).

Padecerá de erro de direito, por conseguinte, o entendimento do alienante que, ao considerar que o condomínio não tem personalidade jurídica, se encontra impossibilitado de exercer a preferência legal, recusando-lhe o exercício desse direito — existe aqui uma objetiva violação do direito real de aquisição titulado pelo Condomínio, sendo fonte do dever de indemnizar([203]).

A recusa do alienante em realizar o contrato com o preferente, sabendo a vontade deste em exercer a preferência, consubstancia um "ato ilícito do alienante"([204]) — é que, note-se, a existência de uma preferência legal, além de onerar a propriedade, limita a liberdade contratual do vendedor([205]).

7.4. Se, por efeito da violação do direito de preferência do condomínio, a venda é efetuada a favor daquele com quem o alienante negociou a venda do imóvel, a preterição da posição jurídica real do preferente mostra-se suscetível de atingir o novo adquirente do bem:

(*i*) O novo proprietário, num tal cenário de preterição do direito de preferência legal do condomínio, poderá ser alvo de uma ação judicial de preferência([206]), exercendo o preferente um direito potestativo([207]) à "reversão" a seu favor da venda efe-

---

([201]) Cf. Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, p. 338, nota n.º 67.

([202]) Cf. Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, p. 217.

([203]) Neste último sentido, admitindo a obrigação de indemnizar, apesar de negar a existência de um direito real de aquisição a favor do preferente, cf. Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, pp. 217 e 338, nota n.º 67.

([204]) Cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 379.

([205]) Cf. Rui Januário / Filipe Lobo d'Avila / Luís de Andrade Pinhel, *Direito Civil — Direito das Coisas*, pp. 1235 e 1241.

([206]) Cf. Código Civil, art. 1410.º, aplicável por remissão do art. 1091.º, n.º 4.

([207]) Sobre a qualificação desta posição jurídica como sendo um direito potestativo, cf. Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, pp. 222, 226-227, ss. e 338, nota n.º 67; José Luís Bonifácio Ramos, *Manual de Direitos Reais*, p. 583; Rui Januário / Filipe Lobo d'Avila / Luís de Andrade Pinhel, *Direito Civil — Direito das Coisas*, p. 1288; Nuno Andrade Pissara, *Das Ações Reais*, I, p. 1222, ss.

tuada, encontrando-se o adquirente numa posição de sujeição, sem prejuízo do seu direito indemnizatório junto do alienante;

(*ii*) O condomínio poderá, por via da ação de preferência, substituir-se ao adquirente da propriedade onerada([208]), numa manifestação ilustrativa da inerência e da sequela próprias dos direitos reais([209]) — ocorrerá aqui uma substituição dotada de "eficácia *ex tunc* do adquirente pelo preferente"([210]);

(*iii*) Observa-se, num outro sentido, a força *erga omnes* do direito real de aquisição titulado pelo condomínio "mesmo a posteriores adquirentes da propriedade"([211]), incluindo a eventuais novos adquirentes do referido imóvel([212]), se for, entretanto, objeto de nova alienação — em qualquer destes casos, ocorrerá uma "aquisição potestativa"([213]) do bem a favor do condomínio, num cenário em que a posição jurídica do primitivo adquirente se encontra sujeita a uma condição resolutiva legal([214]);

(*iv*) Discute-se, porém, se o alienante do imóvel tem (ou não) de ser demandado numa tal ação de preferência([215]), a desencadear pelo condomínio([216]), dentro do prazo de seis meses, "a contar da data em que teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação"([217]);

(*v*) A ação de preferência constitui uma modalidade de ação constitutiva([218]), sem natureza real([219]), encontrando-se sujeita a registo([220]).

([208]) Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, p. 515.

([209]) Cf. António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, p. 779.

([210]) Cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 380. Ainda sobre o tema, cf. Nuno Andrade Pissara, *Das Ações Reais*, I, p. 1217, ss.

([211]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, p. 536.

([212]) Cf. Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, p. 538.

([213]) Expressão de José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, p. 493.

([214]) Cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 381.

([215]) Sobre o tema, cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 378, ss.; Nuno Andrade Pissara, *Das Ações Reais*, I, p. 1209, ss.; Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, pp. 536-537.

([216]) Para uma densificação do regime da ação de preferência, cf. Nuno Andrade Pissara, *Das Ações Reais*, I, p. 1225, ss.

([217]) Cf. Código Civil, art. 1410.º, nº 1, aplicável por remissão do art. 1091.º, n.º 4.

([218]) Neste sentido, cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 383; João de Castro Mendes / Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de Processual Civil*, I, Lisboa, 2022, p. 65.

([219]) Cf. Nuno Andrade Pissara, *Das Ações Reais*, I, p. 1197, ss.

([220]) Cf. Código de Registo Predial, art. 3.º, n.º 1, alínea *a*). Para uma análise das suas implicações, cf. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 383.

7.5. Se, por último, o notário interveniente da escritura de compra e venda nega ao condomínio a respetiva outorga, usando como fundamento a falta de personalidade jurídica do condomínio ou a falta de capacidade contratual para o efeito, a decisão encontrar-se-á ferida de erro de direito:

(*i*) Se não há lei a excluir o condomínio de poder ser titular de direito de propriedade sobre imóveis, então a única solução só poderá ser a sua admissibilidade, nunca podendo o silêncio da lei ser interpretado como proibição (v. *supra*, n.º 2.4.), até porque aquela é a decisão mais conforme à garantia constitucional do direito fundamental de propriedade privada envolvido (v. *supra*, n.º 3.3.);

(*ii*) Mais: reconhece-se ao condomínio a possibilidade de, em caso de reconstrução de um edifício parcialmente destruído e perante a ausência de interessados na compra da fração de quem não quer participar na reconstrução, adquirir a propriedade da fração em causa (v. *supra*, n.º 1.4.), tal como existem escrituras de constituição de propriedade horizontal que admitem a existência de uma fração autónoma destinada a casa do porteiro que não é titulada por qualquer condómino [v. *supra*, n.º 3.3.(*iv*)], integrando, por isso, a esfera patrimonial própria do condomínio;

(*iii*) Solução contrária, excluindo a admissibilidade de o condomínio ser titular de propriedade sobre um imóvel, mostra-se inválida e inquinará o ato notarial, tanto mais que o notário não é juiz e, existindo dúvidas sobre a validade da intervenção do condomínio como adquirente do bem, "o notário deve outorgar o ato pretendido pelas partes e deixar para o livre jogo destas a discussão judicial sobre o problema"([221]);

(*iv*) A recusa notarial de intervenção de um condomínio como preferente na outorga de uma escritura pública de aquisição de um imóvel consubstancia um erro de direito, pois não toma em consideração os fundamentos jurisprudenciais e doutrinários que, em sentido contrário à orientação tradicional (v. *supra*, n.º 1.3.), reconhecem subjetividade ao condomínio ou, pelo menos, o configuram como ente dotado de uma personalidade

---

([221]) Cf. José Alberto Vieira, *Direito do Notariado*, in Paulo Otero / Pedro Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, II, Coimbra, 2009, p. 224.

rudimentar (v. *supra*, n.º 1.4.) — o notário, sublinhe-se, não pode recusar a outorga de um ato notarial "com base numa particular teoria jurídica em detrimento de outra"(222);

(*v*) A recusa notarial de intervenção de um condomínio como adquirente da propriedade de um imóvel, além de omitir uma devida ponderação da ampla capacidade jurídica que atualmente os condomínios gozam (v. *supra*, §3.º), à luz do princípio fundamental de que a capacidade jurídica traduz o conteúdo necessário e inerente à personalidade jurídica (v. *supra*, n.º 5.1.), pois "não se mostra concebível que uma entidade seja portadora de um direito, sem que essa titularidade patenteie por si só a sua qualidade de pessoa"(223), a verdade é que também não toma em consideração o princípio nuclear de que em Direito Privado se tem como permitido tudo aquilo que não se encontra proibido (v. *supra*, n.º 2.4.) — qual é a norma com força de lei que proíbe os condomínios de serem proprietários de bens imóveis? Qual é a lei que hoje, expressamente, lhes veda o acesso à titularidade de direitos reais de gozo?

(*vi*) O erro de direito projeta-se ainda, nos termos gerais, a jusante, inquinando o ato decisório, isto é, a validade de escritura de compra e venda, à luz do princípio da legalidade da atividade notarial(224) — a recusa do ato notarial habilita o condomínio a apresentar recurso hierárquico para o Diretor-Geral dos Registos e do Notariado(225), no prazo de sessenta dias(226), sem prejuízo da possibilidade de desencadear uma ação judicial(227), por via de "recurso para o tribunal de 1.ª instância da sede do cartório notarial"(228), e de eventual responsabilidade civil do notário(229).

---

(222) Cf. José Alberto Vieira, *Direito do Notariado*, p. 224.

(223) Cf. Elsa Vaz de Sequeira, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua análise morfológica*, p. 441.

(224) Cf. José Alberto Vieira, *Direito do Notariado*, p. 153, ss.

(225) Cf. Código do Notariado, art. 175.º; Decreto-Lei n.º 519-F2/79 de 29 de dezembro, art. 69.º.

(226) Cf. Decreto-Lei n.º 519-F2/79 de 29 de dezembro, art. 69.º, n.º 3.

(227) Cf. Código do Notariado, arts. 175.º e 177.º.

(228) Cf. Código do Notariado, art. 175.º.

(229) Neste último sentido e ainda sobre os meios jurídicos de reação contra a recusa de atos pelo notário, cf., por todos, José Alberto Vieira, *Direito do Notariado*, pp. 159, ss. e 226, ss.

7.6. Em síntese, em qualquer destes cenários lesivos do direito de preferência do condomínio à alienação de um imóvel de que é arrendatário, a ordem jurídica tem sempre de garantir mecanismos judiciais de tutela da posição jurídica do condomínio, à luz do postulado de que a todo o direito corresponde um meio processual adequado ao seu reconhecimento judicial, a prevenir ou reparar a sua violação e a realizá-lo coercivamente([230]), efetivando-se, deste modo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva de que o próprio condomínio é titular [v. *supra*, n.º 3.4.(*i*)].

§8.º Conclusões

8.1. No âmbito do Direito nacional, não existe consenso sobre a natureza jurídica do condomínio, verificando-se que a doutrina e a jurisprudência se dividem sobre a sua configuração como um ente jurídico — não se mostra líquido, por conseguinte, que um condomínio não possa ser titular de um direito de propriedade.

8.2. Num cenário dogmático de progressiva negação de uma tradicional absolutização da personalidade coletiva, ante já conhecidos e remotos casos de "personalidade rudimentar", não pode o intérprete e o aplicador do ordenamento jurídico deixar de ter presente que todo o Direito Privado, ao invés do que sucede com o Direito Público, obedece a um princípio geral de liberdade — é permitido tudo aquilo que não se encontre proibido.

8.3. A lei e a jurisprudência revelam que o condomínio é dotado de uma ampla capacidade contratual, sendo ainda titular de direitos reais de gozo e de direitos reais de aquisição, objeto de tutela constitucional decorrente da garantia da propriedade privada, além de ser também destinatário de direitos fundamentais, assim como de direitos de crédito e encontrar-se adstrito a vinculações legais e jurisprudenciais, reconhecendo-se-lhe ainda personalidade tributária e processual e capacidade administrativa.

([230]) Cf. Código de Processo Civil, art. 2.º, n.º 2.

8.4. As deliberações da assembleia de condóminos, desde que não careçam de unanimidade para a sua aprovação, não assumem natureza contratual, vinculando quem não as aprovou e até terceiros, numa progressiva libertação todas elas dos condóminos que lhes deram origem, podendo mesmo continuar a vincular uma totalidade de condóminos que nunca participaram no respetivo procedimento decisório de origem — as deliberações da assembleia de condóminos não podem ser imputadas à esfera jurídica dos condóminos, antes se têm de imputar ao próprio condomínio, revelando uma esfera decisória própria, uma subjetividade que não se deve confundir com a vontade dos condóminos.

8.5. O condomínio assume-se como uma entidade institucional de base real, dotada de uma vontade distinta da vontade dos condóminos, de uma capacidade jurídica que o torna necessariamente sujeito de relações jurídicas, sendo titular de direitos e estando adstrito a obrigações, possuindo um património autónomo face aos patrimónios dos condóminos, visando a prossecução de interesses coletivos próprios que, definidos por lei, se situam num plano superior aos interesses egoístas da maioria ou da totalidade dos condóminos, além de ter uma estrutura orgânica definida por lei.

8.6. Todos os argumentos habitualmente usados pela doutrina portuguesa contra a tese que admite a personalidade jurídica institucional de base real do condomínio se mostram improcedentes, sendo refutáveis à luz das coordenadas decorrentes do modelo constitucional, legal e jurisprudencial vigente.

8.7. O condomínio que, sendo arrendatário de um imóvel onde se encontram instalados os seus serviços administrativos, seja chamado a exercer, num cenário de alienação do imóvel em causa, o respetivo direito legal de preferência, desde que tenham sido cumpridas as exigências procedimentais subjacentes à declaração da vontade em exercer essa preferência, não pode ver recusada a sua intervenção na outorga da respetiva escritura pública.

8.8. Uma vez que não existe qualquer norma legal proibitiva, deve reconhecer-se que o condomínio possui capacidade jurídica para exercer o

direito legal de preferência sobre imóveis afetos à sua atuação, adquirindo na sua esfera jurídica a respetiva propriedade, sabendo-se que a natureza *erga omnes* desse direito real de aquisição vincula o alienante, o potencial adquirente com quem foi negociada a alienação e o próprio notário, num contexto jurídico que confere sempre "remédios" judiciais tendentes a garantir e tutelar a posição jurídica real do condomínio.

8.9. Recusar a um condomínio a efetivação o seu direito de preferência na alienação de um imóvel de que é arrendatário, se tiver como base o entendimento de que ele não tem personalidade jurídica ou capacidade jurídica para adquirir direito de propriedade sobre imóveis, traduz uma conduta que enferma de erro de direito.

8.10. O erro de direito em recusar ao condomínio a possibilidade de ser titular do direito de propriedade sobre um imóvel de lhe estava arrendado envolve diferentes efeitos:

(*i*) se a conduta resultar do alienante, gera responsabilidade civil por facto ilícito junto do condomínio;

(*ii*) se a alienação for efetuada a favor daquele com quem o alienante negociou a venda, poderá o condomínio desencadear ação de preferência;

(*iii*) o ato notarial de recusa de intervenção do condomínio na outorga da escritura fica viciado, podendo o condomínio usar meios administrativos e judiciais contra essa recusa, sem prejuízo de ação indemnizatória contra o notário.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO(*)

Pelo Conselheiro Júlio Manuel Vieira Gomes([1])

Sumário:

1. Introdução. **2.** Breve referência à história do instituto. **3.** A resolução é uma causa de extinção do contrato? **4.** O fundamento (ou fundamentos) da resolução por incumprimento. **5.** O incumprimento recíproco. **6.** Resolução extrajudicial e resolução judicial. **7.** Efeitos da resolução. O efeito liberatório. **8.** O efeito restitutório. *8.1.* O que significa "restituição"? *8.2.* A prioridade da restituição *in natura*. *8.3.* O art. 432.º, n.º 2 do Código Civil. *8.4.* A restituição em valor. *8.5.* A restituição de uma quantia em dinheiro. **9.** O efeito retroativo da resolução. *9.1.* Uma retroatividade "débil". *9.2.* Os direitos adquiridos por terceiros. *9.3.* A resolução nos contratos de execução continuada ou periódica. **10.** Frutos, valor de uso, benfeitorias. **11.** O eventual concurso entre resolução e reparação do dano.

1. Introdução

O objeto deste estudo restringe-se aos efeitos da resolução do contrato por incumprimento. Não serão tratados, por conseguinte, nem os

---

(*) O presente estudo não existiria se não fosse o gentil convite que nos foi endereçado pelas nossas Colegas e Amigas Conselheiras Graça Amaral, Vice-Presidente do STJ, Maria da Graça Trigo e Maria Olinda Garcia, a quem agradecemos sinceramente a confiança em nós depositada. Aproveitamos, igualmente, o ensejo para agradecer ao nosso Colega e Amigo, Professor António Agostinho Guedes, a constante disponibilidade (e paciência!) para discutir connosco vários aspetos deste trabalho. Seja-nos permitido dedicar este estudo, com saudade, à memória do nosso Mestre, Professor João Baptista Machado de quem tivemos a honra de ser assistente até à hora da sua morte e que tratou do tema da resolução com as suas habituais lucidez e profundidade.

([1]) Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa e DPhil pela Universidade de Oxford.

pressupostos da resolução, nem os efeitos da mesma noutras situações, mormente na hipótese de alteração superveniente das circunstâncias. Com efeito, a resolução por modificação da base negocial suscita um conjunto de questões específicas, mesmo em matéria dos seus efeitos que não abordaremos aqui.

Pode, com efeito, questionar-se se existe um instituto unitário da resolução ou se deve, antes, reconhecer-se que por exemplo a resolução por incumprimento é instituto bem diverso da resolução por alteração superveniente das circunstâncias (diverso nos seus pressupostos, na forma de atuação, já que parece exigir uma intervenção do tribunal, e nos seus efeitos — para nada dizer sobre o fundamento)([2/3]).

A nossa análise incidirá sobre os preceitos que na parte geral do Código Civil regulam os efeitos da resolução. Não falta, todavia, quem afirme, com boas razões, que "uma investigação que se propusesse redesenhar o quadro normativo no tema da resolução por incumprimento deveria, provavelmente, percorrer de novo a disciplina de quase todos os contratos típicos"([4]). A resolução opera na compra e venda, por exemplo, de modo bem distinto do que sucede na empreitada([5]), o que levou um autor italiano, Roppo, a afirmar que "a cada tipo contratual, a sua própria resolução!"([6/7/8]).

([2]) Letizia Vacca, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza dell'età classica*, in Garanzia e Responsabilità, Concetti Romani e Dogmatiche Attuali, nova edição ampliada a cargo de Barbara Cortese, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 67, ss., p. 105: "A minha impressão é que, na realidade, a norma sobre resolução por incumprimento tem um fundamento diverso daquele que justifica a resolução por impossibilidade superveniente". Rafael Verdera Server, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Cedam, Padova, 1994, p. 42, observa que "a hipótese de incumprimento é, com efeito, profundamente diversa da hipótese de impossibilidade superveniente e da excessiva onerosidade também ela superveniente".

([3]) Giuseppe Vettori, *Contratto e Rimedi*, 2.ª ed., Cedam, 2009, p. 687: A procura de um fundamento para o instituto pressupõe a unidade do remédio resolutório, quando o direito admite várias modalidades de resolução, que operam de modo diverso. Estas figuras "têm verosivelmente um fundamento comum, mas a razão de ser de cada uma delas apresenta também elementos específicos diferenciados". O que "torna mais complicada e menos útil a indagação em torno de uma única natureza".

([4]) Rosalba Alessi, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, Rivista Critica del Diritto Privato 1984, n.º 1, p. 55, ss., p. 99. A autora, *ob. cit.*, p. 61, considera que a doutrina dominante preservou a coerência e a unidade sistemática da resolução ignorando, censurando, a multiplicidade dos dados normativos.

([5]) Para Vincenzo Roppo, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in Poteri del giudice e poteri delle parti, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 13, ss., p. 18, as consequências práticas da resolução são mais fáceis de gerir na compra e venda — o Autor fala mesmo de consequências tranquilas — do que na empreitada, em que tais consequências podem ser, nas suas palavras, dificilmente suportáveis e devastadoras ("ingestibili e devastanti").

([6]) Vincenzo Roppo, *Risoluzione per Inadempimento*, in Le Parole del Diritto, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, Vol. III, p. 1839, ss., p. 1843: "Quando se fala em resolu-

Acresce que proliferam figuras próximas da resolução, mas simultaneamente distintas — a revogação da doação, a revogação do mandato, o direito de arrependimento ou retratação, para mencionar algumas — sendo que algumas delas podem contribuir para tornar pouco frequente e porventura menos útil o recurso à resolução em relação a certos tipos contratuais (pense-se na relativa facilidade de revogação do mandato(9) que não seja de interesse comum).

A análise das normas dos arts. 432.º e seguintes não nos deve fazer esquecer a existência de resoluções "atípicas" de que são um bom exemplo várias hipóteses de resolução previstas na Lei do Contrato de Seguro: a LCS prevê uma resolução automática do contrato de seguro por falta do pagamento do prémio na generalidade dos contratos de seguro e prevê a resolução por incumprimento de deveres de informação do segurador pré-contratuais.

Em todo o caso, parece-nos poder afirmar-se na esteira de um dos principais estudiosos da figura, Thomas Genicon, que a resolução é "demasiado familiar para ser bem conhecida"(10) e apresenta uma "curiosa mis-

---

ção do contrato, e se procura determinar o regime resolutório mais apropriado, não se pode visar um modelo homogéneo e unitário, válido para o contrato "em geral", mas diferenciar em função de cada tipo legal. Assim, por exemplo, a própria lei diferencia sensivelmente, a resolução da compra e venda e a resolução da empreitada. Em suma, a cada tipo contratual, a sua própria resolução."

(7) Muito sugestiva é igualmente a observação de Enrico Enrietti, *Della Risoluzione del Contratto, Anotação aos artigos 1453 a 1469*, in Codice Civile, Commentario dir. por Mariano d'Amelio e Enrico Finzi, Vol. I, G. Barbèra Editore, Firenze, 1948, p. 780, ss., pp. 797-798: "A resolução é um fenómeno dirigido a eliminar ou neutralizar a situação jurídico-económica criada em seguida à conclusão do contrato. Digo, desde já, que esta resolução não pode operar com um *mecanismo unitário*, ou seja, idêntico em todos os casos. É evidente que os meios necessários para evitar as diversas situações jurídico-económicas criadas por força de diversos contratos não podem ser sempre os mesmos: o meio jurídico idóneo a eliminar a situação jurídico-económica criada com a transmissão da propriedade não pode ser o mesmo que serve para eliminar as situações criadas com a assunção de uma obrigação, a extinção de um débito, a verificação de um direito [l'accertamento di un diritto] (…) O instituto da resolução não indica um fenómeno típico, quer dizer unitário, mas uma categoria de fenómenos caraterizados apenas pelo facto de serem dirigidos a eliminar ou neutralizar uma situação jurídico-económica criada em seguida a um contrato: entre estes vários fenómenos não pode existir uma identidade de conteúdo, mas apenas de função".

(8) Cf. Fernando A. Ferreira Pinto, *Resolução dos Contratos Duradouros*, Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coord. por Elsa Vaz de Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 463, ss., p. 469, que destaca a existência "em praticamente todas as ordens jurídicas" de "um princípio geral de dissolubilidade das relações duradouras com fundamento em justa causa".

(9) Neste sentido cf. Enrico del Prato, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, I Contratti 2013, n.º 7, p. 653, ss., p. 654.

(10) Thomas Genicon, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2007, p. 773.

tura de dificuldades muito teóricas [dogmáticas], que convidam a uma reflexão fundamental, e de dificuldades muito técnicas"([11]), com sérios problemas práticos.

A própria questão do fundamento da resolução é altamente polémica, embora alguns autores acabem por declarar-se "agnósticos"([12]) ou afirmem, mesmo, que se trata de questão desprovida de real interesse.

Antes de a abordar, convirá, porventura, fazer uma alusão, ainda que muito breve à história da resolução por incumprimento.

2. Breve referência à história do instituto

O entendimento largamente dominante entre os romanistas e os historiadores do direito é o de que não existia no direito romano a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento, ao menos como remédio geral acessível em todo e qualquer contrato. Nos contratos nominados, pelo menos, tal possibilidade era em regra rejeitada, ainda que existisse a possibilidade, por exemplo, na compra e venda de recorrer à *lex comissoria*. Já nos contratos inominados seria possível através da *causa data causa non secuta* reagir contra deslocações patrimoniais que acabavam por carecer de causa justificativa([13]/[14]).

([11]) Thomas Genicon, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, *cit.*, p. 3.

([12]) Assim, por exemplo, Giuseppe Amadio, *Lezioni di Diritto Civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 4-5, que considera ser praticamente irrelevante a discussão em torno dos fundamnetos do instituto. Também Gianguido Scalfi, *Risoluzione del Contratto I) Diritto Civile*, Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3, afirma que "[q]uando um remédio está previsto em termos gerais pela lei não há qualqer necessidade de recorrer a outros instrumentos jurídicos para explicá-lo". Contra Rafael Verdera Server, *ob. cit.*, p. 73, que critica o "agnosticismo" quanto ao fundamento do instituto e defende que "um exame sobre a *ratio* da resolução por incumprimento pode permitir uma construção teórica satisfatória e, por conseguinte, oferecer soluções aos concretos problemas através de um critério lógico de coordenação".

([13]) Enrico dell'Aquila, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, Rivista di Diritto Civile, p. 836, ss., sustenta que o recurso cada vez mais frequente ao instituto da resolução relativamente a mecanismos de manutenção do contrato se ficou a dever ao facto de que os meios de coerção para levar o devedor a executar a prestação se foram tornando mais débeis e ineficazes. Considerando que tais meios de coerção podiam nas primeiras fases do direito romano incidir sobre a própria pessoa do devedor, só em casos excecionais é que o credor poderia estar interessado na cessação da relação contratual. Durante muitos séculos o mundo ocidental conhece a resolução por incumprimento em alguns tipos de contrato, mas não sente a necessidade de um meio geral resolutivo dos contratos com prestações correspetivas. Teria sido o cristianismo com duas influências de sinal oposto, mas que vieram a equilibrar-se a alterar esta a situação: por um lado, reduzindo a severidade das sanções aplicáveis ao devedor que não cumpre, mas, por outro lado, acentuando a necessidade de equidade e equi-

A doutrina dominante considera que o papel essencial no reconhecimento de uma regra geral de resolução do contrato na hipótese de incumprimento terá cabido aos canonistas([15]). Ter-se-á gerado aquilo a que Schmidlin designou por um paradoxo na história do instituto:

> "O paradoxo consiste, pois, no facto de que a regra da resolução do contrato, desconhecida [como regra geral] dos juristas romanos, surge materialmente do direito canónico, mas foi formalmente integrada no direito comum através do direito romano"([16]).

A descoberta deste princípio ético terá tido, todavia, um impacto muito limitado nos glosadores e comentadores([17]). Bártolo — ainda que,

---

líbrio nas relações intersubjetivas com o princípio posteriormente acentuado pelos canonistas *frangenti fidem non est fides servanda*.

([14]) Pietro Cerami, *Risoluzione del contratto, a*) *Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 1277, ss., p. 1289, destaca que "a pura e simples bilateralidade (…) não legitima, na perspetiva dos juristas romanos, a resolução por incumprimento", mas em alguns contratos atípicos atende-se ao desaparecimento da causa com prejuízo exclusivo para uma das partes (*ob. cit.*, p. 1290).

([15]) Ugo Petronio, *Risoluzione del contratto, b*) *Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 1293, ss., p. 1297, considera fundamental a obra dos canonistas. Michel Monod, *La Résolution des Contrats Synallagmatiques Parfaits, Étude comparative de droit suisse et de droit français*, Imprimerie Chabloz S.A., Tolochenaz, 1987, p. 18, sublinha que os canonistas se afastaram gradualmente do formalismo e destacaram o nexo de causalidade entre as obrigações recíprocas geradas por contratos sinalagmáticos. No século XII Huguccio define a regra segundo a qual aquele que não cumpre a sua promessa perde o direito de exigir ao outro contraente que execute a sua: "*frangenti fidem non est fides servanda"*. Deste adágio — Reinhard Zimmermann, Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter…, Condictio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrecht, AcP 193 (1993), p. 121, ss., pp. 160-161, refere-se a "*frangenti fidem fides frangatur eidem"* — resultava não apenas a exceção de não cumprimento, mas também a possibilidade de resolução do contrato no caso de incumprimento pelo outro. Mas o contraente deveria recorrer a um tribunal que tinha um amplo poder de apreciação. "A resolução canónica era uma instituição em parte contratual e em parte penal". Sobre a influência dos canonistas cf., na doutrina nacional, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, 3.ª ed. totalmente revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2017, p. 909, ss.

([16]) Bruno Schmidlin, *La Risoluzione del contratto nella prospetiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, Europa e diritto privato, 2001, n.º 4, p. 825, ss., p. 825.

([17]) Cf. Karl Otto Scherner, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1965, pp. 8-9: o tratamento da resolução pelos legistas e canonistas foi fundamental, do ponto de vista ético-moral. Em um contrato com prestações de ambas as partes, o cumprimento de uma delas era a condição para a vinculação da outra. A violação do contrato punha em causa não apenas a vontade de vinculação negocial, mas era objetivamente ilícita. Terá sido Hugo de Pisa (Huguccio) em 1187 a afirmar o princípio de que uma parte não tem de realizar a sua prestação quando a outra não realizou a sua ou violou os seus deveres contratuais. Esta resolução tinha, todavia, um caráter sancionatório e só poderia ocorrer face a incumprimentos imputáveis. Invocando-se uma condição, não seria, em rigor, necessária a intervenção judicial. Mas estas considerações dos canonistas não podiam ser aceites pelos legistas porque entrariam em conflito com o *Corpus iuris civilis*.

segundo alguns autores de modo não inteiramente coerente ou consistente em toda a sua obra — considerou que a prestação era a condição da contra-prestação e vice-versa, de tal modo que o cumprimento realizado por um é a causa da prestação do outro, com a consequência de que até ao cumprimento da segunda prestação o contrato não estaria perfeito porque faltaria a causa da primeira prestação. E se a segunda prestação não for cumprida o contrato poderia ser resolvido por força do princípio escolástico *cessante causa cessat effectus.*

Mas fora do direito canónico a maior parte dos juristas terá negado este alargamento da regra a todo o direito contratual porque a mesma contrariava frontalmente o *Corpus Iuris*([18]).

Apesar do princípio ter sido aceite posteriormente por jusnaturalistas, como Grotius e Puffendorf([19]), há, na realidade, bons argumentos a favor da tese segundo a qual a resolução do contrato por incumprimento terá sido, na realidade, fundamentalmente obra dos práticos do direito, mormente dos Tribunais franceses — tanto mais que só uma parte da França era território de direito escrito, com aplicação do direito romano.

A jurisprudência dos Parlamentos franceses na segunda metade do século XVI e no século XVII na parte da França em que não se aplicava o direito romano, mas antes o costume, terá sido decisiva na generalização da resolução por incumprimento nos contratos sinalagmáticos([20/21]), consi-

---

([18]) Segundo informa Scherner, *ob. cit.*, p. 62, pelo menos na Idade Moderna desenvolveu-se uma forma de exceção de não cumprimento dilatória que podia ser invocada em tribunal e que permitia a recusa da prestação própria enquanto a outra parte não efetuasse a sua própria prestação ("Trotz des allgemeinen Rücktrittsverbots bei den Nominatkontrakten oder vielleicht gerade deswegen hat die gemeinrechtliche lehre im Anchluβ an die mittelalterliche Doktrin damit ein faktisches Rücktrittsrecht entwickelt, das einem Teil in vielen Fällen gestattete, den Vertrag wohl nicht aufzulösen, so doch für den nicht vertragstreuen Gegner nicht mehr klagbar zu machen"). Esta recusa podia operar indefinidamente, embora não extinguisse o contrato, representando para o autor uma espécie de resolução de facto operando, de resto, perante qualquer incumprimento e mesmo face ao não cumprimento por exemplo de uma cláusula modal. Um outro modo de proteger o vendedor face à falta de pagamento do preço consistia em defender que a propriedade da coisa vendida só se transmitia com o pagamento do preço e que, por conseguinte, a reivindicação ainda era possível (*ob. cit.*, p. 71).

([19]) Scherner, *ob. cit.*, pp. 91-92 e 99: Para a Escola de Direito Natural (Grotius) o contrato surge como autovinculação pela vontade não sendo necessária qualquer causa para a sua força vinculante. O direito de resolução é construído a partir dessa conceção voluntarista do contrato. Grotius e Puffendorf desenvolverão a noção de que as prestações num contrato estão mutuamente condicionadas, o que Wolff designará por *prestationes mutuae*. Esta doutrina valia para todos os contratos mesmo os *pacta nuda* porque em todos eles o consenso e só o consenso das partes gera a vinculação.

([20]) Para Bruno Rodríguez-Rosado, *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 39, a mudança teria a sua origem em práticos do direito como Charles Dumoulin que passou a aplicar a doutrina da causa e da *condictio ob causam* não apenas aos contratos inominados, mas aos próprios contratos nominados, apesar da proibição expressa do

derando Domat e, mais tarde, Pothier que nos contratos sinalagmáticos se pode presumir que cada uma das partes só quer cumprir aquilo a que se obrigou na medida em que a outra faça o mesmo. Desenvolveu-se, assim, a ideia de uma condição resolutiva tácita que aparecerá depois no Code Civil. Mas já no tempo dos Parlamentos a intervenção do juiz era necessária: o juiz não se limitava a constatar a resolução, mas era ele quem a pronunciava e dela retirava as consequências(22). E enquanto a resolução não tivesse sido decidida pelo Tribunal o cumprimento *in natura* do contrato permanecia possível.

Esta evolução essencialmente pretoriana(23) desembocaria no reconhecimento pelo Code Civil da faculdade de resolução por incumprimento como assente em uma condição resolutiva tácita(24). Ainda que tal norma tenha tido uma influência muito importante, para não dizer decisiva, no reconhecimento da figura, podendo afirmar-se com Bruno Rodríguez-Rosado que o art. 1184 do Código francês se converteu "no ponto de arranque e primeiro passo de uma evolução, a qual se por um lado fez com que a instituição fosse reconhecida em todos os ordenamentos europeus, por outro lado, modificou a sua estrutura e efeitos"(25).

Sublinhe-se que neste modelo a resolução se apresentava como sendo necessariamente judicial(26) — aliás só em 2016 é que a lei francesa passou a admitir uma resolução extrajudicial por notificação à contraparte,

---

direito romano com o que a resolução perdeu todo o caráter excecional e converteu-se em um remédio alternativo à ação em cumprimento.

(21) De acordo com Scherner, *ob. cit.*, p. 136, os Humanistas tiveram mais influência em França do que na Alemanha porque o *Corpus iuris civilis* não tinha a mesma importância política na legitimação do soberano. O autor considera que o papel de Connanus tem sido sobrestimado, mas tal como Boyer, *ob. cit.*, p. 342, ss., e Bruno Rodríguez-Rosado, dá muita importância a Dumoulin. Este autor desenvolveu a resolução por incumprimento como princípio geral não apenas nos contratos sinalagmáticos, mas inclusive em contratos unilaterais como o mútuo, e quer se tratasse de contratos nominados ou inominados.

(22) Como destaca Scherner, *ob. cit.*, pp. 138-139, a resolução do contrato tinha eficácia retroativa também em relação a terceiros, com a consequência da possibilidade de exercício da *rei vindicatio*. Terá sido também por isso que a intervenção do tribunal passou a ser necessária.

(23) Thomas Genicon, *ob. cit.*, p. 4: "A resolução não é outra coisa que um instrumento prático fabricado pelo juiz e para o juiz e que permanece rebelde, hoje como outrora, às veleidades dogmáticas, por vezes redutoras, da doutrina".

(24) Como destaca Reinhard Zimmermann, *Heard melodies…*, *cit.*, p. 167, baseando-se o contrato exclusivamente na vontade, o apelo à condição tácita tinha a vantagem de também esta ser legitimada pela vontade dos contraentes, com o que o desvio face ao princípio *pacta sunt servanda* encontrava ainda o seu fundamento nessa vontade e, em rigor, deixava de ser concebido como um genuíno desvio…

(25) Bruno Rodríguez-Rosado, *ob. cit.*, p. 45.

(26) Scherner, *ob. cit.*, p. 139: "O poder do juiz de decidir sobre a manutenção do contrato é um traço essencial do direito de resolução francês".

embora a jurisprudência francesa já a permitisse há muito([27]) — havendo, por conseguinte, um importante controlo judicial e até um certo favor pela manutenção do contrato, porque que se dava ao devedor um prazo suplementar para cumprir. Por outro lado, era patente a proximidade da resolução por incumprimento com a cláusula resolutiva, aceitando-se como evidente a retroatividade da resolução (retroatividade que no direito francês era uma retroatividade real que não salvaguardava sequer direitos de terceiros). Deste modo as prestações efetuadas em cumprimento do contrato, que mais tarde era resolvido, deixavam de ter uma causa justificativa, o que aproximava a resolução da repetição do indevido([28]).

Na Alemanha, o primeiro projeto do Allgemeine Landrecht für die preuβischen Staaten previa no seu § 268 um direito geral de resolução no caso de incumprimento do contrato por simples declaração escrita à contraparte, mas tal proposta deparou com forte resistência e acabou por consagrar uma solução de compromisso que Scherner considera pouco feliz: a resolução, que teria de se fundar no incumprimento de obrigações que claramente resultavam do contrato, tinha, desde que o objeto do contrato tivesse um certo valor (superior a 50 tálers), de ser requerida judicialmente. O tribunal teria, primeiro, que decidir se a resolução era fundada (§§ 396, ss.)

Mas a Pandectística germânica na sua maior parte foi hostil([29]) ao reconhecimento de um direito geral de resolução pelo incumprimento.

Foi, todavia, na Alemanha, que se deu um passo importante na história da resolução pelo incumprimento, com o Código Comercial: o Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861 introduziu a possibilidade de uma resolução pelo credor através de uma declaração unilateral de vontade([30]) na compra e venda comercial, a qual podia até ser cumulada com

---

([27]) Louise Bottin, *Les sanctions de l'inexécution après la réforme des contrats*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 65: a jurisprudência francesa, muito antes da reforma, começou por admitir que a resolução extrajudicial podia ocorrer em situações de urgência ou de perigo iminente quando a manutenção do contrato pudesse causar um prejuízo irreparável a um dos contraentes, bem como quando o contrato pressupusesse uma confiança particular no outro contratante.

([28]) Esta visão não se restringia, de modo algum, a França. Veja-se o que afirma Rodolfo Sacco, *Concordanze e Contraddizioni in Tema di Inadempimento Contrattuale (una Veduta d'Insieme)*, Europa e Diritto Privato, 2001, n.º 1, p. 131, ss., p. 148: "O contrato é resolvido. Já não existe. As transmissões de direitos (designadamente de propriedade) que eram o seu efeito são suprimidas. As prestações executadas são doravante desprovidas de justificação. Entram em jogo as regras sobre a repetição do indevido, o enriquecimento sem causa, as restituições".

([29]) Ugo Petronio, *ob. cit.*, p. 1303, sublinhou que "a mesma não elaborou soluções unívocas, também pela dificuldade em conduzir a um sistema a análise casuística do direito romano" e compara as soluções contrastantes de Windscheid, por um lado, e de Arndts e Puchta pelo outro.

([30]) Scherner, *ob. cit.*, p. 177, refere que nos trabalhos preparatórios houve alguma resistência precisamente porque se discutia qual seria o momento em que o contrato cessaria quando a outra parte

uma indemnização (cumulação afastada pela versão original do BGB). O BGB tinha, de resto, segundo uma parte da doutrina alemã uma posição algo ambígua quanto aos efeitos da resolução, tratando-se de uma difícil solução de compromisso([31]). A solução em princípio da alternatividade entre resolução e indemnização conduziu mesmo a que a opção pela resolução do contrato se transformasse, como entre nós sublinhou Paulo Mota Pinto([32]), em verdadeira "armadilha jurídica"…

A possibilidade de uma resolução extrajudicial foi posteriormente consagrada no nosso Código Civil de Seabra([33]), na lei suíça e no Código Civil italiano de 1941.

É frequentemente apontada como principal vantagem da resolução extrajudicial a possibilidade de evitar os custos e as demoras de um processo judicial. Na verdade, e como veremos melhor adiante, a possibilidade

---

contestasse a existência do incumprimento, com a consequente incerteza e aumento da litigiosidade. Como adiante veremos a questão mantém atualidade…

([31]) Sven Erik Wunner, *Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel*, AcP 168 (1968), p. 425, ss., pp. 430-431, destaca que o BGB na sua versão original tinha uma posição muito cautelosa quanto aos efeitos da resolução, limitando-se no § 346 a consagrar o dever de restituir as prestações e nada dizendo quanto às prestações ainda não executadas. O silêncio seria intencional ("Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, das Wesen des Rücktritts näher zu bestimmen") em razão da divergência existente entre o projeto inicial e a 2.ª comissão de revisão. O Entwurf I basear-se-ia no direito romano e tinha uma regulamentação unitária da resolução: tratava-se de repor o *status quo ante*. Previa-se uma obrigação de restituição das prestações (*obligatio ad restituendum in integrum*) e uma Einrede (uma exceção) relativamente aos deveres de prestação ainda não cumpridos. Para o autor a resolução acabava, assim, por agir só indiretamente sobre o contrato; mais precisamente incidia, antes, sobre os efeitos do contrato. Esta posição demarcava-se da dominante ao tempo da redação do BGB que aproximava a resolução da condição resolutiva, embora fosse discutido se tinha eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* e se só tinha eficácia real ou obrigacional. O primeiro projeto do BGB ao aproximar-se do direito romano negava qualquer eficácia real à resolução para proteger a segurança do comércio jurídico. O segundo projeto e a comissão revisora afastaram-se desta visão, mas acabaram por manter uma atitude muito prudente quanto à natureza e efeitos da resolução.

([32]) Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, 2008, Vol. II, p. 1625.

([33]) Alguma doutrina estrangeira — referimo-nos a Mauro Paladino, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 30-31 — considera original o tratamento da resolução (designada de rescisão) nesse nosso Código. O autor sublinha que o Código de Seabra disciplinava a resolução do contrato sem distinguir entre o incumprimento culposo e o não culposo e no seu art. 709.º previa que nos contratos bilaterais, em caso de incumprimento de uma das partes, a outra podia considerar-se como deixando de estar obrigada ao cumprimento da prestação correspetiva. Paladino interroga-se se não se trataria de um sistema de resolução automática, tanto mais que apenas se previa o recurso ao tribunal para uma ação a exigir o cumprimento ou para ressarcimento do dano. A reforma de 16 de dezembro de 1930 veio acrescentar que a parte que não se achasse em situação de incumprimento podia considerar-se liberada da sua obrigação, ainda que a falta de cumprimento da outra parte fosse devida à impossibilidade material ou jurídica de cumprimento.

de um controlo judicial mantém-se([34]), uma vez que na maior parte dos sistemas da *civil law* a resolução pressupõe um incumprimento grave pelo que o destinatário da declaração de resolução pode sempre recorrer ele próprio aos tribunais invocando uma série de argumentos — por exemplo, que não se verificou qualquer incumprimento da sua parte, ou que a verificar-se este não foi grave (ou suficientemente grave), ou que foi a outra parte a incumprir primeiro, tendo-se limitado a recusar a prestação ao abrigo da exceção de não cumprimento. Em suma, frequentemente o recurso aos tribunais acabará por ocorrer. Pode, na realidade, questionar-se se a principal vantagem da resolução extrajudicial não será antes o caráter imediato da liberação do credor resolvente. Aliás, alguma doutrina refere-se, mesmo, a uma função de garantia. Pense-se, por exemplo, na resolução de uma compra e venda por falta de pagamento do preço — situação possível no nosso Código Civil embora apenas quando prevista no contrato — em que o vendedor recupera a propriedade da coisa (supondo que esta ainda existe na titularidade do comprador), o que para alguns autores seria particularmente vantajoso quando o comprador ameaça vir a ficar proximamente em situação de insolvência.

Como destaca Bruno Rodríguez-Rosado([35]), um passo importante na evolução da resolução por incumprimento foi dado quando se conseguiu conjugar as vantagens das conceções francesa e alemã, respetivamente, a compatibilidade da resolução e da reclamação de danos e o caráter extrajudicial da resolução. O primeiro ordenamento que empreendeu este caminho terá sido o austríaco que, em 1917, reformou o texto originário do ABGB e aceitou a resolução como remédio geral no caso de incumprimento, dotando-a de caráter extrajudicial e permitindo a sua compatibilidade com a indemnização do dano (§§ 918 a 921 ABGB), orientação seguida pelo atual Código Civil português.

([34]) Denis Mazeaud, *La place du juge en droit des contrats*, Revue des Contrats 2016, p. 353, ss., p. 357: No caso de resolução extrajudicial o juiz não fica desprovido de todo o poder de controlo. "Com efeito, o devedor poderá sempre invocar que o seu incumprimento não foi suficientemente grave para justificar a resolução que lhe foi notificada pelo seu credor. Acresce que como o credor que resolve unilateralmente o contrato está sujeito a uma obrigação de motivação, o juiz poderá apreciar a seriedade e a legitimidade dos motivos que o levaram a resolver o contrato. Expulsai o juiz pela porta e ele regressa pela janela!" ("Chassez le juge par la porte, il revient par la fenêtre !"). Também Mustapha Mekki, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, Revue des Contrats 2016, p. 400, ss., p. 406, considera que a resolução judicial será a única via possível quando as partes, na falta de acordo, queiram obter a restituição de prestações, pelo que a resolução judicial continua a ser de grande importância ("conserve ainsi un intérêt majeur").

([35]) Aut. e *ob. cit.*, p. 47.

3. A resolução é uma causa de extinção do contrato?

Mas a evolução histórica conduziu igualmente a uma alteração fundamental na compreensão da resolução. A resolução foi durante muito tempo encarada como uma causa de extinção do contrato (e note-se que o Código Civil francês após a Reforma de 2016 se refere expressamente á resolução como causa de extinção do contrato)([36]). Esta visão associada historicamente ao peso da condição resolutiva no desenvolvimento histórico da resolução por incumprimento implicava que as prestações realizadas ao abrigo do contrato depois de este ter sido resolvido deixassem de ter causa justificativa. Oertmann([37]), por exemplo, sustentou que a resolução destruía o contrato e tinha necessariamente eficácia *ex tunc*. A resolução tinha um efeito direto sobre o contrato, porque só isso corresponderia à vontade das partes. Nesta perspetiva, a resolução aproximava-se da *condictio ob causam finitam*. As normas legais sobre a restituição das prestações na sequência da resolução regulavam um caso especial, mas subsidiariamente poderiam aplicar-se as regras sobre o enriquecimento sem causa.

Esta visão cedeu, todavia, o passo a uma outra que nega que a resolução extinga o contrato. Na visão de Hans Stoll a relação contratual perdura apesar da resolução, sendo que a relação obrigacional é apenas alterada no seu conteúdo (transformada no seu oposto ou inverso, numa relação de liquidação)([38]). A relação de liquidação permanece contratual (e não legal como a pretensão baseada no enriquecimento sem causa) e tem o seu fun-

---

([36]) Art. 1229 (1): "la résolution met fin au contrat".

([37]) *Cit apud* Sven Erik Wunner, p. 431.

([38]) Cf. Ernst Wolf, *Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden*, AcP 153, p. 97, ss., p. 103: A resolução não atinge a existência ("Bestand"), mas apenas o conteúdo da relação obrigacional como organismo, e as pretensões de restituição têm as suas raízes na relação obrigacional no seu conjunto, a qual persiste; assim, é o contrato que proporciona o fundamento das relações jurídicas reconfiguradas ("der Vertrag bildet auch die Grundlage der neugestalteten Rechtsbeziehungen"). Para este autor, *ob. cit.*, p. 105, os efeitos da resolução decorrem de uma declaração de vontade recetícia e unilateral e são, por conseguinte, efeitos de um negócio jurídico, pelo que a relação de liquidação é ela própria uma relação negocial, é a relação obrigacional originária modificada no seu conteúdo (*ob. cit.*, p. 108). Cf., igualmente, Bruno Schmidlin, *Der Rücktritt vom Vertrag, Von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis — ein dogmengeschichtlicher Wandel*, in Iurisprudentia Universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, dir. por Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer e Laurens C. Winkel, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, 2002, p. 677, ss., p. 689: A mesma confiança que fundou o contrato está também na base da relação de liquidação. As partes sabem, à luz da boa fé, que as suas prestações estão reciprocamente condicionadas. Se por razões imputáveis a uma das partes a sua prestação não é executada ela sabe que a deverá restituir. Não é necessária qualquer intervenção judicial: a relação de liquidação é suportada pela vontade contratual e tem natureza contratual. "A eventualidade de resolução é parte integral do consenso e da confiança mútua que estiveram na base da celebração do contrato".

damento no próprio contrato e na vontade das partes, interpretada e integrada à luz da boa fé. Trata-se de uma visão que terá partido da tese de Siber e da compreensão do contrato como um "organismo" e cujas principais vantagens terão sido, por um lado, permitir a manutenção de certas cláusulas contratuais([39]) e, por outro, a manutenção de deveres de proteção e de certos deveres secundários de conduta. Este entendimento de que a resolução não faz cessar a relação contratual, mas apenas a altera, transformando-a em uma relação de liquidação, tem uma extensa série de consequências ou corolários: para começar — aspeto que discutiremos com mais detalhe adiante — quebra o nexo entre a resolução e o enriquecimento sem causa. Aliás pode afirmar-se que a Reforma alemã do direito das Obrigações neste domínio representou o culminar de um processo de separação do direito da resolução relativamente ao enriquecimento sem causa por força de uma mudança fundamental na compreensão da resolução([40]). Cava-se, ainda mais, o fosso entre a invalidade e a resolução, sendo que, em rigor, já mesma na visão da resolução como causa extintiva do contrato, haveria uma diferença de monta entre um contrato com um vício genético e um contrato perfeitamente válido, mas, entretanto, resolvido. As normas legais aparecerão em regra como normas dispositivas; e facilita-se a compreensão de que a resolução do contrato pode concorrer

---

([39]) Não desenvolveremos neste estudo este aspeto, mas é questão controvertida a de saber quais as cláusulas contratuais que sobrevivem à resolução de um contrato. Thomas Genicon, *Coup de théâtre: la résolution du contrat emporte avec elle la clause limitative de responsabilité!*, Revue des Contrats 2011, n.º 2, p. 431, ss., comenta um Acórdão não publicado da Cour de cassation francesa que decidiu que a resolução do contrato implicava a destruição retroativa do mesmo e a reposição da situação anterior pelo que não havia que aplicar cláusulas limitativas de responsabilidade ("la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur (…) il n'y avait pas lieu d'appliquer les clauses limitatives de responsabilité"). Genicon alerta para os perigos de um "dogmatismo cego" e sublinha que a resolução não deve ser assimilada à invalidade e que não se deve ter uma falsa compreensão da retroatividade. Para o autor devem sobreviver à resolução do contrato "as cláusulas que têm por objeto acompanhar ou organizar a retirada da operação contratual, como é o caso precisamente de uma cláusula limitativa da responsabilidade". Assim, as cláusulas limitativas de responsabilidade devem, em princípio, sobreviver à resolução do contrato. Mas o autor admite uma exceção: a hipótese de uma cláusula de responsabilidade que visa expressamente e determina antecipadamente a indemnização a receber por um prejuízo específico que ocorra no processo de execução do contrato: por exemplo, a cláusula de um contrato de empreitada que fixa uma indemnização *a forfait* pelo dia de atraso na conclusão de uma obra. "A razão é simples: a resolução faz desaparecer o direito ao cumprimento, o direito à prestação, não se pode permitir a indemnização por equivalente".

([40]) Jürgen Kohler, *Rücktritt und Bereicherungsrecht — Studien zur Umkehrung einer herrschenden Meinung*, ZfPW 2017, p. 404, ss., p. 405, autor que aliás é muito crítico relativamente a esta evolução. Sublinhe-se, em todo o caso, como o mesmo autor destaca, *ob. cit.*, p. 445, que a proclamada separação entre resolução e enriquecimento sem causa não é total como resulta do § 346 Abs. 3 S. 2 BGB que acaba por fazer um apelo subsidiário ao enriquecimento sem causa.

com a reparação do dano sofrido pelo resolvente e até com o interesse contratual positivo. Com efeito, na visão da resolução como destruindo o contrato, como poderia o resolvente por um lado "matar" o contrato, mas por outro pretender que a reparação do dano o colocasse na situação em que estaria se o contrato fosse pontual e exatamente cumprido? Outro aspeto a ter em conta, como veremos, é que quando a restituição de uma prestação se faça em valor será agora mais fácil de justificar que se atenda para o efeito ao preço contratualmente acordado([41]/[42]).

Em contrapartida, a "nova" visão da transformação do conteúdo do contrato que subsiste apesar da resolução, força a rever conceitos tradicionais. Assim, por exemplo, é muito frequente afirmar-se que o escopo da resolução é repor as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado. Mas, como observa Döll([43]), é incoerente dizer que o contrato se mantém e afirmar simultaneamente que o escopo da resolução é o de repor as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado, sendo que para o autor o genuíno escopo da resolução consiste antes em repor as partes na situação em que estariam após a celebração do contrato, mas antes da realização das prestações.

([41]) Com efeito e como afirmava Giovanni Gabrielli, *ob. cit.*, p. 736, n. 20: "Seria absurdo que o mecanismo restitutório imposto pela cessação de uma regulamentação negocial dos interesses devesse assumir como base de determinação do valor o negócio que o ordenamento considerou que merecia ser cancelado".

([42]) Matteo Dellacasa, *Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione*, Rivista di Diritto Civile 2022, n.º 1, p. 15, ss., pp. 18-19, destaca que em alguns sistemas da Europa continental o preço contratual orienta a determinação do equivalente pecuniário das prestações que não podem ser restituídas *in natura*. Se se assume que a resolução não destrói o contrato, o preço contratual que representa a expressão monetária do sinalagma, pode orientar a determinação do valor das prestações que não possam ser restituídas *in natura*. Assim, também, entre nós, Catarina Monteiro Pires, *A prestação restitutória em valor na resolução do contrato por incumprimento*, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Almedina, 2012, Vol. 2, p. 703, ss., p. 706: a opção por um modelo contratual "harmoniza-se com a conceção atualmente dominante na Alemanha, segundo a qual a resolução modifica (mas não destrói) a relação contratual e produz efeitos *ex nunc*".

([43]) Yves Döll, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzplicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 51.

4. O fundamento (ou fundamentos) da resolução por incumprimento

A complexa história da resolução por incumprimento ajuda a compreender porque é tão polémica a identificação do seu fundamento ao ponto de a discussão ser considerada por muitos como estéril.

Historicamente foram invocadas, designadamente, a causa do contrato — para os defensores da causa tratar-se-ia do desaparecimento da causa na fase em que o contrato deveria ter realizado o seu escopo — a condição resolutiva implícita e a ideia de sanção pelo incumprimento (defendida por exemplo por Auletta)([44/45]). Para muitos a resolução é uma manifestação do sinalagma funcional([46]) e mesmo a sua manifestação maior([47]). A tese da sanção foi largamente abandonada — também entre nós — muito embora ainda seja defendida por alguns autores franceses, tanto mais que a resolução em muitos sistemas, como no nosso, não requer um incumprimento culposo e, no limite, o seu efeito liberatório pode até,

---

([44]) Guiseppe Giacomo Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1980 (trata-se da reimpressão da obra publicada pela editora Giuffrè, milano, 1942), p. 243, ss.; entre nós, a tese da resolução como sanção foi defendida, por exemplo, por Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1989, pp. 461-462: "A rescisão supõe que um dos contraentes não executou culposamente o contrato e que o outro o executou ou se prestou a executá-lo. É preciso, em suma, que uma das partes esteja em falta e a outra não (…) A rescisão representa uma *pena* (civil) e, como tal, não pode ser imposta a um contraente quando nada se tenha a censurar-lhe". Também em Itália a compreensão da resolução como sanção não desapareceu por completo: veja-se, por exemplo, Giovanni Francesco Basini, *Risoluzione del Contratto e Sanzione dell'Inadempiente*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 176, que adere à tese de Auletta de que a resolução por incumprimento teria um escopo sancionatório. Não deixa de referir, no entanto, a ambiguidade e multiplicidade de sentidos do conceito de sanção. Para o autor a sanção resultaria da proeminência atribuída ao interesse do credor.

([45]) A doutrina dominante em Portugal defende atualmente que a resolução do contrato não tem a natureza de sanção. Cf., por todos, Maria de Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 131: "A resolução não possui, desde logo, uma função *punitiva (ou sancionatória em sentido estrito)* porque não tem em vista sofrimento (do devedor inadimplente) e a reprovação como um fim em si mesmo (…) Mais do que isso, no entanto, a faculdade resolutiva não é sequer comparável com o direito à indemnização por incumprimento".

([46]) Luigi Mosco, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950, p. 12: "A resolução encontra seguramente o seu fundamento na interdependência entre atribuições correspetivas".

([47]) Arturo Dalmartello, *Risoluzione del Contratto, Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVI, Utet, Torino, 1959, p. 127, ss., p. 127: Se a exceção de não cumprimento do contrato constitui a manifestação menor do sinalagma funcional (menor em consideração das consequências que determina no ciclo vital do contrato), a resolução por incumprimento constitui a manifestação maior. Adolfo di Majo, *Le Tutele Contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 208: "A resolução define-se como um remédio dirigido principalmente a garantir o princípio sinalagmático do contrato. Quando o sinalagma esteja destinado a entrar em crise na sequência do incumprimento, deve haver lugar à resolução".

no caso concreto, interessar ao devedor que incumpriu. Relativamente à relevância do sinalagma e mesmo que o domínio dos contratos sinalagmáticos seja o domínio por assim dizer natural da resolução por incumprimento (ver o art. 801.º n.º 2 do Código Civil) não pode esquecer-se que o nosso Código Civil, por exemplo, admite a resolução do comodato e da doação modal por incumprimento do modo (esta última no caso de a possibilidade de resolução estar prevista no próprio contrato) contratos que não são sinalagmáticos. E já Boyer observava que "[e]la [a resolução] será possível em todos os contratos que deem lugar a um intercâmbio de prestações, sem distinguir entre os contratos unilaterais e os sinalagmáticos. Sempre que um contraente não tenha obtido a vantagem imediata que esperava retirar da convenção, a obrigação que assumiu, a prestação que efetuou serão sem causa e a resolução deverá ser pronunciada"([48]).

Destaque-se que por vezes se invoca, também, o princípio do enriquecimento sem causa([49]) e até simplesmente a necessidade de justiça contratual([50]).

Pode, no entanto, porventura, concordar-se com Di Majo quando observa que "é muito provável que nenhuma destas teorias seja satisfatória, já que cada uma delas reproduz em parte os interesses que subjazem à resolução, mas não todos"([51]).

([48]) G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'article 1184 C.civ.)*, PUF, Paris, 1924, pp. 46-47.

([49]) Dell'Aquila, *ob. cit.*, p. 859, na esteira de Pothier considera que foram considerações de ordem prática que justificaram a resolução por incumprimento do contrato. Se esta faculdade não existisse restaria ao credor recorrer aos tribunais para tentar obter o cumprimento da prestação e o ressarcimento do dano, com o risco de se expor a maiores despesas. Permite-se-lhe pôr fim a uma relação que se permanecesse em vida na maior parte dos casos só lhe causaria despesas inúteis e danos ulteriores. Mas também se trata de evitar um enriquecimento injustificado do contraente infiel. Na moderna doutrina alemã cf., por exemplo, Ulrich Büdenbender, *Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, Archiv für die civilistische Praxis 200 (2000), p. 627, ss., pp. 630-631, que afirma que as tarefas do direito da resolução e do enriquecimento sem causa são comparáveis e que estes institutos estão funcionalmente aparentados (p. 630) e coincidem no seu escopo (p. 631).

([50]) Para Ripert, *cit. apud* Dell'Aquila, p. 860, n. 93, o direito de resolução é a consagração legal da ideia de justiça contratual. "L'idée profonde est toujours la même: le contrat était respectable quand' il a été conclu, parce qu'il répondait à des fins légitimes; postérieurement à sa conclusion il a été déséquilibré soit par faute de l'une des parties, soit par un événement purement fortuit; exécuter ce contrat boiteux serait singulièrement immoral; il faut que le juge puisse en contrôler et, par conséquent, en refuser l'exécution".

([51]) Adolfo di Majo, *Le Tutele Contrattuali…*, *cit.*, p. 200.

5. O incumprimento recíproco

Antes de prosseguir, convirá advertir que ao longo deste estudo vamos considerar sempre a situação em que um contraente "fiel" resolve o contrato por força do incumprimento do outro. Não trataremos, em suma, das situações, que não são aliás excecionais, mas antes ocorrem frequentemente, em que se verificam incumprimentos "recíprocos" ou, melhor, de ambas as partes. Concordamos com Matteo Dellacasa([52]) quando afirma que ao tratar da resolução do contrato e do ressarcimento do dano o legislador parece partir do paradigma do incumprimento por apenas uma das partes, mas frequentemente as partes acusam-se mutuamente de incumprimento, podendo verificar-se situações de incumprimento mútuo, ou em que ambas as partes violaram os seus deveres contratuais, mormente de cooperação. Como veremos, cabem aqui situações muito distintas e não homogéneas([53]) o que dificulta a solução das mesmas. Tradicionalmente, a jurisprudência e a doutrina apenas admitiam a possibilidade de resolução do contrato se houvesse um incumprimento claramente prevalecente ou preponderante, caso em que apenas o lesado por esse incumprimento teria o direito de resolver o contrato. Nesse sentido pronunciou-se, por exemplo, Denis Tallon, para quem só deveria admitir-se a resolução no caso de incumprimentos recíprocos quando houvesse um incumprimento preponderante e apenas pelo credor que foi vítima desse incumprimento preponderante([54]/[55]). O autor critica, por isso mesmo, a terminologia que se tem

---

([52]) Matteo Dellacasa, *Prestazine e Cooperazione nei Rimedi contro l'Inadempimento: uno Sguardo Comparatistico*, Rivista di Diritto Civile 2021, ano LXVII, p. 120, ss., pp. 120-121.

([53]) Concordamos inteiramente com Thomas Genicon, *La Résolution du Contrat pour Inéxecution*, *cit.*, p. 717, quando afirma que a resolução por incumprimentos recíprocos não pode ser reduzida a um fenómeno único a que corresponda um tratamento unitário.

([54]) Denis Tallon, *La Résolution du Contrat aux Torts Réciproques*, Mélanges Charles Freyria, Ester, 1994, p. 231, ss., p. 237.

([55]) Michele Tamponi, *La Risoluzione per Inadempimento*, in I Contratti in Generali, dir. por Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999, Tomo II, p. 1477, ss., p. 1487: O juiz chamado a decidir uma situação de incumprimentos recíprocos deve formular uma valoração unitária e comparativa dos incumprimentos contrapostos, de modo a apreciar a efetiva gravidade e eficácia causal relativamente às finalidades económicas do contrato e pronunciar a resolução em prejuízo de quem seja responsável em maior medida. Entre nós parece ser similar o entendimento de Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 1969*, Revista de Legislação e de Jurisprudência ano 104.º, n.º 3442, p. 8, ss., p. 12: "Este princípio [o consagrado no art. 570.º, n.º 1 do Código Civil] parece dever considerar-se extensivo ao direito de resolução por não-cumprimento, pois a razão é a mesma: assim, se a culpa do devedor (ou as suas consequências) for mais grave do que a do credor, este tem o direito de resolução, mas, se não o for, o credor não pode resolver o contrato. No caso do acórdão, as culpas dos contraentes foram iguais (conforme a Relação e o Supremo entenderam) e, por

vulgarizado na jurisprudência francesa de "torts reciproques", não só por uma aproximação excessiva ao domínio delitual, mas porque os incumprimentos, ainda que mútuos, podem não ser, de todo, equivalentes([56]). Segundo informa Matteo Dellacasa([57]), que, aliás, critica a solução, também alguma jurisprudência italiana tem recusado a resolução do contrato se não existir um incumprimento mais grave de um dos contratantes. Este entendimento, que parece aliás associado a uma visão sancionatória da resolução, acha-se hoje ultrapassado, porque excessivamente rigoroso.

Afigura-se-nos essencialmente correta a tese de Thomas Genicon que defende que se devem distinguir várias situações([58]). Podemos ter, desde logo, um caso em que um dos contraentes comete uma violação grave do contrato, a qual, só por si, justificaria a resolução do contrato, enquanto o outro comete um incumprimento que, embora sem ser totalmente insignificante ou desculpável pelo incumprimento do outro, não seria, em si mesmo, causa de resolução. Aqui frequentemente os tribunais só atenderão ao incumprimento "preponderante", o que poderá compreender-se se o outro for por assim dizer marginal. Uma segunda situação ocorre quando ambas as partes cometem, em paralelo, violações graves do contrato que justificariam por si só a resolução do contrato — neste caso afigura-se mais razoável que o tribunal atenda simultaneamente à responsabilidade de cada um na ocorrência da resolução e à origem causal de cada dano. No entanto, destaque-se que também aqui a jurisprudência dominante em Itália, como refere Andrea Cecchetto([59]), pelo menos ao nível da Cassazione,

---

conseguinte, não tinha o promitente-comprador o direito de resolver o contrato por não-cumprimento". Todavia, a posição do autor não é inequívoca porque acrescenta, mais adiante: "[p]oderia também entender-se que, sendo iguais as culpas de ambas as partes, o promitente-comprador não deixa de ter o direito de resolução, pois sempre houve culpa do devedor e a deste não é inferior à do credor".

([56]) Aut. e *ob. cit.*, p. 242 ("Car "torts réciproques" ne signifie pas "torts équivalents". Il ne faut point oublier que le point de départ est une action en résolution, qui (…) suppose un manquement grave du débiteur (…) La résolution aux torts reciproques est donc en principe une résolution aux torts prépondérants du débiteur").

([57]) Aut. e *ob. cit.*, p. 123.

([58]) Sobre o tema cf., também, Angelo Luminoso, *Della Risoluzione per Inadempimento*, Tomo I, 1, anotação ao art. 1453, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, dir. por Francesco Galgano, Libro Quarto, Delle Obbligazioni, Zanichelli Editore, Bologna e Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1990, p. 76, ss.

([59]) Andrea Cecchetto, *Risoluzione del contratto ed inadempimenti reciproci: alcune considerazioni critiche*, Il Foro Padano 2014, ano 70.º, n.º 1, cols. 23, ss., col. 26. Como o autor destaca, neste juízo comparativo o critério cronológico (a anterioridade de um incumprimento relativamente ao outro) não é necessariamente determinante (pense-se na existência de prazos diversos para o cumprimento). Mas o dado temporal pode desempenhar uma função de parâmetro para a decisão sobre qual o incumprimento prevalecente quando associado a outros critérios, como sejam a causalidade (no sentido de sucessão causal entre os incumprimentos) e a proporcionalidade.

tende a proceder a uma "valoração unitária e comparativa dos respetivos incumprimentos e comportamentos das partes", na tentativa de determinar qual é o incumprimento que deve considerar-se "prevalecente". Contudo pode defender-se que neste caso cada um dos contraentes terá direito a resolver o contrato e que os incumprimentos não se "compensam" ou "anulam" mutuamente([60]/[61]).

Uma terceira situação pode também revelar-se problemática e ocorrerá quando os incumprimentos de ambas as partes se conjugam ou se cumulam de modo a conduzir a um fracasso da relação contratual, mas sem que cada um isoladamente fosse suficiente para permitir a resolução([62]). Aqui frequentemente os tribunais italianos têm-se recusado a pronunciar a resolução([63]).

Seja como for, não trataremos no contexto deste estudo desta questão e partiremos sempre do paradigma do contraente "fiel" que exerce o direito de resolução por força do incumprimento (ainda que não necessariamente culposo) do outro.

6. Resolução extrajudicial e resolução judicial

A parte que pretenda resolver o contrato por incumprimento da outra tem a opção entre uma resolução extrajudicial, através de uma declaração

---

([60]) Do mesmo modo cada um teria direito à indemnização pelo dano sofrido embora depois a compensação pudesse intervir uma vez quantificados os danos nas indemnizações "cruzadas".

([61]) Entre nós cf. o Ac. STJ de 14-01-2021, processo n.º 2209/14.0TBBRG.G3.S1 (Cura Mariano). O Acórdão que incidiu sobre uma situação de incumprimento recíproco num contrato de empreitada, admitiu que se pudesse presumir igual culpabilidade das partes (referindo o lugar paralelo do art. 497.º, n.º 2 do CC) na falta de dados de facto que permitissem atribuir diferentes graus de imputabilidade no incumprimento e afirmou que o contrato pode cessar sem um pedido de resolução de qualquer um dos contraentes por um "duplo comportamento volitivo concludente". Decidiu, ainda, que "não se atribuindo diferentes graus de imputabilidade em situações de incumprimento bilateral de um contrato, deve, tendencialmente, excluir-se a existência de qualquer obrigação indemnizatória pelos prejuízos resultantes do incumprimento do contrato", embora tenha, também, admitido a aplicação neste contexto do art. 570.º do Código Civil.

([62]) Thomas Genicon, *ob. cit.*, p. 718.

([63]) Andrea Cecchetto, *ob. cit.*, cols. 27-28: os tribunais italianos tendem a rejeitar os pedidos de resolução quando os incumprimentos recíprocos não sejam, nem um nem outro, graves. como referiu o Acórdão da Cass. 6 novembre 1981 n. 5865, "a vontade negocial dirigida à cessação do contrato por mútuo consenso não pode ser deduzida implicitamente da mera proposta de pedidos contrapostos de resolução". Em tom crítico observa Andrea Cecchetto (*ob. cit.*, col. 33) que "seria verdadeiramente paradoxal que fosse mantida em vida uma relação, relativamente à qual as partes perderam o interesse e, mais ainda, apresenta perfis patológicos".

recetícia([64]), e a propositura de uma ação de resolução. É frequente apontar-se que a resolução extrajudicial através de uma simples declaração à outra parte teria a vantagem de poupar os custos e a demora associados a uma ação judicial([65]). Na verdade, esta vantagem é, muitas vezes, mais ilusória, que real, já que o destinatário da declaração de resolução pode vir a juízo impugnar a existência, por exemplo, de um incumprimento (ou de um incumprimento grave) da sua parte. Acresce que frequentemente a declaração de resolução não será suficiente para que a outra parte restitua a prestação que tenha recebido e o recurso aos tribunais será normalmente necessário para exigir qualquer indemnização pelo eventual dano causado pelo incumprimento ao resolvente. Afigura-se-nos, assim, mais realista a tese segundo a qual a principal vantagem da resolução extrajudicial será a rapidez em obter o efeito liberatório, permitindo ao resolvente que ainda não tenha efetuado a sua prestação, no todo ou em parte, dispor imediatamente dela, por exemplo, noutro contrato. A rapidez no efeito "extintivo" — usamos a expressão sem tomar partido na questão atrás discutida sobre se a resolução extingue o contrato ou o transforma — é, de resto, uma vantagem assinalável quando o resolvente suspeita da degradação da condição patrimonial da contraparte e quer antecipar-se a uma eventual declaração de insolvência deste. Aliás, não falta quem considere que a resolução extrajudicial será a via preferida sobretudo quando o resolvente tenha em vista essencialmente o efeito liberatório, podendo nem sequer se colocar qualquer efeito restitutório a favor do resolvente (por este ainda não ter realizado a sua prestação) e não estar este interessado em qualquer indemnização (no limite pode não ter sofrido qualquer dano ou ter sofrido ainda um dano muito reduzido)([66]).

([64]) Yves Döll, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzplich*t, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 47: "A resolução é como direito potestativo um negócio jurídico unilateral e opera ["erfolgt"] através de uma declaração de vontade recetícia face ao destinatário da resolução ("Rücktrittsgegner"). A declaração de resolução só produz efeitos com a sua receção pelo destinatário. Não carece da indicação de motivos (BGH 10.12.1986, NJW 1987, 831, 833) nem de qualquer forma, podendo ser tácita ("der Rücktritt auch konkludent erklärt werden kann")". A declaração de resolução não pode ser sujeita a condição.

([65]) Cf., por todos, Louise Bottin, p. 66.

([66]) Matteo Dellacasa, *Risoluzione per Inadempimento e Ricorso al Processo*, Rivista di Diritto Civile 2015, n.º 1, p. 40, ss., p. 44: Para o autor a vítima do incumprimento tem legitimidade para resolver imediatamente o contrato através da declaração extrajudicial se tudo o que pretende obter é a liberação do vínculo, mas terá de propor uma ação judicial, na ausência de acordo com a contraparte, se pretende conseguir a condenação desta à restituição da prestação já executada ou ao ressarcimento do dano. "Enquanto os efeitos liberatórios da resolução não requerem a propositura de uma ação judicial (…) os restitutórios e ressarcitórios implicam o exercício de uma ação judicial de condenação". Em suma, os efeitos liberatórios da resolução podem ser ativados em autotutela, enquanto os

A via da declaração extrajudicial para a resolução por incumprimento é, todavia, uma via mais arriscada do que se poderá supor à primeira vista.

A resolução é comummente apresentada como um direito potestativo (quer se trate de um direito potestativo extintivo, quer simplesmente modificativo). Contudo, o direito à resolução por incumprimento só existe caso se tenha verificado, por exemplo, um incumprimento grave da outra parte, exigência fundamental para assegurar o respeito pelo princípio *pacta sunt servanda* e para evitar condutas oportunistas.

Pode, pois, questionar-se: se A enviar a sua declaração de resolução do contrato a B, mas na realidade não tiver existido qualquer incumprimento de B, o efeito extintivo ocorreu([67])?

Para Pedro Romano Martinez([68]/[69]), por exemplo, a declaração de resolução, ainda que fora dos parâmetros em que é admitida, não é inválida, pelo que mesmo que injustificada, produz efeitos: ou seja, determina a cessação do vínculo. O resolvente lograria o efeito extintivo visado, embora se expusesse a consequências indemnizatórias pelo dano causado à outra parte. A doutrina italiana que defende uma solução similar invoca a conveniência em permitir uma decisão rápida quanto à extinção do contrato, o que poderia ser até do interesse da outra parte, reduzindo o dano resultante do incumprimento([70]).

---

ressarcitórios e os restitutórios pressupõem necessariamente a apreciação judicial da resolução (*ob. cit.*, p. 47; ver também pp. 87-88). Cf., igualmente, Stefano Pagliantini, *La risoluzione per inadempimento del duemila*, Persona e Mercato (revista *on-line*, <www.personaemercato.it>) 2018, n.º 1, p. 74, ss., p. 80: sem um acordo o ressarcimento e a restituição constituem uma variável que não ocorre por mero efeito de uma escolha unilateral.

([67]) Sobre a questão cf., sobretudo, Joana Farrajota, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, Coimbra, 2015, mormente p. 49, ss. Como a autora refere, não há uma designação consensual para a declaração resolutória sem fundamento bastante — alguns autores falam em resolução ilegítima, resolução infundada (é a terminologia adotada pela autora), resolução ilegal (é o caso de jurisprudência citada pela autora). Sobre o tema cf., igualmente, Ana Taveira da Fonseca, *Teoria Geral das Obrigações*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2024, p. 222, ss.

([68]) Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 209.

([69]) Se bem a interpretamos tal é também a tese de Assunção Cristas, *É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?*, Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, Vol. II, p. 53, ss., p. 63: "[a] partir do momento em que a declaração resolutiva é eficaz, o contrato considera-se resolvido. Se, em juízo, a contraparte prova a inexistência de fundamento para a resolução, esta não desaparece, simplesmente a sua valoração jurídica e os seus efeitos sofrem modificações. A resolução deixa de ser um acto legítimo do contraente não faltoso (ou não gravemente faltoso, no caso da simples mora) para passar a ser um acto ilícito com o sentido de incumprimento mais ou menos grave. O contrato cessou irremediavelmente, mas é possível a A exigir o cumprimento e oferecer a contraprestação".

([70]) Dellacasa, *ob. cit.*, p. 50: é preferível um sistema que favoreça a mais rápida definição do destino do contrato. Cf., igualmente, p. 48: "Resolvido o contrato em sede extrajudicial, a parte fiel adquire imediatamente a liberdade de regressar ao mercado e celebrar um contrato substitutivo; tal

Mas esta posição está longe de ser pacífica, entre nós, como em Itália.

Adriano Squilacce/Alexandre Mota Pinto([71]), citando, aliás, no mesmo sentido abundante doutrina([72]), sustentam que "[e]mbora se assuma como um direito potestativo, o direito de resolução do contrato pressupõe o incumprimento definitivo de um dos contraentes pelo que este direito potestativo apenas emerge quando este seu pressuposto se verifique". Portanto, "se os fundamentos mobilizados para a resolução do contrato não se verificarem, a comunicação de resolução não extingue, de *per se*, o vínculo contratual".

Muito embora tendencialmente concordemos com os autores, fica por explicar qual o efeito da declaração de resolução em uma situação em que não existia fundamento suficiente para a mesma, mas que o destinatário não impugnou. Para um segmento da doutrina em tal hipótese haveria um acordo de resolução, ao menos tácito([73]), mas a explicação não se nos

---

consente limitar as consequências negativas do incumprimento e aumenta as probabilidades de o devedor não ser chamado a responder pelo dano resultante da falta de execução do intercâmbio. Frequentemente este último reconhecerá o fundamento da resolução e abster-se-á de a contestar com a consequência de que o contrato será resolvido sem que tenha sido proposta qualquer ação judicial".

([71]) Adriano Squilacce/Alexandre Mota Pinto, *A resolução ilícita: uma contradição nos termos?* Actualidad Jurídica Uria Menéndez, 28-2011, p. 113, ss., p. 114.

([72]) Veja-se, por exemplo, João Cura Mariano, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª ed. revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 127: "O direito de resolução opera por mera declaração do dono da obra ao empreiteiro (art. 436.º, n.º 1 do C.C.), não produzindo essa declaração qualquer efeito, se o dono da obra não tinha fundamento, nos termos acima delimitados, para resolver o contrato de empreitada". No sentido de que não havendo fundamento para a resolução, a declaração de resolução é "ineficaz por ilícita", cf. Ac. STJ de 30-06-2020, processo n.º 1114/16.0T8LRA.C1.S1 (Ricardo Costa) e Ac. STJ de 28-09-2021, processo n.º 344/18.5T8AVR.P1.S1 (Manuel Capelo): "a declaração de resolução emitida pelo contraente que não tenha fundamento não produz qualquer efeito". Em sentido diverso, cf., por exemplo, o Ac. STJ de 08-06-2017, Revista n.º 7461/14.9TBSNT.L1.S1 (Salazar Casanova) no qual se afirma que "a declaração de resolução do contrato, ainda que ilícita, pode determinar a extinção do contrato", muito embora também afirme que "no entanto, se a execução ainda for possível e o promitente fiel mantiver interesse na execução do contrato e esta não for excessivamente onerosa para aquele que o resolveu ilicitamente, deve considerar-se subsistente o vínculo ilicitamente resolvido". Em sentido próximo cf., igualmente, o Ac. STJ de 28-06-2017, revista n.º 1287/08.6TVLSB.L3.S1 (Hélder Roque), no qual se diz, por um lado, que "quando a declaração resolutória não preenche os respetivos pressupostos legais enformadores consubstancia uma resolução ilícita, a qual, muito embora fora dos parâmetros em que é admitida, não é inválida ou ineficaz, pelo que, mesmo injustificada, produz efeitos, ou seja, determina a cessação do vínculo, representando o incumprimento do contrato, com a consequente responsabilidade do seu autor pelo prejuízo causado à contraparte", mas também que "a subsistência da relação contratual, ilicitamente, extinta, por resolução, depende do preenchimento cumulativo de três pressupostos, que operam, separadamente, isto é, se o cumprimento das prestações contratuais ainda é possível, se a parte lesada mantém interesse na execução do contrato e se esta não é, excessivamente, onerosa para aquele que o resolveu, ilicitamente".

([73]) Claudio Consolo, *Della Risoluzione per Inadempimento anche Straguidiziale, senza Processo, purché (Fuori dagli Artt. 1454 e 1456) per Contratto anche Tacito (o Discordia Concors per*

afigura convincente([74]). Dir-se-á que a declaração de resolução começa por ter um efeito extintivo; se a contraparte, o destinatário da declaração, recorrer ao tribunal, mas este decidir que a fundamentação da resolução é verdadeira e suficiente, a resolução terá produzido efeitos desde a data em que a declaração chegou ao poder do destinatário, sendo a sentença meramente declarativa. Mas se o tribunal decidir que a fundamentação não é suficiente, o efeito extintivo será destruído([75]/[76]) e a sorte do contrato dependerá do comportamento das partes no processo (o destinatário da

---

Acquiescenza), in La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 33, ss., p. 52. Para o autor, não é suficiente para que se produza o efeito resolutório a declaração de resolução. "O efeito resolutório, com efeito, para que se produza já no plano extrajudicial exige uma correspondente manifestação de vontade da outra parte (ou das outras partes, no caso de relação plurilateral), ou seja a conclusão de um contrato de resolução" (o autor admite um acordo de resolução tácito ou mesmo pelo silêncio da contraparte). É curioso notar que também na *common law* se verificam discussões similares a propósito da *termination.* Janet O'Sullivan, *Rescission as a Self-Help Remedy: A Critical Analysis*, Cambridge Law Journal 59(3), 2000, p. 509, ss., p. 512, afirma que a natureza de autotutela desta forma de cessação do contrato é problemática ("It is trite law that the innocent party (…) has a right of election either to affirm or avoid the contract amd that the contract is valid unless and until he elects to rescind. The self help analysis is more problematic because it demands that it is the exercise of this right of election which actually *effects* the rescission. Considerable difficulty arises where the transaction is executed or partly executed, where rescission has restitutionary consequences", itálico no original) e acaba por afirmar que em alguns casos em que não há necessidade de recurso ao tribunal a resolução acabaria por ser o resultado de um acordo (p. 528: "Where one party intimates his intention to "rescind" a purely executory contract and the other party concurs, the resulting abandonment of the contract is not the result of rescission but a contractual compromise").

([74]) Assim também Ilaria Pagni, *La Risoluzione del Contratto tra Azione ed Eccezione: Ancora sulla Natura Dichiarativa della Sentenza che Pronuncia sulla Risoluzione*, in La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 75, ss., p. 88 (não é necessário o acordo da outra parte para que a declaração extrajudicial de resolução produza os seus efeitos).

([75]) José Carlos Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 4.ª ed., 2023, p. 375: "É certo que, num primeiro momento, opera a força extintiva do direito, para, num segundo momento, e em sede judicial, ser declarado que "o contrato afinal não se extinguiu".

([76]) Em França após a Reforma de 2016 e muito embora de acordo com o art. 1229 do Code civil a resolução opere na data em que o devedor recebe a declaração ("notification") feita pelo credor, e segundo informa Solène Rowan, *Termination for Contractual Non-performance, The Code Napoléon Rewritten, French Contract Law after the 2016 Reforms*, dir. por John Cartwright e Simon Whittaker, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Vol. 25, Bloomsbury, Hart Publishing, Oxford e Portland, Oregon, 2017, p. 317, ss., p. 323, é essa a solução: "If termination is not justified, because the breach is not sufficiently serious in the case of judicial or self-help termination, or the conditions for a contractual right to terminate are not met, the court can reject the remedy and compel performance instead. In that case the contract remains alive. The court can also grant the defaulting promisor a period of grace (*délai de grâce*) in which to perform or, where wrongful termination has caused loss, an award of compensatory damages".

declaração pode, por exemplo, ser agora ele a solicitar a resolução, invocando o incumprimento ou a recusa em cumprir por parte daquele que primeiro tentou resolver o contrato).

Parece-nos, todavia, que é necessário que o efeito extintivo da declaração de resolução não seja definitivo, podendo ser posto em causa em tribunal([77]/[78]), porquanto a proteção adequada do destinatário da resolução não se alcança apenas com o apelo à responsabilidade civil. O destinatário pode estar interessado na manutenção do contrato e o respeito pelo *pacta sunt servanda* exige que haja uma fundamentação genuína da resolução, ainda que a nossa lei não exija expressamente que a declaração de resolução extrajudicial seja motivada.

Importa, em todo o caso, reconhecer que a declaração de resolução acaba por comportar um risco para o resolvente de não conseguir o efeito pretendido. Podemos até concordar com Nuno Pinto Oliveira([79]) e Paulo Mota Pinto([80]) quando afirmam que "as dificuldades práticas de retoma" da relação contratual não são razão suficiente para afastar a conclusão de que uma declaração de resolução infundada é ineficaz, mas a verdade é que este resultado esvazia em grande medida o escopo que a declaração extrajudicial de resolução historicamente prosseguiu([81]/[82]).

([77]) Stefano Pagliantini, *La Risoluzione per Inadempimento tra Legge e Giudizio* (Studio sull'Inadempimento Definitivo), in La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 99, ss., p. 148, destaca que uma resolução extrajudicial diferentemente da resolução judicial pode converter-se em um excesso de autotutela privada. Mas para o autor a resposta é intuitiva: o controlo judicial não desaparece, mas em vez de ser um controlo *a priori* passa a ser um controlo *a posteriori.*

([78]) Contra cf. Adolfo Klitsche de la Grange, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, Rivista de Diritto Civile, ano X, 1964, Parte I, p. 28, ss., p. 31, para quem um contrato não pode ficar "suspenso" durante toda a duração do processo, por vezes muito longa (o autor fala mesmo na "disastrosa durata di un processo") à espera de saber se deverá ser cumprido ou se será resolvido.

([79]) Aut. e *ob. cit.*, p. 897.

([80]) Aut. e *ob. cit.*, p. 1675, n. 4861.

([81]) E daí que, embora não a partilhemos, consideramos inteiramente compreensível a posição de Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 935: "em nome de uma interpretação integrada do ordenamento, devemos considerar a resolução formalmente declarada como eficaz".

([82]) Matteo Ambrosoli, *La Dichiarazione Stragiudiziale di Risoluzione per Inadempimento come Forma di Ricesso*, in Consenso e dissenso nelle codificazioni europee, Scioglimento e mantenimento del vincolo contrattuale tra storia giuridica, diritto privato e comparazione, dir. por Filippo Rossi, Edizioni ETS, Pisa, 2021, p. 103, ss., p. 136: "Que a extrajudicialidade resolva o problema da discricionariedade judicial é pouco credível: o meio técnico não incide sobre os pressupostos do instituto. Se apenas um incumprimento grave justifica a resolução, a iniciativa extrajudicial não pode tornar o credor o árbitro da ocorrência de tal incumprimento; resulta daqui que mesmo neste caso a possibilidade de uma resolução extrajudicial limitar-se-á a adiar a verificação da gravidade [do incumprimento] excluindo-se a sua necessidade apenas no caso em que o devedor dê a sua aquiescência à iniciativa do

E pode questionar-se se algumas das afirmações tradicionais sobre a declaração de resolução não partiam da premissa de uma declaração eficaz, mesmo quando infundada. Assim, por exemplo, uma vez feita a declaração de resolução poderá o resolvente revogá-la (ou aos seus efeitos) e pedir, antes, o cumprimento do contrato?([83]/[84]) A posição tradicional é a de que a declaração de resolução seria irrevogável([85]), correspondendo a um negócio jurídico unilateral (embora se pudesse admitir a sua anulação por erro), devendo ter-se em conta a necessidade de proteger o devedor destinatário da declaração. Uma vez resolvido o contrato — e como este se extinguiria — não se poderia depois vir pedir o seu cumprimento([86]). Todavia, poderá questionar-se se tendo um dos contraentes emitido uma declaração de resolução do contrato e tendo-lhe o outro contraente respondido que não houve qualquer incumprimento da sua parte ou que o incumprimento é mínimo e que continua interessado na execução do contrato,

---

contraente fiel. Assim, a sorte do contrato permanecerá incerta pelo tempo e pela álea do julgamento". Para o autor só uma intervenção legislativa permitirá solucionar o paradoxo.

([83]) Para Matteo Ambrosoli, *ob. cit.*, p. 127, a declaração extrajudicial de resolução não geraria uma confiança séria no caráter definitivo da vontade resolutória (e, portanto, o credor pode ainda vir a exigir o cumprimento posteriormente). Destaque-se que este autor chega a interrogar-se sobre a qualificação do direito de resolução como direito potestativo (*ob. cit.*, pp. 123-124) "o *proprium* do direito potestativo reside na relação entre um poder e uma sujeição, de tal modo que o exercício do poder determina de forma imediata a mudança da situação jurídica da parte em sujeição [que se encontra numa situação de sujeição]; quando, ao invés, uma tal modificação não é o efeito imediato da manifestação de vontade, mas é mediato pela necessidade de uma pronúncia judicial" não se pode falar em direito potestativo". No sentido de que depois da manifestação extrajudicial da vontade de resolver o contrato, isto é, depois da declaração extrajudicial, o credor não pode mudar de ideias e exigir o cumprimento, porquanto tal prejudicaria a confiança do devedor na extinção do vínculo, pronunciou-se, por exemplo, Matteo Dellacasa, *Risoluzione per Inadempimento e Ricorso al Processo*…, *cit.*, p. 47.

([84]) Sobre o tema cf., também, Angelo Luminoso, *Della Risoluzione per Inadempimento*…, *cit.*, p. 89, que depois de se interrogar qual seria a sorte do contrato em que não ocorreu uma resolução eficaz, mas de que já não se poderia pedir a execução, afirma que provavelmente a questão do efeito preclusivo de uma declaração extrajudicial de resolução não pode ter uma solução unitária (*ob. cit.*, p. 90).

([85]) Não podendo, também, em princípio, ser sujeita a condição. Cf., contudo, o Ac. STJ de 09-05-2019, revista n.º 7361/15.5T8CBR-A.C1.S1 (Nuno Pinto Oliveira): "o condicionamento da declaração de resolução deverá admitir-se, desde que do condicionamento da declaração de resolução não decorra uma incerteza ou uma insegurança das situações jurídicas insuportável ou intolerável, ou em todo o caso inexigível ao declaratário".

([86]) Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de novembro de 1972*, RLJ ano 106.º, n.º 3511, p. 351, ss., p. 351: "Quanto à eficácia da resolução, parece derivar dos factos mencionados no acórdão que a vendedora declarou resolver o contrato antes de propor a acção, o que teria como consequência não poder pedir ela o pagamento do preço, já que resolvido o contrato, desaparece a obrigação de fazer as prestações emergentes deste. Não só o declarante da resolução fica desobrigado dessas prestações, como o fica também o outro contraente (Cód. Civil, art. 433.º)".

não poderá o primeiro optar mais tarde por exigir antes o cumprimento do contrato?([87])

A possibilidade de o resolvente reconsiderar a sua decisão de resolver o contrato e, em vez disso, optar antes por uma ação em cumprimento é muito controversa e tem recebido uma resposta diversa em diferentes ordenamentos. Em França, por exemplo, não só o credor pode pedir primeiro o cumprimento e depois resolver o contrato (pedir o cumprimento não traduz qualquer renúncia a exercer a faculdade de resolver o contrato), como, de acordo com a jurisprudência francesa tradicional, pode primeiro tentar resolver o contrato e depois exigir o cumprimento (assim já em 1932 a Cour de cassation, segundo informa Desgorges)([88]). Em Itália o Codice civile contém uma norma, o art. 1453, 3, que proíbe que depois do pedido de resolução judicial se peça o cumprimento do contrato, limitando o que a doutrina italiana apelida de *ius variandi* do credor. Sublinhe-se, em todo o caso, que a norma não parece impedir, não só que tendo sido indeferido o pedido de resolução o autor possa, depois, vir em nova ação pedir o cumprimento do contrato, como, inclusive, que o pedido de resolução seja acompanhado de um pedido subsidiário de cumprimento do contrato para a hipótese de indeferimento do primeiro. Em todo o caso, a teleologia da norma é discutida: para alguns, mais do que uma incompatibilidade lógica entre os pedidos de resolução e de cumprimento do contrato([89]), o que está fundamentalmente em jogo é a proteção do devedor, o qual não tem que manter-se indefinidamente "pronto" para cumprir e pode, inclusive, estar interessado agora em dar outro destino à prestação que não realizou (ou

---

([87]) Sobre a resolução por declaração extrajudicial cf. Stefano Pagliantini, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutori, Persona e Mercato*, revista periódica on-line (<www.personaemercato.it>) 2015, n.º 3, p. 86, ss., pp. 94-95.

([88]) Richard Desgorges, *La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur*, in Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, p. 243, ss., p. 247 (como se constata o autor escreveu antes da reforma).

([89]) Para Antonino Smiroldo, *Profili della Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 302, "o pedido de resolução não é logicamente incompatível com a sucessiva proposição da ação de condenação (…) não se pode considerar implícita na proposição do pedido de resolução a renúncia à ação de condenação, sendo que tal iniciativa apenas significa que num determinado momento a cessação da relação contratual era a solução que melhor correspondia aos interesses do autor". Do que se trata, na proibição legal do art. 1453, 3, seria antes impedir a parte que não está em incumprimento de especular sobre modificações contingentes após a propositura da ação. Deste modo, a rigorosa disciplina do *ius variandi* prevista no art. 1453 do C.C. "não é um momento isolado", mas "é expressão da harmónica evolução histórica do instituto da resolução" tendente, por um lado, à erosão da intervenção judicial com a ampliação das hipóteses de dissolução da relação com base na simples iniciativa pela parte interessada e, por outro lado, a dar na resolução judicial a máxima relevância ao momento da demanda e, portanto, ao ato de exercício do direito.

que espera recuperar)([90]/[91]). Alguma jurisprudência italiana tem admitido que o contraente que tenha resolvido o contrato por incumprimento, quer se trate de resolução extrajudicial ou judicial, pode renunciar, expressa ou tacitamente, através de comportamentos concludentes, aos efeitos resolutórios, fazer reviver a relação contratual e pretender o cumprimento da contraparte. Isto com base em dois argumentos: a resolução serve o interesse da parte que não está em incumprimento pelo que esta não só poderia exercer ou não a faculdade de resolver o contrato, como poderia resolvê-lo, mas renunciar *a posteriori* aos efeitos da resolução. Diz-se, ainda, que a renúncia aos efeitos da resolução seria uma típica manifestação da autonomia privada. Esta renúncia aos efeitos resolutivos não teria apenas o resultado de repristinar os efeitos da relação contratual que se tinha extinguido([92]), mas produziria um outro resultado relevante: privaria o contraente em incumprimento do direito já consolidado no seu património de reaver a sua prestação já executada. Tal como Ugo Carnevali pensamos que esta linha jurisprudencial italiana não tem na devida conta a necessidade de tutelar o devedor, ainda que em incumprimento, perante mudanças unilaterais do credor([93]/[94]). A proteção do devedor vai, no nosso ordenamento ao ponto de, "[n]ão havendo prazo convencionado para a resolução do contrato, pode a outra parte fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade" (n.º 2 do

---

([90]) Como destaca, Ugo Carnevali, *Risoluzione del contratto per inadempimento e rinuncia agli effetti risolutori*, I Contratti 2012, n.º 12, p. 1044, ss., p. 1046, o prejuízo para o contraente que não cumpriu e que confiou na cessação do contrato não consiste apenas em ter de manter-se em condições de cumprir; pode ter confiado na restituição do que já prestou parcialmente e já se ter obrigado perante um terceiro.

([91]) Veja-se, no entanto, o que a este propósito escreveu Ennio Cicconi, *Risoluzione del contrato, poteri del creditore, poteri del giudice*, Contratto e impresa 2018, n.º 2, p. 766, ss., p. 801, para quem a confiança do devedor não pode ser sempre esgrimida para limitar a atuação do credor, havendo que atentar à estratégia defensiva do próprio devedor. Pense-se, por hipótese, na eventualidade de o devedor numa ação de resolução pedir em reconvenção que o autor/credor seja condenado a cumprir, manifestando, assim, o seu interesse na conservação do contrato (hipótese em que o próprio devedor deve estar em condições de cumprir a sua prestação se a sua reconvenção tiver sucesso).

([92]) Admitindo que a resolução seja uma causa de extinção do contrato, o que, como vimos, é controverso.

([93]) É claro que, como destaca Carnevali, o contrato pode renascer por acordo das partes, expresso ou tácito. Assim, por exemplo, nada impede que já depois de resolvido o contrato o devedor realize a sua prestação e o credor a aceite (*ob. cit.*, p. 1050).

([94]) Gianlucca Sicchiero, *Indisponibilità dell'effetto resolutivo stragiudiziale del contratto* (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.), Giurisprudenza Italiana 2009, p. 1119, ss., p. 1121: Não se deve admitir uma renúncia unilateral que produza efeitos jurídicos desfavoráveis na esfera jurídica da contraparte. Se a renúncia operar uma modificação jurídica na esfera patrimonial do destinatário a mesma deve ser objeto de uma aceitação.

art. 436.º do Código Civil) para evitar que se prolongue uma situação de incerteza quanto aos efeitos possíveis do incumprimento e quanto ao exercício da opção pela resolução do contrato. Não se nos afigura coerente com esta proteção do devedor, mesmo em incumprimento, que o resolvente pudesse unilateralmente "reconsiderar" a resolução e renunciar aos seus efeitos.

Também na Alemanha, a doutrina dominante tem entendido que o credor fica vinculado à resolução e não pode unilateralmente "recuar" e restabelecer os deveres primários de prestação([95]).

7. Efeitos da resolução. O efeito liberatório

O primeiro e, em certo sentido, o principal efeito da resolução é a liberação das partes relativamente às prestações a que se obrigaram pelo contrato([96]/[97]). É pacifico que esse efeito se produz quer em relação aos

---

([95]) Beate Gsell, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz*, Juristenzeitung 2004, p. 643, ss., p. 646. Como a autora observa, o facto de que a lei alemã já não considera contraditório resolver o contrato e pedir uma indemnização pelo interesse positivo não significa que o titular do direito à resolução, depois de o exercer, possa contraditoriamente pretender afastar a referida resolução. O *ius variandi* termina quando há uma confiança do devedor digna de tutela na escolha do credor. Note-se, todavia, que há vozes não inteiramente coincidentes: ver Johannes Wertenbruch, *Die eingeschränkte Bindung des Käufers an Rücktritt und Minderung*, Juristenzeitung 2002, p. 862, ss. Para este autor embora em princípio a declaração de resolução seja irrevogável, há situações em que não existe qualquer confiança digna de tutela do destinatário. O autor dá o exemplo de uma compra e venda que seja resolvida pelo comprador e em que o vendedor se recusa a proceder à restituição do preço e defende que em situações similares o comprador poderia optar posteriormente à resolução por um outro remédio, por exemplo, a redução do preço (*ob. cit.*, p. 865).

([96]) Luigi Mosco, *ob. cit.*, p. 265: "[A] lei concede ao credor fiel [adempiente] o poder de pedir a resolução para uma melhor e mais imediata tutela do seu direito que não seria suficientemente protegido mediante a ação para execução coativa ou pelo ressarcimento dos danos. Deste fundamento da resolução decorre o primeiro e mais notável dos seus efeitos que consiste em que o credor é liberado das obrigações que nascem do contrato".

([97]) Como refere Hans G. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, p. 87, a liberação dos deveres assumidos por força do contrato era, como a evolução histórica demonstra, a função primária da resolução. No entanto, para o autor, a nova compreensão da resolução como não extinguindo o contrato, e dando lugar a uma relação de liquidação fundada ela própria ainda no contrato implica alguma restrição do efeito liberatório, o qual não abrange todo o contrato, mas apenas os deveres ainda não cumpridos. "O efeito liberatório, ainda que continue a ser caraterístico da resolução, está inserido no desenvolvimento do contrato, pelo que perde, de modo não despiciendo, autonomia e especificidade" (*ob. cit.*, p. 172). O autor considera, igualmente, que a nova compreensão da resolução, que considera superada a visão da destruição total do contrato, aponta para uma eficácia apenas *ex nunc* do

deveres de prestação do resolvente, quer relativamente aos deveres de prestação da contraparte. O efeito liberatório entre nós não se produz apenas para o futuro. As prestações ainda por realizar, mesmo que já devidas, deixam de o ser por força da resolução — tal solução resulta, desde logo, da retroatividade da resolução consagrada, como regra, no art. 434.º n.º 1 do Código Civil([98]) — e as prestações já realizadas deverão, nos termos que referiremos infra, ser em princípio restituídas. O nosso sistema é, pois, diverso do que impera na *common law* em que a *termination* do contrato só opera para o futuro([99]).

Por outro lado, só se extinguem os deveres primários de prestação, mantendo-se, mesmo após a resolução, deveres acessórios (de informação, esclarecimento, sigilo) e de proteção([100]).

Sublinhe-se que para alguma doutrina alemã, este efeito liberatório não é um efeito da conversão do contrato em uma relação de liquidação, mas um efeito direto da resolução([101]). Aliás, se não tiver ainda sido realizada qualquer prestação quando ocorre a resolução não é necessária qualquer relação de liquidação.

E em tal hipótese de não ter sido ainda efetuada qualquer prestação em execução do contrato — o resolvente, por exemplo, ainda não tinha executado a sua prestação e resolveu o contrato face à declaração antecipada do outro de que não iria cumprir — este efeito liberatório será mesmo o único efeito da resolução do contrato [a qual poderá, contudo, concorrer([102]) com um outro remédio, a reparação do dano].

---

efeito liberatório da resolução. Não se trata, em rigor de repor a situação como se o contrato nunca tivesse existido, já que não se pode negar que o mesmo existiu e a resolução não o extinguiu. Os deveres não cumpridos extinguem-se apenas para o futuro.

([98]) Em rigor, tal retroatividade resultaria já como destaca Rodrigues Bastos (*Notas ao Código Civil*, Vol. II, Lisboa, 1988, p. 222) da remissão operada pelo art. 433.º para o art. 289.º sendo que o que o art. 434.º "contém de novo são as limitações àquele princípio".

([99]) Também os PECL (Comissão Ole Lando) se inspiram num modelo que recusa efeito retroativo ao facto dissolutivo (cf. arts. 9.305, ss.). A resolução só tem efeito liberatório para as prestações ainda por executar.

([100]) Mas para Leser, *ob. cit.*, p. 173, a resolução abrange os deveres primários ainda não cumpridos, mas abrange também pretensões secundárias como os juros de mora.

([101]) Yves Döll, *ob. cit.*, p. 60 ("Die Befreiungswirkung ist daher keine Folge der Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis, sondern eine eigenständige Rechtsfolge des Rücktritts").

([102]) Trata-se de um concurso meramente eventual já que a reparação do dano tem os seus próprios pressupostos — em regra, a culpa do agente e, sempre, a existência de um dano. Pode, assim, ocorrer uma resolução do contrato desacompanhada da reparação de qualquer dano (porque este não existe, por exemplo) e pode haver lugar à reparação do dano mesmo sem fundamento para uma resolução (porque o incumprimento não é suficientemente grave para a justificar).

8. O efeito restitutório

Frequentemente, todavia, terão sido já executadas prestações em cumprimento do contrato, quando se dá a resolução do mesmo. Ocorre aqui o efeito restitutório da resolução, o qual suscita numerosas dificuldades.

8.1. O que significa "restituição"?

Uma primeira dificuldade reside, desde logo, na dificuldade em definir o que seja "restituição". Discute-se, com efeito, se existe um conceito unitário de restituição([103]) e como é que esta se distingue da reparação do dano. Ao contrário de alguma doutrina francesa que sustenta que os dois conceitos são, na realidade, impossíveis de distinguir([104]), afigura-se-nos que a restituição não visa a reparação de um dano, ainda que, como veremos, acabe por ter incidência sobre a grandeza do eventual dano a reparar([105]), caso a resolução do contrato concorra com a reparação do dano. A doutrina que sustenta a autonomia e, inclusive, a unidade do conceito de restituição invoca a imagem do fluxo e refluxo([106]) e sustenta que neste domínio da resolução do contrato se trata de ir a montante no contrato. Pessoalmente achamos particularmente sugestiva a imagem utilizada pelas

---

([103]) Para Marie Malaurie, *Les Restitutions en Droit Civil*, Éditions Cujas, Paris, 1991, p. 37, não há uma teoria da restituição, mas uma multidão de restituições. A restituição é uma técnica ao serviço de outras instituições: reflete o espírito destas. Assim se a restituição se insere na garantia edilícia ou na venda de coisa alheia o seu regime será mais favorável ao credor da restituição. De realçar que, para a autora," as obrigações de restituir um bem, de reparar um dano ou de eliminar um enriquecimento injustificado têm todas por escopo restabelecer um equilíbrio que se rompeu [justiça comutativa]. Pertencem, por assim dizer, à mesma família, mas é necessário distingui-las" (*ob. cit.*, p. 41).

([104]) Frédéric Rouvière, *La distinction entre restitution et indemnisation*, Recueil Dalloz 2015, n.º 11, p. 657, ss., p. 660: "A distinção entre restituição e indemnização é concetualmente frágil. Com efeito a indemnização repara o dano emergente e o lucro cessante. Em que medida é que a restituição também não compensa uma tal perda? (…) A distinção entre restituir e indemnizar é inadaptada à realidade prática".

([105]) Catherine Guelfucci-Thibierge, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, embora distinga restituição e reparação do dano e afirme que "uma distinção teórica entre restituições e responsabilidade permite suprimir as manifestações de confusão e repartir claramente as soluções de cada uma delas" (*ob. cit.*, p. 439), reconhece que a restituição tem indiretamente um efeito reparador: "Ao compensar a perda da coisa, a sua degradação ou a impossibilidade de uma restituição *in natura*, a restituição em valor "seca a fonte" ["tarit la source"] de um eventual dano". Trata-se de um efeito indireto, mas certo, da restauração do estado patrimonial que resulta da restituição integral da prestação efetuada.

([106]) Patrick Bouathong, *Les aspects réels de la notion de restitution*, Revue trimestrielle de droit civil 2025, p. 801, ss., p. 804.

Ordenações Filipinas a propósito da cláusula resolutiva: trata-se de "desfazer" o contrato. O objeto da restituição afere-se pelo conteúdo das prestações([107]) — o qual, como alguns autores assinalam, acaba por variar consoante o tipo contratual.

Dito isto, importa reconhecer que a restituição suscita numerosas questões que têm recebido respostas muito díspares no direito comparado. Assim, deve a restituição ser objetiva isto é ser independente na sua implementação da boa ou da má-fé do obrigado a restituir? Devem as mesmas regras aplicar-se ao contraente fiel titular do direito à restituição e ao contraente incumpridor? Como veremos, o nosso Código Civil distingue claramente, para efeitos de frutos (e, na nossa opinião, a mesma regra deverá aplicar-se ao valor de uso)([108]/[109]) e benfeitorias, consoante o obrigado a restituir esteja de boa ou de má fé.

Em todo o caso, o facto de que a restituição na sequência da resolução do contrato se centra no conteúdo das prestações (e não tanto nas consequências da prestação no património do *accipiens*) tem sido uma das razões pelas quais se tende a autonomizar este regime do regime do enriquecimento sem causa — ainda que a distinção seja mais nítida no que sucede relativamente á repetição do indevido — ao que acresce que o enriquecimento sem causa (ou, melhor, a repetição do indevido) não foram concebidos em princípio para uma restituição "cruzada" ou "recíproca" de prestações.

([107]) Thomas Genicon, *ob. cit.*, p. 672: "Cada parte deve restituir a exata prestação contratual que recebeu. Tal permite circunscrever a extensão do objeto da obrigação de restituição a cargo de cada um dos contraentes: o credor da obrigação de restituir não deve receber nem mais nem menos do que aquilo que prestou".

([108]) O art. 1704 do Code Civil do Québec prevê, em princípio, idêntico tratamento para os frutos, as despesas ou encargos necessários para os mesmos e o uso da coisa, e estebelece que se o obrigado à restituição está de boa fé pode fazer seus os frutos e rendimentos da coisa e nada deve pelo seu uso, embora com a ressalva das situações em que a coisa é suscetível de se deteriorar rapidamente ou em que o uso foi o objeto principal da prestação; ao invés, se estiver de má fé ou se tiver culpa na causa da restituição, terá que restituir os frutos e rendimentos da coisa e indemnizar a outra parte pelo uso que fez da coisa ("Celui qui a l'obligation de restituer fait siens les fruits et revenus produits par le bien qu'il rend et il supporte les frais qu'il a engagés pour les produire. Il ne doit aucune indemnité pour la jouissance du bien, à moins que cette jouissance n'ait été l'object principal de la prestation ou que le bien était susceptible de se déprécier rapidement. Cependant, s'il est de mauvaise foi, ou si la cause de restitution est due à sa faute, il est tenu, après avoir compensés les frais, de rendre ces fruits et revenus et d'indemniser le créancier pour la jouissance qu'a pu lui procurer ce bien").

([109]) Frédéric Rouvière, *L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente*, Revue trimestrielle de droit civil, 2009, n.º 4, p. 617, ss., p. 622, afirma, na esteira de Wintgen, que "de um ponto de vista económico os frutos e o gozo pessoal [o uso] representam o mesmo valor" e pergunta que diferença há, para efeitos de restituição, entre arrendar um prédio e receber as rendas ou habitar nele de modo a poupar ter que pagar renda?

O jogo das restituições só na aparência é simples. Uma questão delicada é, por exemplo, a de saber se por efeito da resolução do contrato e das restituições que dela podem resultar, o resolvente não poderá, no fim de contas, ficar em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido corretamente executado (recordamos, mais uma vez, que a restituição não tem como escopo propriamente a reparação de um dano).

A opinião largamente dominante é a de que "[a] resolução, enquanto remédio sinalagmático, não deve pôr em causa as consequências do não cumprimento por si não consumidas, nem tão-pouco atribuir ao resolvente uma posição melhor do que aquela que para ele resultaria do cumprimento"([110]).

Mas veja-se o seguinte exemplo, proposto por Matteo Dellacasa, retirado, aliás, da jurisprudência norte-americana: A vende a B uma certa quantidade de farinha por 14.000. B faz um adiantamento sobre o preço de 5000. A farinha, entretanto, perde valor no mercado pelo que acaba por só valer 11.000. Apesar de ter feito um "bom negócio" A não consegue entregar a farinha. B pede a restituição do adiantamento. A objeta que só teria de restituir 2000 porque do negócio resultaria para B um prejuízo de 3000. No caso o tribunal não atendeu ao argumento e condenou A a restituir 5000. O comprador acaba, assim, por encontrar-se em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido executado([111]). Mas talvez o melhor exemplo, seja o referido no PECL 9.308: A vende a B um Renoir por 200.000. Como B não paga o preço, A resolve o contrato. Entretanto o Renoir valorizou-se e vale agora mais de 250.000. Nem por isso B pode recusar-se a restituir a pintura e pretender entregar apenas 200.000([112]). A restituição do quadro colocará B em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido executado e tivesse recebido o preço acordado([113]).

([110]) Diogo Costa Gonçalves/Rui Soares Pereira, *Retroatividade, Resolução e Sinalagma na Restituição*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro, BFDUC, *Stvdia Ivridica ad Honorem*, 9, organizado por Filipe Cassiano dos Santos, Paulo Mota Pinto, Mafalda Miranda Barbosa, Alexandre Libório Dias Pereira, Francisco M. Brito Pereira Coelho, Pedro Maia, Vol. I (Direito Civil), Coimbra, 2023, p. 453, ss., p. 471. Cf., também, p. 469.

([111]) Matteo Dellacasa, *Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione*, Rivista di Diritto Civile 2022, n.º 1, p. 15, ss., p. 21. Para o autor, "o interesse positivo, isto é, a situação que resultaria da atuação do intercâmbio, pode ser invocado pela parte fiel ao contrato, mas não por aquela cujo incumprimento determinou a resolução".

([112]) "A has sold a Renoir painting to B for US $ 200.000; the true value of the painting is over US $ 250.000. When the picture is delivered to B, he does not pay for it. A is entitled to claim back the painting".

([113]) Como Matteo Dellacasa, *Risoluzione dei contratti svantaggiosi e restituzioni: un itinerario dentro, e fuori, i confini dell'interesse positivo*, Europa e diritto privato 2023, n.º 2, p. 351, ss., p. 354, destaca, a reparação do dano e a restituição das prestações têm lógicas distintas: O ressarci-

8.2. A prioridade da restituição *in natura*

A nossa lei parece atribuir prioridade à restituição *in natura*. Afigura-se que, ao contrário do que sucede, por exemplo, no direito israelita, o credor da restituição não poderá optar pela restituição do valor se e enquanto a restituição in natura for possível (não sendo de excluir que a restituição in natura possa ser acompanhada de uma restituição parcial em valor como sucederá se a coisa a restituir se tiver deteriorado ou tiver sido destruída parcialmente)([114]).

Admitimos, todavia, que excecionalmente no caso concreto a exigência de restituição *in natura* possa ser abusiva. Pelo menos num caso concreto a jurisprudência francesa entendeu que era efetivamente abusiva a exigência de restituição em espécie. Trata-se da decisão do Tribunal de Paris de 28 de fevereiro de 1985 a propósito da exigência de restituição de cuvas, depósitos subterrâneos de combustível, por uma empresa petrolífera, na sequência da resolução de um contrato de distribuição, sendo que a contraparte propunha a entrega de cuvas novas idênticas ou do seu valor. O pedido de restituição *in natura* com tubagens e canalizações subterrâneas envolveria danos significativos, sem qualquer vantagem para o credor([115/116]).

---

mento do dano, quantificado na medida do interesse positivo, procura colocar a parte que sofre o incumprimento na situação em que se teria encontrado se o contrato tivesse sido cumprido e "reproduz em termos pecuniários a fisionomia do sinalagma": a dimensão da indemnização é modelada atendendo ao valor da prestação, descontados os custos poupados pela não execução do contrato. As restituições, ao invés, são "orientadas por uma ótica retrospetiva, tendendo a colocar as partes na situação em que se encontravam antes da execução do contrato". O autor acrescenta, *ob. cit.*, p. 364, n. 18, que também a doutrina francesa admite que a restituição das prestações pode colocar o contraente que resolve o contrato em melhor posição do que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

([114]) Assim também Catherine Guelfucci-Thibierge, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 492. A restituição *in natura* é a regra e a restituição em valor a exceção. Para a autora, a restituição em valor não deve poder ser imposta pelo juiz ou por uma das partes quando a restituição *in natura* for possível. Se o contrato de venda é resolvido, o comprador deve restituir a coisa que esteja ainda no seu património e não pode o vendedor exigir em vez da coisa o valor desta. Mesmo que a coisa se tenha deteriorado e o comprador seja responsável pela menos valia a coisa deve ser restituída e o comprador compensar a menos valia (para a autora há aqui uma combinação de uma restituição *in natura* parcial e de restituição em valor).

([115]) O caso é citado por Catherine Guelfucci-Thibierge, *ob. cit.*, p. 494. A autora, *ob. cit.*, p. 493, defende que há dois casos em que a restituição por equivalente deve ser admitida: quando a restituição *in natura* é impossível; e quando a mesma é inútil, quer dizer sem qualquer interesse para o credor que a solicita.

([116]) Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 125, embora reconheça expressamente que o escopo da restituição não é a reparação de um dano, afirma que "ainda que a resolução não se integre no instituto da responsabilidade civil (…) tendo em conta a existência de pressupostos comuns, para determinar alguns aspectos de regime, pode recorrer-

8.3. O art. 432.º, n.º 2 do Código Civil.

Deverá recorrer-se à restituição em valor quando a restituição in natura não for possível ou logo à partida (o que sucederá em muitos contratos de prestação de serviços) ou quando se tornar impossível (a coisa objeto da prestação de dar foi destruída/consumida, alienada, objeto de acessão ou especificação). No caso de destruição ou deterioração parcial a restituição in natura pode combinar-se, segundo cremos, com a restituição em valor.

Mas antes de entrar em detalhe sobre os delicados problemas suscitados pela restituição em valor convirá aludir a um importante preceito da lei portuguesa — referimo-nos ao n.º 2 do art. 432.º do Código Civil: "A parte, porém, 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".

Afigura-se-nos que o preceito trata, em rigor, de duas questões: em primeiro lugar converte em certas hipóteses a possibilidade de restituição *in natura* em um pressuposto, uma condição necessária, para o exercício do direito de resolução. Mas, em segundo lugar, a norma resolve também a questão da distribuição do risco de perecimento ou deterioração casual da coisa. Deve o risco correr por conta do *solvens* ou do *accipiens*? Trata-se, como veremos, de um problema espinhoso e um dos mais controvertidos([117]).

Começando pela primeira questão, importa sublinhar que o Projeto Vaz Serra previa já na resolução legal a exclusão do direito de resolução quando a coisa tivesse perecido por ato culposo do *accipiens* ou mesmo por ato não culposo deste, embora salvaguardasse o direito de resolução no caso de a coisa perecer por caso fortuito([118]). No entanto e no segmento que agora nos interessa, a possibilidade de restituir a coisa *in natura* já era concebida como um pressuposto do direito de resolução pelo menos em certas hipóteses.

-se, por analogia, às regras da responsabilidade civil", o que permitiria invocar o art. 566.º n.º 1. Como temos sérias dúvidas quanto à aplicação à restituição de regras respeitantes à reparação de um dano, preferimos a invocação do abuso de direito.

([117]) E a controvérsia perdura há séculos, o que leva Gerhard Wagner, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, p. 591, ss., p. 608, a afirmar que nunca haverá um consenso nesta matéria.

([118]) Adriano Vaz Serra, *Resolução do Contrato*, Boletim do Ministério da Justiça 1957, n.º 68, p. 153, ss. Ver o art. 5.º, n.º 5 do articulado proposto por Vaz Serra, a que nos referiremos adiante.

Sublinhe-se que tal solução era à época defendida pela doutrina italiana mais influente em matéria de resolução, designadamente Luigi Mosco([119]). Com efeito, embora em matéria de resolução o Código Civil italiano não previsse (como não prevê) solução similar, a mesma constava de um preceito sobre a venda de coisa defeituosa (art. 1492, parágrafo 3.º)([120]) que uma parte da doutrina italiana considerava ser um princípio geral aplicável também à resolução. E ainda que a solução consagrada no nosso Código Civil — a de transformar em certos casos a possibilidade de restituição *in natura* em pressuposto do direito de resolver o contrato — não corresponda à solução adotada nas legislações mais modernas, em que a impossibilidade de restituição em espécie dá lugar à restituição em valor e não afasta a possibilidade de resolução do contrato, não é de modo algum única.

A Convenção de Viena sobre compra e venda de coisas móveis, por exemplo, prevê no seu art. 82 que o comprador perde o direito de resolver o contrato se lhe for impossível restituir os bens em estado substancialmente idêntico àquele em que os recebeu, mas tem uma série de exceções, designadamente quando a impossibilidade de restituir os bens não resulta de facto (ato ou omissão) do comprador, bem como o caso em que os bens tenham sido vendidos no normal desenvolvimento da atividade comercial ou transformados ou consumidos segundo o uso normal antes da descoberta da falta de conformidade que legitima a resolução. Na verdade, importa reconhecer que estas três exceções são tão importantes que já se afirmou que não são genuínas exceções, mas antes a regra([121]). Em todo o caso, na hipótese de destruição da coisa por caso fortuito ou ato de terceiro o comprador que não a pode restituir está efetivamente impedido de resolver o contrato([122]).

Mesmo que esta solução tenha caído em "desgraça" na doutrina e legislações mais modernas, não falta quem, sem deixar de a condenar,

---

([119]) Luigi Mosco, *ob. cit.*, p. 267: A ação de resolução não pode ser admitida se o autor não está em condições de restituir a coisa recebida, porque a transformou, consumiu ou alienou.

([120]) Sobre o tema cf. Riccardo Omodei-Salé, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata, Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, Cedam, Padova, 2004, autor que, aliás, critica a solução de considerar que "a impossibilidade prática de aturar um efeito apenas reflexo da pronúncia de resolução que é a reposição do *status quo ante* possa incidir negativamente sobre o exercício do poder (primário) de pedir a resolução do contrato" (*ob. cit.*, p. 13).

([121]) Assim, Ana Soler Presas, *La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXXI, 2018, Fascículo IV, p. 1227, ss., p. 1237.

([122]) A interpretação da norma é delicada. Cf., por exemplo, Hans G. Leser e Rainer Hornung, anotação ao art. 82, in Peter Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3.ª ed., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, p. 810, que sustentam que o caso fortuito corre por conta do vendedor.

afirme que a mesma tem, ao menos, uma vantagem em termos de simplicidade([123]/[124]).

Todavia, importa reconhecer que, ainda que restituição "em valor" suscite questões muito delicadas, como sejam a identificação dos critérios a utilizar para aferir do valor e o momento a ter em conta, a verdade é que o art. 432.º n.º 2 acaba por nem sequer dispensar sempre a resposta a tais questões: basta que a impossibilidade de restituir em espécie exista não da banda do titular do direito de resolução, mas da sua contraparte([125]). Assim, se na compra e venda o vendedor pode sempre restituir o preço pelo que a impossibilidade de restituir a prestação recebida só se colocará do lado do comprador, o mesmo já não ocorrerá por exemplo num contrato de permuta.

([123]) Elena Bargelli, *Il Sinalagma Rovesciato*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 384-385: poder-se-ia defender que a solução de excluir a resolução quando não é possível restituir o que se recebeu seria mais simples e aceitável num sistema que permitisse em termos gerais a redução do preço (correspetivo) pago. A Autora acaba, no entanto, *ob. cit.*, p. 385, por reconhecer que "a vantagem da maior simplicidade da solução é contrabalançada pela dificuldade em traçar a difícil linha de fronteira entre o perecimento verdadeiro e próprio e a deterioração grave".

([124]) Por vezes a solução é defendida invocando-se a necessidade de impedir o enriquecimento de quem seria o titular do direito de resolução. Assim, para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III (Transmissão e extinção das Obrigações, não cumprimento e garantias do crédito), 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 101, "[a] lei (…) exclui o direito de resolução nos casos em que não haja possibilidade de restituir o que se houver recebido (art. 432.º, n.º 2) uma vez que se assim não fosse, ocorreria um enriquecimento da parte que exerce a resolução. Efectivamente, dado que a impossibilidade extingue a sua obrigação de restituir, a parte que exercesse a resolução obteria a restituição da prestação realizada à outra parte sem ser onerada com qualquer contrapartida". Mas se o escopo da lei é o de impedir tal enriquecimento a solução legal afigura-se algo drástica, já que se poderia impor a restituição por equivalente a qual, em princípio — pese embora as dificuldades no cálculo do valor a restituir — impediria um tal enriquecimento injustificado.

([125]) Adriano Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de novembro de 1972*, RLJ ano 106.º, n.º 3511, p. 351, ss., comenta um Acórdão que decidiu que "[t]em de se entender, com base no princípio que informa o n.º 2 do art. 432.ºdo Código Civil, que não pode aproveitar-se da eficácia da declaração de resolução de um contrato o declaratário que, por facto não imputável ao declarante, não estiver em condições de restituir o que recebeu". Mas como refere Vaz Serra (*ob. cit.*, p. 352), não é esse o sentido do art. 432.º n.º 2: "Quem não está em condições de restituir o que recebeu é a outra parte, que, por a viatura e o atrelado terem sido vendidos forçadamente a terceiro, não está em condições de os restituir. Este facto não obsta a que a resolução tenha sido declarada pela vendedora e que esta tivesse feito uma eficaz declaração de resolução, que o art. 432.º, n.º 2 não lhe proibia. Feita essa declaração, ficou desobrigada de cumprir o contrato e com direito à restituição dos objectos vendidos, e ficou a compradora desobrigada de pagar o preço e obrigada a restituir os objectos comprados (art. 433.º). Não podendo a compradora restituí-los, por haverem sido vendidos forçadamente a terceiros por dívidas da compradora, é esta obrigada a prestar o equivalente (arts. 433.º e 289.º, n.º 1). Donde resulta que a impossibilidade de restituição por parte da compradora não tem a consequência de não poder esta aproveitar-se da eficácia da resolução: a resolução, declarada pela vendedora, produz os seus efeitos e, entre eles, o de, se não puder a compradora fazer a restituição em espécie dos objetos comprados, ter de prestar o seu valor correspondente".

Acresce que se o interpretarmos literalmente o art. 432.º n.º 2 acaba por afastar a possibilidade de resolução por incumprimento em muitos contratos de prestação de serviços.

Neste sentido pronunciou-se em Itália uma sentença do Tribunal de Roma de 1 de julho de 2004 que decidiu que "na resolução de um contrato com prestações correspetivas, quando a prestação de um profissional não pode ser objeto de restituição, o outro contraente não pode exigir a restituição do que pagou"([126]). Tratou-se de um contrato de prestação de serviços dentários em que o cliente pagou à cabeça por uma prótese dentária (cerca de 20.000 euros), que deveria ser instalada ao longo de alguns anos. O tratamento revelou-se gravemente defeituoso, comprometendo a parte óssea da gengiva e inviabilizando mesmo a instalação de qualquer prótese no maxilar superior. O cliente resolveu o contrato. O tribunal reconheceu o direito a uma indemnização quer pelo dano biológico, quer pelas despesas sustentadas com um tratamento alternativo para atenuar as consequências danosas do tratamento defeituoso, tendo condenado médico que tinha efetuado a prestação defeituosa a pagar uma indemnização de 12532,00 euros, mas rejeitou que o resolvente tivesse direito a reaver o que pagara (20000,00 euros) fosse como restituição, fosse como ressarcimento de dano([127]).

Ainda que muitos contratos de prestação de serviços sejam contratos de execução continuada em que a retroatividade em regra associada à resolução se coloca, como veremos, em termos diferentes, e haja frequentemente remédios alternativos à resolução (por exemplo, a revogação do mandato)([128]) afigura-se que quem recebe um serviço realizado em condições "defeituosas", sem observâncias da diligência devida, deve poder resolver o contrato.

Mas como já atrás dissemos uma outra questão a que o art. 432.º n.º 2 acaba por dar uma resposta é a da distribuição do risco de perecimento da

---

([126]) Sobre esta decisão cf. Alberto M. Benedetti, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, Danno e Responsabilità 2005, n.º 5, p. 517, ss., que, aliás, a critica incisivamente.

([127]) Compare-se esta decisão com a sentença do Tribunal de Chiavari de 18 de março de 2008 (Danno e responsabilità 2009, 195, com anotação de Guerrini) em que declarada a resolução de um contrato por incumprimento do artista (que encurtou significativamente a duração da sua atuação no espetáculo) este foi condenado a restituir metade do pagamento que tinha recebido.

([128]) Dagmar Kaiser, *Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform*, Juristenzeitung 2001, n.º 21, p. 1057, ss., p. 1058, destaca que o domínio de atuação da resolução nos contratos de prestação de serviços é muito reduzido até porque se trata frequentemente de contratos duradouros (Gebrauchsüberlassungs- und Dienstverträge sind in der Regel Dauerschuldverhältnisse") e em que é muito mais frequente recorrer-se à denúncia.

coisa transmitida, mormente quanto se discute da possibilidade de resolução de um contrato com eficácia real([129]).

É fácil de explicar que por exemplo a destruição da coisa vendida que ainda seja imputável ao vendedor — por exemplo, pelo defeito que a coisa apresentava ou por falta da informação necessária para a sua correta utilização — não deva prejudicar o direito de resolução do comprador que terá direito à restituição do preço que pagou, mesmo sem poder restituir a coisa e sem ter que restituir o valor desta. Mas o que deverá suceder se a coisa tiver perecido por caso fortuito? E se a coisa tiver perecido porque o comprador a consumiu, utilizou como matéria-prima na produção ou especificação ou acessão de outra?

Para Bargelli([130]) a distribuição das perdas derivadas da deterioração ou destruição do bem, sucessivamente à entrega e antes do pedido de resolução é "uma das questões mais complicadas de toda a matéria das restituições subsequentes à resolução (…) sobretudo para os acontecimentos que não são imputáveis a qualquer uma das partes; é particularmente difícil encontrar uma solução adequada sob todos os aspetos, visto a necessidade de fazer pesar a perda sobre um dos dois contraentes, igualmente sem culpa relativamente ao específico evento destrutivo". Na verdade, boa parte da doutrina sublinha tratar-se de uma questão melindrosa([131]/[132]).

([129]) Como destaca Elena Bargelli, *ob. cit.*, p. 366, o problema da distribuição do risco coloca-se sobretudo nos contratos que têm por efeito a aquisição da propriedade bem pelo *accipiens*. Nos contratos com prestações correspetivas em que a entrega do bem gera uma mera detenção, o perecimento da coisa causa uma impossibilidade superveniente (da obrigação de permitir o gozo, da obrigação de custódia e sempre da obrigação de restituição), mas o problema da distribuição do risco é resolvido pela aplicação das regras daquele tipo contratual e carece de autonomia na fase da restituição. Nos contratos com eficácia real que têm por objeto coisa certa e determinada a superveniente destruição do bem não extingue a relação contratual, mesmo quando tal destruição precede o momento da entrega da coisa ao adquirente que continua obrigado a pagar o respetivo preço.

([130]) Bargelli, *ob. cit.*, p. 365. Já Eberhard Glaβ, *Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1959, p. 28, observava: Uma coisa é certa: a coisa perdeu-se e uma das partes deve suportar a perda sem que tenha agido culposamente. Para quem quer que seja será sempre "injusto": seja o comprador, seja o vendedor. As regras sobre a distribuição do risco não podem ser justas, tendo a lei que optar por decidir a favor de um deles ["Gefahrtragungsregeln können eben nicht "gerecht" sein; einen muβ das Gesetz, das ja entscheiden muβ, bevorzugen"].

([131]) Para Dölle/Weitnauer (*cit apud* Florian Bartels, *Wert- und Schadensersatzansprüchen im Rücktrittsfolgenrecht*, AcP 2015, p. 203, ss., p. 219), caso nem o vendedor nem o comprador sejam responsáveis pela perda ou deterioração da coisa a decisão sobre quem suporta economicamente a perda resultante do acaso ("zufällige Wertminderung") conduz a um dilema que seria "a questão mais espinhosa do direito dos contratos".

([132]) Genicon, *ob. cit.*, p. 689, considera que não há aqui uma solução que se imponha logicamente ("un point où aucune solution parfaitement logique en droit s'impose, et semble plutôt dépendre de considérations d'opportunité") e que tudo depende da opção de política legislativa (*ob. cit.*, p. 685: "[L]e choix ne semble pas dépendre d'autre chose que d'une décision de politique juridique").

Para um segmento da doutrina deve ser o vendedor a suportar a perda resultante do caso fortuito caso a venda venha a ser resolvida([133]). Alguns invocam o argumento do princípio *res perit domino*, sublinhando que com a resolução e a retroatividade dos efeitos desta o vendedor nunca deixou de ser o proprietário e deve suportar o risco de destruição fortuita da coisa([134]). Em alguns ordenamentos como o alemão em que a resolução dá lugar não apenas à restituição da coisa, mas também de todas as utilidades (uso) e frutos (inclusive os que o obrigado à restituição poderia ter retirado da coisa), invoca-se igualmente que o risco deve ser suportado por quem pode fruir a coisa([135]). Para Florian Bartels, por exemplo, em princípio é o comprador de uma coisa quem suporta o risco (e tem as vantagens) da sua utilização económica, mas já não é assim quando o comprador decide resolver o contrato. Com o desfazer do intercâmbio das prestações o vendedor deve ser colocado do ponto de vista económico como se ele pudesse ter continuado a usar a coisa ele próprio (como veremos, face ao nosso Código Civil que resolve de modo muito diferente a sorte dos frutos, este argumento perde boa parte da sua força).

A tese oposta começa por destacar o perigo de dar demasiada relevância a uma retroatividade([136]) que em bom rigor não passa de uma ficção

---

([133]) Sudabeh Kamanabrou, *Haftung des Rücktrittsberechtigren bei Untergang der empfangenen Leistung*, NJW 2001, p. 30, ss., p. 30: Quem não prestou de maneira correta ("ordnungsgemäss") não deve poder confiar que a transferência do risco para a outra parte seja definitiva.

([134]) Dagmar Kaiser, *ob. cit.*, p. 1060: com a resolução do contrato, o objeto da prestação já não pertence ao património do comprador, mas sim ao património do vendedor. Pietro Sirena, *La Risoluzione del Contratto come Sanzione dell'Inadempimento: Il Problema dei Rimedi Risarcitori e Restitutori*, Annuario del Contratto 2009, pp. 135, ss., p. 145: Fazer incidir sobre o accipiens (o comprador) o risco de perecimento fortuito da coisa embora o comprador não seja o proprietário dada a ineficácia do contrato seria incompatível com o princípio *res perit domino*. Giuseppe Auletta, *ob. cit.*, p. 474: "o valor retroativo da resolução entre as partes refere-se, evidentemente, também a determinar quem suporta o risco do caso fortuito". Entre nós cf. José Carlos Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento…*, *cit.*, p. 379: "se a propriedade foi transmitida, o vendedor readquire a sua qualidade de proprietário, suportando, naturalmente, o risco da perda da coisa a restituir".

([135]) Jürgen Kohler, *Das Rücktrittsrecht in der Reform*, Juristenzeitung 2001, p. 325, ss., p. 332: Uma ordem jurídica não pode coerentemente impor ao destinatário da prestação caso tenha que a restituir o dever de restituir as utilidades, incluindo aquelas que poderia ter retirado e ao mesmo tempo impor-lhe o risco conexo com a utilização do bem.

([136]) Andrea Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, Europa e diritto privato 2012, n.º 3, p. 783, ss., p. 798, critica a aplicação mecânica da regra *res perit domino* que nasceu do direito justiniano numa época em que não vigorava o princípio consensualista. A retroatividade faria com que o vendedor fosse proprietário ex tunc e passaria a estar onerado com o risco de perecimento da coisa caso o comprador não tivesse pagado (supondo, entre nós, que o vendedor se tinha reservado a possibilidade de resolução por falta do pagamento do preço), pelo que o comprador nem teria que restituir o valor da coisa. Para Nicolussi, *ob. cit.*, p. 799, "[o] enunciado da retroatividade carece de ser integrado de lógicas materiais coerentes com o sistema jurídico em que tal enunciado se insere, porquanto de

e que é apenas um instrumento ao serviço da resolução e dos efeitos desta (e, de resto, um instrumento que nem sequer é sempre necessário) e de pretender extrair dela consequências quanto à distribuição do risco. A retroatividade não apaga a existência efetiva do contrato e o facto de que na sua execução a coisa passou a estar na detenção e na esfera de risco de outrem que não o vendedor. Ora afigura-se que o comprador é a pessoa que esteve em melhores condições para guardar a coisa e, inclusive, segurá-la([137/138]).

A evolução legislativa alemã espelha bem o confronto entre estas duas teses e dá-nos também o ensejo de apreciar, ainda que perfunctoriamente, as alterações introduzidas pela Reforma de 2002 do Direito das Obrigações nesta matéria([139]), o que poderá ter interesse até porque

---

outro modo corre-se o risco de construir um mundo de qualificações jurídicas autorreferenciais e insensíveis relativamente aos acontecimentos reais e às suas implicações".

([137]) Neste sentido, por exemplo, Reinhard Zimmermann, *Restitution after Termination for Breach of Contract in German Law*, Restitution Law Review 1997, p. 13, ss., p. 23: "The essential problem to be resolved is the one concerning risk. If the right to terminate is excluded in cases where the object of the sale has been accidentally destroyed, the risk is on the purchaser, for he cannot get back his money. It seems to me that this is indeed how it should be. The only firm anchor to which we can tie our solution appears to be the general risk rule in sale. It is based on sound and easily comprehensible policy reasons: after delivery, the object is in the purchaser's sphere of influence and control, he has the advantage of being able to use the object and, as a corollary, also has to carry the risk. To that extent, the situation does not change as a result of termination of the contract: the object continues to be in the purchaser's sphere and thus there is no reason why the risk should be allowed to jump back. Does it matter that the breach, on account of which the contract is terminated, was attributable to the vendor? The answer, it appears to me, should be in the negative, unless there is a causal connection between breach and destruction. Where a car is sold that turns out to consume 30% more petrol than normal, and which is therefore defective [OLG München, NJW 1987, 3012], and where this car is destroyed by a fire standing in the purchaser's garage, there is no reason to shift the risk back to the vendor by allowing the purchaser to terminate the contract". Do mesmo autor cf., ainda, Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari 48, Roma, 2002, p. 41. No mesmo sentido cf., também, por todos, Leser, *ob. cit.*, pp. 121, 192, 204 e Sonja Meier, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen*, RabelsZ 80 (2016), p. 851, ss., p. 879.

([138]) Cf., igualmente, Phillip Hellwege, *Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, Juristenzeitung 2005, p. 337, ss., p. 342. O autor identifica três modelos: o risco pode ser atribuído a quem recebe a prestação [Saldotheorie]; em alternativa, o risco pode correr por conta do autor da prestação [Zweikondiktionenlehre]; e um terceiro modelo, que é o inglês que no caso de frustration reparte as consequências entre as partes. Para Hellwege cada uma das partes deve assumir o risco da prestação que recebeu ("Die Grundsätze vom Gleichlauf von Herrschaft und Risiko und von Versicherbarkeit und Risiko sprechen für das erste materielle Grundmodel) e isto tendencialmente sem exceção ("Der jeweilige Empfänger sollte grundsätzlich immer die Zufallsgefahr für das Empfangene tragen").

([139]) Sobre o tema cf. Adolfo di Majo, Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole, Europa e diritto privato, p. 13, ss. Sublinhe-se que para este autor (*ob. cit.*, p. 19) "o que permanece ambíguo e confuso no modelo alemão é, precisamente, a relação entre o facto resolutivo (o exercício da resolução) e o regime das restituições".

alguma doutrina portuguesa parece tomar a nova legislação alemã como modelo. A versão original do BGB quanto à resolução legal — um segmento do BGB que, de resto, alguma doutrina germânica já destacava não ser propriamente o mais bem sucedido — além de outros traços que foram afastados pela Reforma, como a incompatibilidade entre a resolução e um pedido de indemnização pelo resolvente([140]) e o afastamento do exercício do direito de resolução quando a restituição *in natura* não fosse possível pelo perecimento da coisa por razões imputáveis a quem pretendesse exercer tal direito, previa que o perecimento da coisa por razões não imputáveis a nenhum dos contraentes, mormente por caso fortuito, não afastava a resolução sendo que o resolvente não era obrigado a restituir o valor([141]). Em suma, numa compra e venda que fosse resolvida a destruição por caso fortuito onerava o vendedor.

A Reforma de 2002 alterou — ou, melhor, parece ter alterado, mas a norma é sujeita a interpretações muito díspares([142]) — o ponto de partida:

([140]) Como destaca Lena Foljanty, *Methodenvirtuosen im Wertungsdickicht: Das neue Rücktritts- und Rücktrittsfolgenrecht und seine dogmatische Überformung*, in, 20 Jahre Neues Schuldrecht, Bericht, Bilanz, Bibliographie, dir. por Joachim Rückert, Lena Foljanty, Thomas Pierson e Ralf Seinecke, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, p. 139, ss., pp. 142-143, a resolução era uma figura marginal no anterior direito ("Schattendasein"), dependendo da existência de culpa do devedor e excluindo a indemnização, ao ponto que se um advogado escolhesse esta opção de resolver o contrato podia ter de responder face ao cliente (NJW 1995, 449). O novo direito da perturbação das prestações ("Leistungsstörungsrecht") aumentou as possibilidades de escolha por parte do credor relativamente às possíveis consequências jurídicas e tendencialmente reforçou os direitos do credor, o qual pode agora simultaneamente optar pela resolução do contrato e por uma indemnização, ao passo que o antigo § 326 BGB não permitia este cúmulo (agora consentido pelo § 325 BGB).

([141]) O § 351 BGB na versão original excluía o direito de resolução quando a parte fosse responsável pelo perecimento ou deterioração sensível da coisa antes da declaração de resolução. Ao invés, se o perecimento ou deterioração se devessem a caso fortuito a resolução era possível e o resolvente por não ter culpa não tinha que pagar qualquer indemnização e podia exigir a restituição da sua própria prestação na totalidade. Esta distinção desapareceu e agora há uma solução unitária: caso não seja possível a restituição *in natura* deverá, de acordo com o § 346 Abs. 2 BGB proceder-se à restituição em valor. Uma exceção existe apenas nos casos previstos no § 346 Abs. 3.

([142]) Para Herbert Roth, *Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion*, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Verlag C.H.Beck, München, 2007, Vol. I, p. 1131, ss., pp. 1146--1147, a regra essencial para a distribuição do risco na resolução começa por ser o § 346 II 1 Nr. 3 BGB. De acordo com tal regra, e tomando como exemplo uma compra e venda, é, em princípio, o comprador quem assume o risco de destruição fortuita do bem e tem também de restituir o valor do bem no caso da destruição lhe ser imputável. Mas há uma inversão da distribuição do risco no caso do § 346 III 1 Nr. 3 BGB: passa a ser o vendedor a suportar o risco da destruição fortuita da coisa e até da sua destruição que ocorra apesar de o comprador ter usado com a mesma da diligência habitual nele, desde que tenha sido o vendedor pela violação dos seus deveres (mormente na venda de coisa defeituosa) o responsável pela resolução. Em sentido próximo cf. Gerhard Wagner, *Mortuus Redhibetur* im neuen Schuldrecht?, in Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, p. 591, ss., p. 602, para quem pode parecer que o risco de perecimento ou destruição fortuita da coisa

agora o obrigado à restituição permanece obrigado a restituir o valor da coisa se esta tiver perecido por caso fortuito. No entanto o novo § 346 BGB, norma altamente complexa, prevê, desde logo, que o devedor não terá que restituir (em valor) se provar que o bem teria igualmente perecido ou ter-se-ia igualmente deteriorado se estivesse na detenção do credor da restituição — o carro guardado na garagem foi destruído por um terramoto, mas o terramoto destruiu igualmente a garagem vizinha do outro contraente. Mas a lei alemã vai mais longe([143]) e trata diferentemente a parte titular do direito à resolução e a sua contraparte. O § 346 (3) 3 do BGB estabelece que o contraente que tem direito à resolução não responde pelas deteriorações ou pela perda da coisa se cuidou dela com a diligência que habitualmente utiliza nos seus próprios negócios (ao cuidar das suas próprias coisas)([144]). Não responde assim pela perda ou deteriorações, nem mesmo quando teve um comportamento pouco cuidadoso — poderá dizer-se negligente? — desde que seja o seu comportamento habitual([145]). Esta exceção ou "privilégio" tem suscitado intensa polémica: por um lado, pode perguntar-se se o risco de perecimento fortuito da coisa não corre afinal pelo outro contraente; depois há quem considere a solução injusta até por só beneficiar o titular do direito de resolução([146]). Alguns propõem uma interpretação teleológica, uma redução teleológica do § 346 Abs. 3 S. 1 do BGB([147]). Outros propuseram pura e simplesmente que a norma do § 346. Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB fosse eliminada pelo legislador([148]). Sem ir

---

corre por quem a recebeu e detém, mas essa é só "uma meia verdade" ("Dies ist allerdings nur die halbe Wahrheit") por força do § 346 III.

([143]) Tal como, por exemplo, o Code Civil do Québec.

([144]) Arnd Arnold, *Das neue Recht der Rücktrittsfolgen*, JURA 2002, p. 154, ss., pp. 155-156, considera que na prática o titular do direito de resolução na resolução legal responde pela restituição de valor de maneira muito limitada e não suporta verdadeiramente o risco do perecimento fortuito do bem porque lhe basta para não responder usar da diligência normal que usa em relação às suas próprias coisas.

([145]) Para Sudabeh Kamanabrou, *ob. cit.*, p. 31, o legislador alemão não teve em mira proteger quem não tem conhecimento do seu direito de resolução do contrato, mas antes sancionar a conduta violadora do contrato ao atribuir o risco de perecimento da coisa ao autor dessa conduta, desde que o destinatário da coisa e titular do direito de resolução tenha usado a sua diligência habitual

([146]) Arnd Arnold, *ob. cit.*, p. 159, a restrição do privilégio ao titular do direito de resolução é errada até porque a resolução pode ter lugar em situações em que não há culpa, em que a resolução não é resultante do incumprimento culposo de qualquer um dos contraentes.

([147]) Para Martin Schwab, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 — Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n.F, Juristische Schulung 2002, p. 630, ss., p. 635, desde que o devedor da restituição conheça o fundamento da resolução deve passar a responder pelo risco de perecimento fortuito da coisa.

([148]) Heinrich Honsell, *Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB*, Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, p. 363, ss., pp. 366-367: Como o autor menciona há quem sustente que no caso de venda de coisa defeituosa por exemplo é adequado que seja o vendedor

tão longe muitos entendem que desde que tenha conhecimento da causa de resolução, aquele que veio a resolver o contrato deve responder não apenas pela diligência habitual, mas sempre que tenha sido negligente([149]).

Importará, desde logo, sublinhar que se o direito alemão anterior à Reforma era pouco feliz e até porventura pouco coerente([150]), enquanto solução de compromisso, a Reforma em matéria do direito de resolução tem-se revelado igualmente controversa, não faltando quem afirme que persistem os mesmos problemas, chegando a dizer-se que questões interpretativas que se colocavam face ao velho direito continuam a marcar a discussão sobre o novo([151]) e que duas décadas após a reforma "persistem as mesmas discussões que eram virulentas no antigo direito"([152]). Aliás também autores de outras nacionalidades criticam as soluções da Reforma, ao ponto de uma autora espanhola afirmar que valia a pena descrevê-las em detalhe para procurar evitar qualquer tentação do legislador espanhol de as copiar([153])…

Verifica-se, todavia, em alguma doutrina portuguesa um esforço por fazer uma interpretação restritiva do art. 432.º n.º 2 ou, em todo o caso, introduzir diferenciações que não encontram arrimo na sua letra, por vezes com o propósito de aproximar as soluções da nossa lei das encontradas pela Reforma alemã.

Da letra do preceito resulta que este distingue apenas entre "as circunstâncias não imputáveis ao outro contraente", por um lado, e aquelas que, ao invés, sejam imputáveis a este último. Nas "circunstâncias não imputáveis ao outro contraente" cabem tanto as imputáveis ao próprio (à parte que pretenderia resolver o contrato), como circunstâncias não imputáveis a qualquer um dos contraentes (caso fortuito, atuação de tercei-

---

a suportar o risco porque não cumpriu os seus deveres contratuais e não pode confiar que o risco tenha sido transmitido de maneira definitiva. Mas para Honsell a questão não é uma questão de confiança. Mesmo que o vendedor não tenha cumprido os seus deveres contratuais não deve suportar o risco da destruição casual do bem que se encontra na esfera do comprador quando o cumprimento defeituoso não foi causal. Para o autor é uma questão de causalidade. Além disso haveria uma conduta abusiva por parte do comprador que pretende a restituição do preço que pagou na totalidade embora não esteja em condições de restituir a coisa que pereceu quando estava na sua detenção.

([149]) Cf., contudo, Stephan Lorenz, *Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach*, NJW 2005, p. 1889, ss., p. 1893, contra qualquer redução telelológica do § 346 III Nr. 3.

([150]) Para Schmidlin, *ob. cit.*, p. 837, a incerteza que surge nos trabalhos preparatórios em toda a discussão dogmática sobre a resolução do contrato resulta da amálgama entre regime contratual, *condictio indebiti* e *rei vindicatio*.

([151]) Bartels, *ob. cit.*, p. 205.

([152]) Lena Foljanty, *ob. cit.*, p. 153.

([153]) Ana Soler Presas, *ob. cit.*, pp. 1244-1245: "Se me detive tanto na exposição do sistema alemão e da sua crítica é para tratar de evitar que incorramos no erro de o imitar".

ros). Sublinhe-se que, além da letra do preceito, há aqui também que atender à sua história — o n.º 2 do art. 432.º afasta-se inequivocamente do projeto de Vaz Serra para a resolução legal, o qual na hipótese de resolução por incumprimento dispunha que o direito de resolução subsistia mesmo que o resolvente não pudesse por caso fortuito restituir a coisa([154]).

Em sentido oposto Nuno Pinto Oliveira defendeu que o art. 432.º, n.º 2 carece de uma interpretação "duplamente restritiva": em primeiro lugar aplica-se sem mais à resolução convencional, mas deverá aplicar-se com restrições à resolução legal([155]). O autor nega que a impossibilidade objetiva, definitiva e total de restituição não imputável a nenhum dos sujeitos da relação obrigacional seja um facto impeditivo do direito potestativo de resolução e afirma que "[o]s resultados da tese interpretativa exposta são confirmados por um argumento sistemático retirado do art. 4.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 67/2003 de 8 de abril sobre o contrato de compra e venda de bens de consumo: "Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos, mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador". Sublinhe-se que o Autor invoca também o sentido da reforma alemã([156]).

Com todo o respeito, face à letra do preceito e ao elemento histórico não concordamos. Acresce que a norma da Lei de Defesa do Consumidor é uma norma de um direito especial que visa proteger uma parte normalmente mais fraca na relação jurídica de consumo e não pode pretender-se proceder com ela a uma "correção" do art. 432.º, n.º 2.

Também Catarina Monteiro Pires, depois de afirmar que a própria existência de um preceito como o art. 432.º, n.º 2 do Código Civil "con-

---

([154]) Vaz Serra, *ob. cit.*, pp. 246-247: "Afigura-se (…) de excluir a resolução quando o objecto recebido pelo titular do direito de resolução perece ou se deteriora por causa não imputável a este, salvo se outra coisa se concluir da interpretação da cláusula de resolução. Quanto ao direito legal de resolução, já a conclusão pode ser diferente. Então, o direito de resolução é reconhecido pela lei em virtude do não-cumprimento imputável à outra parte, e não parece razoável que ele seja excluído pelo facto de o seu titular não poder, por caso fortuito, restituir o que recebeu. Por exemplo, A compra certo objecto a B e este não cumpre uma obrigação que assumira, de tal maneira que A tem o direito de resolução; A não pode restituir o objecto porque ele pereceu por caso fortuito; mas parece dever poder, não obstante, exigir a restituição do preço, visto que o contrato perdeu a sua razão de ser em virtude do não cumprimento de B". Em conformidade dispunha o art. 5.º, n.º 5 do articulado proposto por Vaz Serra: "Se o objecto recebido perecer ou se deteriorar por causa não imputável ao titular do direito de resolução, exclui-se este direito, salvo se outra coisa se concluir da interpretação da cláusula de resolução. Quando o direito de resolução se fundar no não-cumprimento imputável à outra parte, não é ele excluído pelo facto de o seu titular não poder, por aquela causa, restituir o que recebeu".

([155]) Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011, p. 891.

([156]) Aut. e *ob. cit.*, p. 893.

trasta com as tendências recentes do Direito Europeu das Obrigações"([157]) e pese embora reconheça que "a comparação entre o sistema português e o sistema germânico conhece algumas limitações"([158]), sustenta que "no nosso entendimento, a citada norma do nosso Código, ao aludir a circunstâncias não imputáveis ao outro contraente", não afasta o problema, mas apenas deixa na sombra o critério que permite discernir as condutas imputáveis à parte resolvente, suscetíveis de bloquear o direito de resolução. Aliás, os espaços *vazios* que caraterizam a disposição do art. 432.º, n.º 2, fazem com que esta norma seja, do ponto de vista puramente literal, compatível com qualquer das situações materiais defendidas na Alemanha a propósito do critério do § 351". A mesma Autora conclui que "[p]arece-nos que a densificação dos casos de impossibilidade imputável à parte resolvente deve partir de uma distinção ética. Com efeito, entendemos que a parte adimplente que recebeu determinado bem na sua esfera jurídica ao abrigo do contrato e ignora a existência de um fundamento de resolução por incumprimento (porque este não existe ou porque o desconhece sem culpa) não está obrigada a quaisquer deveres de restituição perante a contraparte, podendo dispor do bem como qualquer outro que integra o seu património (cf. art. 1305.º). Pode, designadamente, criar perigos quanto à conservação desse objeto, durante a sua utilização, tal como pode onerá-lo ou transmiti-lo a um terceiro. Cremos, ainda, que será difícil considerar que, nestas condições, uma conduta do *accipiens* de boa fé, traduzida na perda ou deterioração significativa do bem possa vir a ser valorada como contraditória em relação à sua decisão de resolver o contrato, com base no incumprimento da contraparte"([159]).

Com todo o respeito, discordamos, desde logo, da premissa: face ao nosso preceito legal o que importa "densificar" é quais são as "circunstâncias não imputáveis ao outro contraente", sendo que estas, como já mencionámos, não se contrapõem apenas às circunstâncias imputáveis a quem pretende exercer o direito de resolução, mas também ao caso fortuito. Mesmo que as "considerações éticas" referidas sejam exatas — sublinhe-se que a Autora parte da hipótese de a resolução do contrato se fundar no incumprimento do credor da restituição, e não, por exemplo, na resolução de uma compra e venda por falta do pagamento do preço (o art. 886.º do Código Civil permite convenção nesse sentido) — o nosso legislador

---

([157]) Catarina Monteiro Pires, *Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie*, O Direito 2012, ano 144.º, Vol. III, p. 653, ss., p. 653.

([158]) Aut. e *ob. cit.*, p. 655.

([159]) Aut e *ob. cit.*, pp. 662-663.

parece ter optado por uma solução que, porventura por razões de simplicidade, não é sensível às mesmas. E a discussão alemã mostra como tais considerações éticas são delicadas: concordamos inteiramente que cada um é livre, fora dos casos de abuso de direito, de fazer o que quiser com as coisas que integram o seu património e de, inclusive, as expor a perigos. Mas poderá pretender transferir para a contraparte através da resolução do contrato o prejuízo que sofra em função dessas decisões?([160])

8.4. A restituição em valor

O art. 433.º n.º 1 prevê que "[n]a falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico com ressalva do disposto nos artigos seguintes"([161]). É, assim, aplicável à resolução o disposto no art. 289.º n.º 1 que prevê que deve "ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente". E casos há em que haverá que proceder à restituição em valor. Assim, se a coisa transmitida tiver sido, por exemplo, destruída, furtada, consumida, alienada — mas já não, porventura, danificada.

A restituição em valor — que não é, parece-nos, uma indemnização([162]) — suscita, como já referimos, questões muito delicadas. Como se

---

([160]) Jürgen Kohler, *Das Rücktrittsrecht in der Reform…*, *cit.*, p. 334: Quem recebe de boa fé uma certa coisa deve poder encará-la e tratá-la como própria e comportar-se de acordo com os seus padrões de diligência usuais. Mas a questão que se suscita não é a de saber se esse comportamento é justificado, mas sim determinar se os custos de um comportamento que não respeite a diligência normal no tráfego podem através do mecanismo da restituição ser impostos à outra parte. Cf., igualmente, Gerhard Wagner, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, p. 591, ss., p. 609: não se compreende porque é que o vendedor há-de ter de suportar o risco de o comprador ser uma pessoa pouco cuidadosa, inclusive com os seus próprios bens.

([161]) A norma tem sido criticada pela doutrina porquanto, para além da opção de fundo de equiparar, em parte ("com a ressalva do disposto nos artigos seguintes") a resolução a casos de invalidade, a equiparação deveria ser feita à anulação (e não à anulabilidade) — cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011, n. 1210, p. 884: "O texto do art. 433.º carece de rigor. O legislador diz que "a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico"; deveria dizer, em termos mais rigorosos que a resolução (só) é equiparada, quanto aos seus efeitos, à anulação do negócio jurídico". Também Ana Prata, Anotação ao art. 433.º, in Código Civil Anotado, coord. por Ana Prata, Almedina/Cedis, 2019, p. 591, que fala de "um lapso manifesto".

([162]) Afigura-se-nos que, já em razão da sua letra, o art. 1269.º do Código Civil não se aplica à obrigação de restituição, a qual não se deve confundir com a responsabilidade civil. Mas mesmo quem não dá a mesma importância ao elemento literal como sucede com Catarina Monteiro Pires,

afere o valor da prestação que tem de ser restituída? Atende-se ao valor de mercado ou, antes, primordialmente ao preço acordado pelas partes (num contrato de compra e venda)?(163)

E qual o momento em que se avalia o valor da prestação que já não é possível restituir em espécie? O momento em que o contrato, depois resolvido, foi celebrado(164)? O momento em que a prestação foi realizada?(165) O momento em que a restituição em espécie se tornou impossível? Ou, ainda, o momento em que se realiza a restituição?(166) E deverá haver respostas diferentes para a prestação que consistiu na transmissão da propriedade de uma coisa, por exemplo, e para a prestação de um serviço como faz agora desde 2016 o Código Civil francês?

A tese "caída em desgraça" de que a resolução era uma causa de extinção do contrato conduzia à, ou pelo menos facilitava a, conclusão de que não haveria que atender ao acordo das partes, mormente ao preço numa compra e venda, e nesse sentido se pronunciaram Mosco(167) e, entre nós, Vaz Serra(168), em termos cautelosos.

A prestação restitutória…, *cit.*, p. 707, ss., defende uma interpretação restritiva das normas dos arts. 433.º e 289.º n.º 3 no sentido de excluir a aplicação do art. 1269.º à resolução do contrato fundada no incumprimento.

(163) Sobre esta questão, cf., entre nós, Catarina Monteiro Pires, *A prestação restitutória…*, *cit.*, p. 707, ss. A autora defende, em princípio, que "estando contratualmente fixado o valor da contraprestação, deverá este constituir o ponto de referência do cálculo do valor da prestação restitutória, na medida em que o mesmo continue a refletir a equivalência subjetiva entre prestações convencionada pelas partes" (*ob. cit.*, p. 709). Mas reconhece que se deve "procurar manter esta bitola até onde for possível" (*ob. cit.*, p. 710).

(164) Neste sentido, aparentemente, Marco Rossetti, *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 265: "Para cálculo do valor a restituir deverá atender-se ao valor venal da *res* na época da contratação, mesmo que se tenha reduzido, entretanto. Se T vende a C uma viatura com o valor de 30.000 no momento da conclusão do contrato e o contrato é resolvido por incumprimento do comprador depois de a viatura ter sido furtada por terceiros, C terá que restituir 30.000, de nada relevando que no intervalo a viatura se tenha depreciado e por vetustez só valha 20.000".

(165) Assim Hans G. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag…*, *cit.*, p. 169: O momento decisivo para determinar o valor da prestação, no caso de restituição em valor é o momento em que a prestação foi realizada, não o momento em que se exerce a pretensão de restituição.

(166) Ou uma combinação de todos. O art. 1701 do Code Civil do Québec prevê que a restituição se fará pelo menor dos valores entre a estimação no dia da receção do bem, no dia da sua perda ou alienação e no dia da restituição, salvo o caso de má fé em que se tratará do valor mais elevado.

(167) Para Luigi Mosco, *ob. cit.*, pp. 274-275, as obrigações de restituição decorrentes da resolução não são obrigações contratuais propriamente ditas e não há que atender à correspetividade que existia entre as prestações objeto do contrato sinalagmático. Para o autor tais obrigações de restituição não derivam direta ou indiretamente da vontade contratual, mas são antes efeitos que a lei faz decorrer da resolução.

(168) Vaz Serra, *ob. cit.*, p. 220: "A fim de restabelecer, na medida do possível, a situação anterior, deve a parte, que assim tirou vantagem de serviços ou objectos, pagar à outra o valor corrente dos

Já a tese segundo a qual o contrato sobrevive à resolução, abrindo-se uma fase de liquidação que é, ela própria, contratual (e não um efeito legal da resolução) parece atribuir um papel proeminente ao equilíbrio contratual encontrado pelas partes e, portanto, ao preço por elas acordado([169]) e é nesse sentido que se orienta por exemplo a Reforma alemã([170]).

Note-se, todavia, que mesmo autores que aderem à construção de Stoll de que a resolução não extingue o contrato, nem sempre defendem

---

serviços ou da utilização ao tempo em que foram prestados aqueles ou feita esta; do mesmo modo deve pagar à outra o valor de quaisquer outras prestações que, por sua natureza, não possam ser restituídas. Como resolvido o contrato, se não aplicam as regras deste, a retribuição dos serviços, da utilização ou das prestações deve fazer-se pelo valor corrente ou comum. O § 346 do Código alemão [na versão anterior à reforma] dispõe que no caso de se ter estipulado uma contraprestação em dinheiro, se atende a ela. Mas, visto o contrato ser resolvido, talvez seja preferível não atender à contraprestação estipulada, a qual pode ter sido estipulada em consideração da subsistência do contrato. Só se atenderia a ela quando fosse de admitir que as partes a estipularam para valer mesmo independentemente da manutenção do contrato ou a teriam estipulado também se tivessem previsto a resolução deste" (cf. também o art. 2.º n.º 2 do articulado, p. 281).

([169]) Cf., por todos, Luca Guerrini, *Le Restituzioni Contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 116: a restituição da prestação, quando não for possível a restituição em espécie "deve ser restituída por equivalente ao preço contratual, ressalvada a hipótese de redução de tal importância em consequência da incidência de um eventual vício". Só assim se teria na devida conta que a resolução por incumprimento constitui uma manifestação do sinalagma, devendo salvaguardar-se o equilíbrio do contrato (p. 115). Luca Guerrini, *Risoluzione del contratto di vendita e restituzioni: la Cassazione dice addio all'indebito e sdogana la lettura organica degli art. 1453, 1458, 1492 e 1493 c.c.*, Il Foro Italiano 2021, Parte I, p. 1807, ss. P. 1810: deve atender-se ao valor acordado pelas partes. Cf., também, Matteo Dellacasa, *Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione*, Rivista di Diritto Civile 2022, n.º 1, p. 15, ss., pp. 18-19.

([170]) Na Alemanha quando a prestação recebida pela parte fiel não pode ser restituída *in natura*, o seu equivalente pecuniário é determinado com base no preço contratual (§ 346(2) BGB; ver também art. III-3:512(2) DCFR). Para Arnd Arnold, *ob. cit.*, p. 157, o BGB manda atender no § 346 Abs. 2, S2 ao valor da contraprestação para a fixação da restituição em valor, mas a norma deve ser interpretada com cuidado: no caso da coisa objeto da prestação ter sido destruída deve restituir-se o valor aferido pela contraprestação quando a coisa correspondia ao acordado no contrato. A resolução careceria de interesse prático ou económico para o resolvente se tivesse de restituir um valor equivalente ao preço quando, por exemplo a coisa fosse defeituosa (deve ser possível aqui um remédio equivalente à redução do preço). Uma crítica *de iure condendo* pode encontrar-se em Dagmar Kaiser, *Anotação ao § 346 BGB*, números de margem 108 e 109, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 346-361 (Rücktritt und Widerruf), Neubearbeitung 2012, Sellier, de Gruyter, Berlin, 2012, p. 115: atender ao preço acordado no contrato equivale a uma solução similar à do cumprimento do contrato, quando este foi resolvido. Uma tal solução entra em conflito com o escopo da restituição subsequente à resolução que seria a de colocar as partes na situação em que estariam sem o intercâmbio de prestações ("Das hält ihn entgegen der Zielrichtung des Rücktritts, den ohne Leistungsaustausch bestehenden Zustand wiederherzustellen, am Vertrag fest") e seria particularmente inadequada por exemplo, na resolução da venda de uma coisa defeituosa (n.º de margem 109). Uma reflexão à parte que não poderemos fazer neste estudo diz respeito à entrega não de uma coisa defeituosa, mas de um verdadeiro *aliud*, sendo certo que nesse caso não pareça que se deva, de todo, atender ao preço acordado.

que o preço contratual seja determinante na aferição do valor da prestação cuja restituição em espécie se tornou impossível. Assim Leser([171]) considera que para a determinação do valor a restituir se deve partir da consideração do preço contratualmente acordado, existindo uma presunção de que a valoração realizada no contrato é a correta. Mas para Leser tal presunção é ilidível e deve consentir-se a prova de que o valor comum ("gemeine Wert") é inferior ao preço contratual e nesse caso deve prevalecer o valor "objetivo" e não o preço acordado. O autor afirma expressamente que há limites à noção da sobrevivência do contrato.

Não falta também doutrina que partindo do preço acordado pelas partes, conclua que a restituição do valor, na hipótese de a restituição em espécie não for possível, poderá ter que atender ao valor de mercado quando superior ao preço e sobretudo se "realizado" tal valor pela parte obrigada à restituição. Neste sentido pronuncia-se, por exemplo, Dellacasa que afirma expressamente que se a restituição em valor tivesse sempre o seu limite no preço contratual, o comprador incumpridor teria um incentivo para subtrair o bem à pretensão restitutória (por exemplo, alienando-o), para lucrar com a diferença entre o novo valor e o preço acordado([172]/[173]/[174]).

([171]) Aut. e *ob. cit.*, p. 170. Como refere, de outro modo surgiria uma vinculação inadequada ao contrato original e às perspetivas de lucro nele previstas que pode não se justificar á luz do escopo restrito da relação de liquidação ("Andernfalls könnte eine unangemessene Bindung an den ursprünglichen Vertrag und die in ihm fixierten Gewinnaussichten eintreten, die sich mit dem beschränkten Abwicklunsziel nicht verträgt, Hier hat die Fortwirkung des Vertrages eine Grenze").

([172]) Matteo Dellacasa, *Risoluzione dei contratti svantaggiosi e restituzioni: un itinerario dentro, e fuori, i confini dell'interesse positivo*, Europa e diritto privato 2023, n.º 2, p. 351, ss., p. 380. O autor embora comece pelo princípio de que o equivalente pecuniário da prestação executada será determinado com base no valor que as partes lhe atribuíram em sede de fixação do correspetivo contratual, defende, no entanto, que se o valor de mercado do bem tiver subido, superando o preço contratual, e se o bem tiver sido alienado pelo comprador que incumpriu o contrato por um correspetivo em conformidade com o seu valor de mercado, então, "é de considerar que o vendedor possa obter a restituição de uma soma correspondente o valor de mercado do bem [e superior ao preço acordado entre o resolvente e o comprador infiel]".

([173]) Leonardo Coviello *junior*, *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, Rivista di Diritto Civile 1935, ano XXVII, p. 1, ss., p. 34, defendia que a restituição em valor deveria ser feita pelo valor de mercado e "[a] título de ressarcimento do dano será devida ao vendedor a diferença entre o preço contratual e o preço de mercado se este último for inferior àquele".

([174]) Cf., igualmente, Sonja Meier, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen*, RabelsZ 80 (2016), p. 851, ss., p. 874, defende que do ponto de vista dogmático não é claro que a valoração feita pelas partes no contrato deva ser respeitada aquando da resolução por incumprimento ("Insbesondere bei der vertragsbrüchigen Partei stellt sich die Frage, ob sie die andere wirklich am Äquilibrium eines Vertrags festhalten kann, diesen Pflichten sie selbst verletzt"). Se o comprador tiver vendido abaixo do preço de mercado porque tinha pressa em receber o preço, e se depois resolve o contrato por falta de pagamento do mesmo, a restituição em valor caso a coisa tenha perecido deverá fazer-se em função do preço? E se inversamente o vendedor vendeu acima do

A questão é igualmente muito delicada quando se trata de avaliar um serviço, designadamente um serviço mal executado ou incompleto([175]). Recordando um famoso exemplo alemão — o da lesma na salada([176]) — qual é o valor de meia refeição? Ou de meio concerto? Ou o valor de um mau conselho?

E daí que segundo informa Genicon([177]), em França quando a resolução respeita a um contrato em que o contraente incumpridor tinha uma obrigação de fazer ocorre frequentemente que os tribunais em vez de condenar na restituição do valor dessa prestação (parcialmente ou defeituosamente) executada, recusam-se a avaliar esse serviço e condenam o prestador de serviços a restituir a totalidade do preço recebido. A prestação de serviço pode revelar-se, na verdade, tão defeituosa que não constitui uma qualquer vantagem para o destinatário, traduzindo-se apenas em um prejuízo.

8.5. A restituição de uma quantia em dinheiro

A restituição de uma quantia em dinheiro — por exemplo, a restituição do preço pelo vendedor no caso da resolução de uma compra e venda — é hoje considerada pela doutrina dominante como uma dívida de valuta, sujeita ao princípio nominalista([178]/[179]) que impera nas obrigações pecu-

---

preço de mercado, mas a compra e venda é resolvida pelo comprador porque a coisa era defeituosa terá este que restituir o valor da coisa em função do preço acordado?

([175]) Cf., entre nós, o Ac. do STJ de 09-07-2020, processo n.º 48827/16.3Y1PRT.L1.S1 (Henrique Araújo): "1. A resolução judicial de um contrato de prestação de serviços parcialmente cumprido, obriga à restituição do valor correspondente à parte executada; 2. O cálculo do equivalente pecuniário que uma das partes deva pagar á outra, em consequência dos benefícios usufruídos com os serviços, deve ser feito em atenção à contraprestação pecuniária que tenha sido eventualmente estipulada; 3. Se o contrato não revelar elementos suficientes para esse cálculo, a possibilidade de se recorrer à equidade, com base no art. 566.º, n.º 3, do CC, é exclusiva das instâncias, por se tratar de questão de facto".

([176]) Não desenvolveremos o tema aqui. Sobre a questão que suscitou um vivo debate na Alemanha cf., por todos, Arndt Teichmann, *Die Schneke im Salat — oder das Menue im Feinschmeckerlokal als Suzessivlieferungsschuldverhältnis*, JÁ 1987, p. 65, ss.; Heinrich Schopp, *Nochmals die Schneke im Salat — oder: das Menü im Feinschmeckerlokal als Sukzessivlieferungsschuldverhältnis?*, JÁ 1987, p. 472, ss.; Ernst Wolf, *Schneke im Salat — Rauchverbot*, NJW 1987, p. 821, ss.

([177]) Genicon, *ob. cit.*, p. 656, ss.

([178]) Importa, contudo, reconhecer que a solução não é inteiramente consensual. Para Trimarchi, *cit apud* Raffaela de Matteis, *L'obbigazione restitutoria tra debito di valuta e debito di valore*, Rivista di Diritto Civile 1986, Parte II, p. 665, ss. o princípio nominalista não é obstáculo à possibilidade de configurar a obrigação ressarcitória como débito de valor porque tal princípio apenas operaria na fase fisiológica da relação e já não na fase patológica, dada a diversidade de interesses juridicamente relevantes nas duas fases, pelo que haveria que controlar se as justificações para o princípio nominalista ainda valem quanto à indemnização.

([179]) Neste sentido cf., por exemplo, José Carlos Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e*

niárias (art. 550.º do nosso Código Civil), sem prejuízo da possibilidade de ressarcimento do dano sofrido, caso estejam reunidos os pressupostos da responsabilidade civil. No passado, mormente em Itália, a questão era assaz controversa. A Cassazione pronunciou-se em vários Acórdãos noutro sentido — vejam-se, por exemplo, o Acórdão da Corte di Cassazione de 23 de agosto de 1985, n. 4510 (que decidiu que a obrigação de restituição de uma soma em dinheiro, consequente à resolução do contrato, configura um débito de valuta quando incide sobre a parte sem culpa e constitui um débito de valor quando obrigada à restituição é a parte que com o seu próprio incumprimento deu lugar à dissolução do contrato)([180]) e o Acórdão proferido a 29 de fevereiro de 1986, n. 1203([181]/[182]) (o qual se pronunciou no sentido de que a obrigação de restituição, quando incidia sobre o incumpridor, tinha caráter ressarcitório, invocando a retroatividade da resolução). Tratar-se-ia de uma dívida de valor dada a identidade da função desta restituição e das obrigações de ressarcimento, sendo que, como se pode ler na motivação da última decisão judicial mencionada, "a *ratio* do automatismo da reavaliação em termos de obrigação de valor está precisamente na necessidade de um ressarcimento integral e concreto". No entanto esta posição foi revista pela própria Cassazione em Acórdão de 4 de

---

Não Cumprimento, *cit.*, pp. 383-384. O autor não deixa de reconhecer que "[e]ste aparente e geral pior tratamento do credor pecuniário explica-se (…) mais pelo princípio nominalista do que pelo afastamento do sentido reequilibrador da restituição".

([180]) Raffaela de Matteis, *ob. cit.*, pp. 666-667. A autora refere tratar-se de uma decisão de equidade, frequente nos períodos de grande inflação, mas que não é correta. em primeiro lugar porque "o incumprimento não é a fonte da obrigação de restituição, mas sim a causa da resolução do contrato; considero que a verdadeira e exclusiva fonte da obrigação de restituição (…) está em ter-se recebido uma soma que na sequência da resolução já não lhe pertence" e depois porque só com a resolução do contrato é que surge a obrigação de restituição, existindo até esse momento uma justa *causa retinendi* do *accipiens*.

([181]) Carnevali, *ob. cit.*, p. 201, comenta desfavoravelmente esta decisão: Em primeiro lugar, diz "a retroatividade é simplesmente um instrumento técnico para criar uma situação (tanto quanto possível) objetivamente idêntica à que existiria se o contrato não tivesse existido e não tem uma conexão necessária com a reparação de um dano". Na resolução por incumprimento o plano da retroatividade interseta um outro, o do incumprimento, e é este e só ele a fonte da obrigação de reparar o dano. Em segundo lugar, esta tese acabaria por redundar numa duplicação do dano, sobretudo se conduzisse a que a revalorização da soma de dinheiro a restituir fosse qualquer coisa que acrescesse ao dano medido pelo interesse positivo.

([182]) Há muita jurisprudência italiana mais antiga no mesmo sentido. Veja-se a decisão citada por Luigi Mosco, *ob. cit.*, p. 272: o Acórdão da Cassazione de 28 de abril de 1949 (Il Foro Italiano 1949, I, 543) que entendeu que a obrigação de restituição do preço era uma dívida de valor, com o argumento de que "as obrigações de restituição que oneram ambas as partes tendem a restabelecer a situação anterior e tal situação não é restabelecida caso não se reconheça que a obrigação a cargo do vendedor é uma dívida de valor".

dezembro de 1992, n. 12942, que acabou por afirmar a natureza de débito de valuta da obrigação de restituição de uma soma pecuniária.

Com efeito, e como atrás dissemos, convém não confundir restituição e reparação do dano. A restituição da quantia far-se-á segundo o seu valor nominal([183]/[184]). Importa, contudo, ter presente que, no nosso sistema se o vendedor estiver de boa fé não terá de restituir os frutos civis da quantia que recebeu, ou seja, os juros.

9. O efeito retroativo da resolução

9.1. Uma retroatividade "débil"

Por força das disposições conjugadas dos arts. 433.º, 434.º n.º 1, 435.º n.º 1 e 289.º n.º 1 do Código Civil, a resolução tem, em princípio, efeito retroativo entre as partes do contrato, mas não em relação a terceiros.

Esta retroatividade, importa referi-lo antes de mais, é uma retroatividade instrumental([185]/[186]/[187]/[188]) e não representa um fim em si mesma,

---

([183]) Carnevali, *ob. cit.*, p. 202: "A obrigação do *accipiens* de restituição de uma soma em dinheiro é regida pelo princípio nominalista e comporta o pagamento de juros legais para restaurar o contraente fiel pela falta de obtenção dos frutos dessa soma em consideração da natureza retroativa da restituição. Ao invés, na liquidação do dano deve ter-se em conta ulteriores danos que resultem da falta de disponibilidade da soma e por conseguinte também o eventual dado da desvalorização monetária caso o contraente infiel demonstre ter sofrido esse dano".

([184]) Importa ter presente, no entanto, que a mera restituição do valor nominal na sequência da anulação de contratos após um significativo período pode conduzir a uma situação desrazoável e de "rutura do justo equilíbrio" e representar uma violação do art. 1.º do protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já decidiu (vejam-se os Acórdãos proferidos a 8 de novembro de 2007, n.º 45116/98, *Kalinova c. Bulgarie* e a 18 de abril de 2023, n.º 61380/15, *Demiray c. Türkiye*). Não desenvolveremos este aspeto no contexto deste pequeno estudo. Sobre o tema cf., por exemplo, Jean-Pierre Marguénaud, *Les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat encadrées par le principe de la proportionnalité*, Revue des Contrats 2023, n.º 3, p. 104, ss. Recorde-se, também, que alguma doutrina nacional é bastante crítica quanto à restituição apenas do valor nominal — cf. sobre o tema Maria Clara Sottomayor, *A Obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias* — A propósito do acórdão do STJ de 11 de março de 1999, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, 2003, p. 547, ss., que se reporta precisamente à restituição do preço num contrato nulo por falta de forma 20 anos depois da celebração do contrato.

([185]) Robert Wintgen, *La Retroactivité de l'Anéantissement en Droit Comparé*, Revue des Contrats 2008, n.º 1, p. 73, ss. O autor, que identifica nada menos que três diferentes conceções de retroatividade, observa que "o conceito de retroatividade é um instrumento que é utilizado para resolver as dificuldades consecutivas ao fracasso de uma relação contratual", mas as soluções que podem

devendo operar se e na estrita medida em que tal seja necessário para lograr os efeitos pretendidos com a resolução — aliás, a nossa lei afirma expressamente que a retroatividade não deve contrariar a finalidade da resolução (parte final do n.º 1 do art. 434.º do Código Civil). A retroatividade é uma ficção jurídica que não apaga a existência do contrato — mormente quando estamos a considerar a resolução em que foi celebrado um contrato válido, e não uma hipótese de invalidade — e não é, por conseguinte, uma "máquina do tempo"(189) que permita às partes "viajar" de regresso ao momento anterior àquele em que celebraram o contrato(190) (ou, porventura com mais rigor face á tese de Stoll, ao momento em que o contrato começou a não ser corretamente cumprido). A norma do art. 435.º n.º 1 — que se inspirou numa disposição do Código Civil italiano que já foi qualificada de sibilina(191) — mostra bem que esta retroatividade é uma

---

deduzir-se deste conceito são incertas e frágeis e, sobretudo, elas camuflam a verdadeira questão que é a da justa repartição dos riscos consequentes ao fracasso do contrato.

(186) Pascal Ancel, *La résolution pour inexécution: évolutions récentes du droit français*, in Il Contratto e le Tutele, Prospettive di Diritto Europeo, coord. por Salvatore Mazzamuto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 398, ss., p. 415: "a retroatividade da resolução não é uma necessidade técnica, mas uma opção de política jurídica ligada à eficácia da sanção: o escopo é o de, simultaneamente, liberar o credor de uma obrigação que o incumprimento do devedor tornou injusta e sancionar o contraente autor do incumprimento, privando-o dos benefícios que retirou do contrato, sem fornecer a contrapartida. Desde que a execução do contrato pareça divisível no tempo, a retroatividade só se impõe se for necessária para atingir os seus objetivos: se no passado o contrato funcionou corretamente, não há qualquer razão para alterar o que foi executado".

(187) Elena Bargelli, *ob. cit.*, p. 338, afirma que a retroatividade "despojada da veste de dogma" constitui uma mera técnica jurídica, funcional a criar uma realidade o mais próxima possível àquela que se teria verificado se os factos ou efeitos que se pretende remover não subsistissem ou não se tivessem produzido.

(188) Historicamente a aproximação realizada pela jurisprudência e doutrina francesas entre a resolução e a condição resolutiva tácita, consagrada na versão originária do Código Civil francês, contribuiu, como destaca Rodolfo Sacco, *Il Contratto, In Trattato di Diritto Civile Italiano*, dir. por Filippo Vassalli, Vol. VI, Tomo secondo, UTET, Torino, 1975, pp. 943-944, para "acreditar no alcance retroativo absoluto da resolução". Cf., igualmente, Adolfo di Majo, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, Europa e diritto privato, 2001, p. 531, ss., p. 553: O princípio da retroatividade é filho da ideia de que o incumprimento deve assimilar-se a uma condição resolutiva que deve entender-se implicitamente introduzida no contrato. Pondo-se de parte essa ideia, a retroatividade já não se justifica.

(189) Philippe Stoffel-Munck, *Nullité, restitutions et peine privée*, Revue des Contrats 2016, n.º 2, p. 214, ss., p. 214: "A retroatividade é apenas uma ficção jurídica; não deve *a priori* estender-se para além do que exige a sua estrita razão de ser: fazer regressar ao património de cada um, *in natura* ou em valor, o que dele saiu por força da execução de um contrato nulo. Assim a lógica do fluxo e refluxo que anima a teoria das restituições não pretende fazer o contratante viajar no tempo".

(190) Wintgen, *ob. cit.*, p. 77.

(191) Bruno Schmidlin, *La Risoluzione del contratto nella prospetiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, Europa e diritto privato, 2001, n.º 4, p. 825, ss., pp. 841-842.

retroatividade limitada ou, nas palavras de Castronovo, uma retroatividade "débil"([192]).

Entre as partes do contrato que venha a ser resolvido a resolução tem, em princípio, efeito retroativo. Mesmo aqui podem, no entanto, suscitar-se questões: num contrato translativo de propriedade, por exemplo uma compra e venda que venha a ser resolvida, a (re)transmissão da propriedade para o vendedor opera automaticamente ou supõe antes um ato de transmissão do comprador para o vendedor (ato ao qual o comprador ficaria obrigado por efeito da resolução)? Este último entendimento foi sustentado em Itália por Auletta([193]) e implicava que o vendedor seria considerado como tendo adquirido a propriedade do comprador. Trata-se de um entendimento rejeitado pela doutrina dominante em Itália([194]) que sustenta hoje que desde que a titularidade do bem ainda pertencesse ao comprador a resolução da compra e venda opera *ex lege*, pelo que o vendedor volta a ser o proprietário desde o início (isto é, desde o momento da celebração do contrato)([195]/[196]/[197]). Na realidade, e mais uma vez, poderá ser necessário

---

([192]) Carlo Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospetiva del diritto italiano*, Europa e diritto privato 1999, p. 793, ss., p. 799. Na verdade, o autor vai ainda mais longe, afirmando que a "retroatividade *inter partes* é uma retroatividade *sui generis* e, para sermos rigorosos, uma não retroatividade" (*ob. cit.*, p. 798).

([193]) O autor da resolução deveria ser configurado, para Auletta, *ob. cit.*, p. 168, n. 37, como tendo adquirido do outro contraente. Verificar-se-ia com a resolução uma retransmissão coativa do direito para o seu originário titular, como sanção (recorde-se que Auletta foi um dos principais partidários da natureza sancionatória da resolução). Sobre o tema cf. Matilde Girolami, *Risoluzione, Mutuo Dissenso e Tutela dei Terzi*, Rivista di Diritto Civile 2009, Parte I, p. 181, ss., p. 184: Para Auletta, o autor da resolução deveria ser configurado, como tendo adquirido do outro contraente ("l'attore in risoluzione andrebbe configurato come un avente causa del convenuto").

([194]) Luigi Mengoni, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in Scritti II, Obbligazioni e Negozio, coord. por Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 475, ss. (trata-se de um artigo originariamente publicado na Rivista di Diritto Commerciale 1948, Parte I, pp. 300-309), p. 482: o resolvente não adquire da outra parte, mas volta a ser titular "por força do seu antigo título", embora a resolução não seja oponível aos subadquirentes ("L'attore in resoluzione non è un avente causa del convenuto, bensì retorna titolare in forza del suo antico titolo, per riflesso della revoca del rapporto traslativo; solo che tale revoca non è opponibile ai subacquirenti").

([195]) Fala-se aqui por vezes de uma retroatividade real relativa — assim Giuseppe Mirabelli, *Dei Contratti in Generale, Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Tomo Secondo (Titulo II), 2.ª ed., UTET, Torino, 1967, p. 567 e Mosco, *ob. cit.*, p. 269, por operar a transmissão da propriedade, mas outros autores criticam esta terminologia porque real significaria oponível a terceiros e a resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, pelo que haveria sempre que falar em retroatividade obrigacional. Neste sentido Enrico Enrietti, *ob. cit.*, p. 834.

([196]) Se a venda for resolvida, mas o comprador, por exemplo, constituir um usufruto sobre o prédio vendido, a propriedade "regressará" ao vendedor, mas onerada com o usufruto, colocando-se então, além da restituição em espécie a questão da indemnização (outros dirão antes restituição em valor) da diferença de valor entre o prédio livre de quaisquer ónus e encargos e onerado com o usufruto.

algum realismo quanto aos limites da retroatividade quando se tem em conta a possibilidade de atos de mera administração praticados sobre a coisa pelo comprador([198]).

9.2. Os direitos adquiridos por terceiros

A resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiros([199]). Afigura-se-nos que a norma do art. 435.º é imperativa, não podendo as partes do contrato que será ou foi resolvido pretender afastá-la([200]).

Aqui, e ao contrário do que sucede nos contratos inválidos, os terceiros adquirem *a domino* e os seus direitos não podem ser prejudicados pela resolução. A norma do art. 435.º n.º 1 afasta a aplicação neste contexto do art. 291.º, já que a equiparação feita pelo art. 433.º dos efeitos da resolução à nulidade ou anulabilidade ressalva expressamente os artigos seguintes (e, portanto, o art. 435.º). Concordamos, assim, inteiramente, com a afirmação de Pires de Lima e Antunes Varela de que "não interessa já o disposto

---

([197]) Mauro Paladino, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 230: A resolução por incumprimento é estruturada *ex lege* como dissolução da relação cuja retroatividade consente ao credor [resolvente] prosseguir na titularidade do direito antecedente à conclusão do contrato, sem ser considerado sucessor a título particular da contraparte.

([198]) Cf. Vaz Serra, *ob. cit.*, p. 223: "Os actos de administração, realizados sobre a coisa que é objecto do contrato, não devem ser atingidos pela resolução deste. Tais actos são realizados por quem, na data em que o são, tem legitimidade para os praticar e, portanto, terceiros com quem sejam celebrados, não devem ser prejudicados pela resolução do contrato. Se, por exemplo, o contraente B, tendo recebido de A certo objecto, cede o uso dele a C, esta cessão não é prejudicada pela resolução do contrato entre A e B. Aplicar-se-ia a doutrina proposta em relação aos terceiros adquirentes". No mesmo sentido Brandão Proença, *A Resolução do Contrato…*, *cit.*, p. 171, n. 503, invocando o lugar paralelo da condição resolutiva: "São ainda intocáveis os actos de administração (*v.g.* um arrendamento por prazo não superior a seis anos) realizados até ao momento da resolução (cf. o art. 277.º, 2, do C.C., embora no domínio da condição resolutiva)". Sobre os atos de administração ordinária na condição resolutiva cf., por todos, Ana Isabel Afonso, *A Condição, Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, p. 385, ss. A solução da manutenção destes atos, refere a autora, "é facilmente explicada na perspetiva do aproveitamento económico da coisa".

([199]) Destaque-se a existência de alguma polémica em Itália sobre quem são os "terceiros" para efeitos de aplicação da norma. Matilde Girolami, *ob. cit.*, p. 186, defende que terceiro seria aqui aquele que adquire a título particular por ato entre vivos, excluindo o legatário. Contra Ugo Carnevali, *Gli Effetti della Risoluzione*, in Il Contratto in Generale, Tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, Vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 189, ss., p. 217, que considera que o legatário é um terceiro para este efeito.

([200]) No mesmo sentido em Itália perante a norma correspondente Angelo Belfiore, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 1307, ss., p. 1311, que afirma que a sua imperatividade é por assim dizer *in re ipsa*.

no art. 291.º, visto que os efeitos em relação a terceiros têm regulamentação própria no art. 435.º"([201]).

O art. 435.º protege os direitos adquiridos por terceiros, independentemente de tais direitos terem sido adquiridos a título oneroso ou a título gratuito, seja qual for a natureza de tais direitos (sejam eles reais ou de crédito)([202]) e também independentemente da boa ou da má fé dos terceiros([203/204/205]). Relativamente a este último aspeto, Pires de Lima/Antunes Varela afirmam que "não há, rigorosamente, na resolução, má fé de terceiros" porque "[e]stes, embora conheçam a possibilidade legal ou contratual do exercício do direito de resolver o negócio, não têm de agir em conformidade com o exercício ou não exercício de tal direito"([206]).

([201]) Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Código Civil Anotado, Vol. I, 4.ª ed. revista e atualizada (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao art. 433.º, p. 410.

([202]) A questão, perante norma similar ao nosso art. 435.º n.º 1, o art. 1458 do Codice Civile, não é pacífica em Itália. Castronovo, *ob. cit.*, p. 827, interroga-se se os direitos dos terceiros que não são prejudicados pela resolução do contrato não deveriam ser apenas os direitos reais. Comparar com Marco Rossetti, *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 306: direitos adquiridos pelo terceiro que não podem ser postos em causa pela resolução são tanto os direitos reais como os direitos de crédito.

([203]) Pietro Trimarchi, *Il Contratto: Inadempimento e Rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 76: "A fim de simplificar radicalmente a situação dos terceiros adquirentes, estes são sempre tutelados, sem indagar se sabiam ou não do incumprimento. O incumprimento e a resolução que pode eventualmente seguir-se não lhes dizem respeito".

([204]) E quer tenha havido entrega da coisa ao terceiro ou não, já que no nosso sistema legal a transmissão da propriedade opera, em princípio, por mero efeito do contrato, sem necessidade de entrega. Como refere face ao direito italiano Arturo Dalmartello, *Risoluzione del Contratto*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. XVI, Utet, Torino, 1959, p. 127, ss., p. 146, "[p]ara adquirir o bem — isto é, para prevalecer sobre o (originário) alienante (a favor de quem operará, depois a resolução) — o terceiro adquirente (subadquirente daquele que sofrerá a resolução) não carece nem de ter a posse da coisa, nem de estar de boa fé (isto é de ignorar que quem lhe alienou a coisa é incumpridor), precisamente porque adquire *a domino* e continuará a ser considerado como tendo adquirido *a domino* depois da resolução dada a irretroatividade dos efeitos desta em relação a terceiros".

([205]) Contra Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 926 que defende uma interpretação restritiva do art. 435.º n.º 2, a qual conduziria a que, além de apenas serem protegidos os terceiros adquirentes a título oneroso, também só seriam protegidos os terceiros de boa fé, ou seja, "aqueles que no momento da aquisição, desconhecessem, sem culpa, o fundamento da resolução, por extensão do art. 291.º/1 e 3". Não sufragamos este entendimento. Walter Bigiavi, *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1954, p. 128, ss., p. 132, reafirmando o que já tinha escrito em 1934, pergunta: como se pode dizer estar de má fé o comprador que sabe que a coisa que lhe está a ser vendida não foi ainda paga por quem lha vende? O facto de que tal pagamento não se realizou não é um vício do negócio cujo conhecimento implique a má fé de quem compra ao vendedor inadimplente. E acrescenta, mesmo, que "sustentar uma tal aberração significaria dar um golpe mortal ao comércio".

([206]) Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), *ob. cit.*, anotação ao art. 435.º, p. 411. Os autores ressalvam apenas o disposto no art. 932.º no caso de venda a retro se a cláusula tiver sido objeto de registo.

Com efeito, se, por exemplo, uma venda for resolvida por falta de pagamento do preço, o terceiro que comprou a coisa ao comprador daquela primeira venda pode nem sequer suspeitar da falta de pagamento do preço por quem lhe vendeu a coisa. Mas mesmo que suspeite e até mesmo que saiba, trata-se de uma questão que lhe é alheia e não lhe diz respeito(207/208) — comprou a quem era proprietário da coisa e a resolução do primeiro contrato não lhe é oponível (com a exceção do n.º 2 do art. 435.º). Será, porventura, de admitir solução diversa, em casos de conluio, em que o terceiro não apenas saiba que quem lhe vende a coisa não a pagou, mas tenha colaborado ativamente com aquele de modo a causar prejuízo ao primitivo vendedor e resolvente(209/210/211).

Como já referimos, também as aquisições a título gratuito não devem ser prejudicadas pela resolução. Pode, todavia, questionar-se se o art. 435.º n.º 1 afasta apenas o art. 291.º, mormente o seu n.º 1, ou se não deverá afastar igualmente o disposto no n.º 2 do art. 289.º. Suponha-se que A vende a B uma joia e que B a doa a C. Se a venda for resolvida por exemplo por falta de pagamento do preço e B não conseguir restituir o valor da mesma a A, poderá A exigir a C o valor da joia, pelo menos na medida do enriquecimento deste último?

Perante normas similares a questão é controvertida em Itália. Castronovo(212), por exemplo, sustenta que apesar da resolução não poder prejudicar direitos adquiridos por terceiros e, por conseguinte, não afetar a titularidade destes dos direitos objeto de disposição no contrato resolvido, tal

---

(207) Vaz Serra, *ob. cit.*, p. 199, afirma que "[t]erceiros não têm que ser atingidos por uma resolução baseada numa convenção entre as partes e que, por isso, só a estas obriga" e acrescenta: "Se esses terceiros são de má fé, isto é, adquiriram o direito com conhecimento do direito de resolução, afigura-se deverem ser também defendidos contra os efeitos da resolução".

(208) Em sentido diverso, parece-nos, Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 205: "[A] irrelevância da actuação de má fé por parte do terceiro suscita alguma perplexidade".

(209) Vaz Serra; *ob. cit.*, p. 209, n. 91: "Se o terceiro adquire com conhecimento do direito de resolução e com a intenção de prejudicar o titular deste direito, pode ser caso de responder por indemnização com base nos princípios do abuso do direito ou do dano causado contra os bons costumes".

(210) Gianlucca Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, in Gianlucca Sicchiero/Massimo d'Auria/Francesca Galbusera, *Risoluzione dei Contratti, Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, dir. por Pietro Perlingieri, Sezione IV,11, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 1, ss., pp. 131-132: Será necessária a prova da existência deste conluio com o terceiro para poder proteger o resolvente.

(211) Giuseppe Auletta, *ob. cit.*, p. 253, considerava, no entanto, que o subadquirente estaria de má fé se soubesse não apenas que quem lhe vende a coisa ainda não a pagou, mas também que não está, ou provavelmente não estará, em condições de pagá-la, o que para o autor seria já um caso de fraude.

(212) Castronovo, *ob. cit.*, p. 825.

não impede que possa haver efeitos "colaterais, inferiores e, portanto, compatíveis" como seria o art. 2038 (equivalente ao nosso n.º 2 do art. 289.º). Assim, o terceiro não teria que restituir a coisa que agora é sua e integra o seu património, mas poderia ter que responder pelo seu enriquecimento, quando a sua aquisição fosse a título gratuito, o que corresponderia ao princípio geral da menor proteção das aquisições a título gratuito([213]). Contra pronunciou-se Nicolussi que, destacando que aqui o terceiro adquire, mesmo que a título gratuito, *a domino*, entende que forçar o terceiro a restituir o valor da coisa, mesmo que no limite do enriquecimento, é, ainda, uma forma de prejudicar o seu direito([214]). Pensamos que a tese mais correta é a sustentada por Nicolussi, sendo, aliás, a defendida, entre nós, por Brandão Proença([215]).

O art. 435.º n.º 2 estabelece que "o registo da ação de resolução que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da ação". Verifica-se aqui, contudo, uma dificuldade, a qual de resto existe também no ordenamento italiano em que o legislador português se inspirou: é que, como resulta do art. 436.º n.º 1, "a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte", sem necessidade, pois, de qualquer ação judicial. É muito controverso na doutrina portuguesa — tal como, de resto, na doutrina italiana — se esta declaração

---

([213]) Entre nós parece ser esse o entendimento de Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), *ob. cit.*, anotação ao art. 434.º, p. 411, uma vez que afirmam que "a eficácia retroactiva não é completa nos casos previstos no n.º 2 do art. 289.º", que consideram assim ser aplicável á resolução. Cf., igualmente António Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pp. 925 e 926 (nesta última afirma-se que "apenas são tutelados os terceiros adquirentes a título oneroso"). Também Joana Farrajota, *ob. cit.*, p. 46, afirma que "importa referir que, excepcionalmente, por força do disposto no n.º 2 do art. 289.º, pode a obrigação de restituição estender-se a terceiros".

([214]) Andrea Nicolussi, *Lesione del Potere di Disposizione e Arricchimento, Un'Indagine sul Danno Non Aquiliano*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 143, ss. Na hipótese de resolução a aquisição do terceiro é feita *a domino* o que deveria excluir o art. 2038 c.c. no segmento em que permite ao *solvens* agir no confronto do terceiro que adquire a título gratuito do *accipiens indebiti*.

([215]) José Carlos Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil, Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra Editora, 1996, p. 168, nota 493: "Não nos parece que o art. 289.º n.º 2 do C.C. possa ser aplicado, ou pelo menos aplicado totalmente, à relação de liquidação resolutiva não só devido ao disposto no art. 432.º n.º 2, mas também aos termos amplos em que os direitos de terceiros são reconhecidos no art. 435.º do C.C.". Cf., também, p. 180, n. 538: "Tal como dissemos *supra* (nota 493) não reputamos aqui aplicável (mesmo em relação ao titular do direito) o art. 289.º, 2, do C.C. (e que faria com que o adquirente tivesse que suportar, em dados termos, a restituição em valor consequente a uma alienação gratuita), em virtude do disposto no art. 432.º, 2, e da natureza espacial (marcadamente protectora) do art. 435.º do C.C.". Mais recentemente, do mesmo autor, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, p. 381, n. 1055.

produz imediatamente o efeito da resolução do contrato, mesmo que destituída de fundamento genuíno, questão a que aludiremos *infra*. Em todo o caso, bem pode suceder, sobretudo se o autor da resolução pretender apenas o efeito liberatório desta (sem necessidade de restituição das prestações que podem nem sequer ter sido ainda executadas e, porventura, não pretendendo qualquer indemnização) que à declaração não se siga sequer qualquer ação judicial. E mesmo que tal ação judicial venha a ter lugar, seja por iniciativa do autor da resolução (que pretende, por exemplo, a restituição das prestações, sem que consiga o acordo da contraparte) ou do destinatário da declaração resolutiva, a tese dominante é a de que a sentença que reconheça a resolução é meramente declarativa. Seja como for, a opção pela resolução por mera declaração à outra parte parece deixar neste aspeto o titular do direito de resolução mais vulnerável perante terceiros, não havendo (ou não havendo ainda) registo da ação([216]).

9.3. A resolução nos contratos de execução continuada ou periódica

O art. 434.º n.º 2 do nosso Código Civil, inspirando-se no art. 1458 do Codice Civile, consagra que "[n]os contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efetuadas, exceto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas". Deixando, por ora, de lado a questão de saber se *de iure condendo* não seria preferível outra formulação, como, por exemplo, a adotada pela Reforma de 2016 do Código Civil francês([217]), a norma é frequentemente considerada como uma exceção ao efeito retroativo da resolução consagrado no n.º 1 do mesmo artigo. Todavia não só também aqui pode haver alguma retroatividade, ainda que mitigada, como a regra e a

---

([216]) A situação estava prevista no art. 3.º n.º 3 do articulado proposto por Vaz Serra: "O titular do direito de resolução, que declare esta à outra parte, pode fazer anotar no registo, se o contrato versar sobre bens para que exista registo, essa declaração, prevalecendo então o seu direito sobre os de terceiro, que depois adquira ou registe direitos relativamente aos mesmos bens".

([217]) Como se pode ler no art. 1229 (3) do *Code Civil* quando as prestações intercambiadas só podiam ter a sua utilidade com a execução completa do contrato devem ser restituídas na íntegra, mas se, porventura, tais prestações foram sendo úteis à medida em que foram sendo reciprocamente executadas, a restituição só deve ter lugar a partir da última prestação que se quedou sem contrapartida ("Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution compléte du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution reciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ces cas, la résolution est qualifiée de résiliation").

pretensa "exceção" podem, no fundo, ser explicitações, corolários, do mesmo funcionamento da resolução([218]).

Como refere Pietro Trimarchi([219]), os contratos de execução continuada ou periódica são aqueles em que ao menos uma das prestações é continuada ou periódica e satisfaz, à medida que vai sendo realizada, o interesse da contraparte; a essa prestação pode corresponder ou uma contraprestação proporcional igualmente continuada ou periódica, ou uma quota proporcional de uma contraprestação divisível([220]). É o caso, por exemplo, de contratos de locação, de prestação de serviços de vigilância e manutenção de equipamento, de fornecimento. Nestes contratos é possível autonomizar uma fase em que o contrato "funcionou", isto é, em que a operação económica visada pelo contrato se realizou plenamente (ainda que limitada no tempo), satisfazendo os interesses das partes, fase que não deve ser posta em causa pela resolução([221]).

Alguma doutrina italiana tem destacado que ainda aqui se pode falar de uma certa retroatividade da resolução, só que esta só opera "em relação aos "pares" de prestações que não foram executadas"([222/223/224/225]).

([218]) Para Diogo Costa Gonçalves/Rui Soares Pereira, *ob. cit.*, p. 459, o disposto no art. 434.º, n.º 2, não representa uma verdadeira exceção à eficácia retroativa da resolução, mas "sim ao alcance da retroatividade no que tange às prestações já efetuadas e ao dever de restituição, atendendo à estrutura especial deste tipo de contrato".

([219]) *Ob. cit.*, p. 75. Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), *ob. cit.*, anotação ao art. 434.º, p. 411, dão outros exemplos: o contrato de sociedade e o contrato de trabalho.

([220]) Porventura mais restritiva é a posição de Michele Tamponi, *La Risoluzione per Inadempimento*, in I Contratti in Generali, dir. por Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999, Tomo II, p. 1477, ss., p. 1524: "Não podem considerar-se abrangidos pelo art. 1458 c.c. os contratos em que a uma prestação continuada ou periódica de uma das partes se contraponha uma prestação instantânea da outra; devem, ao invés, considerar-se abrangidos, os contratos em que a uma prestação continuada se contraponha uma outra periódica, porque em tal caso a correspetividade reflete-se sobre todas as prestações pelas quais o contrato foi executado".

([221]) Angelo Belfiore, *ob. cit.*, pp. 1329-1330: "Tal disposição [refere-se ao art. 1458(1) equivalente ao nosso art. 435.º n.º 2] aplica-se nos casos em que a autonomização de uma fase da relação, completamente executada por ambos os contraentes, é compatível com a lógica global ("complessiva") da operação económica no seu conjunto tal como consta do contrato".

([222]) Andrea Montanari, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 79.

([223]) Alguns autores falam aqui de uma variante de resolução parcial. Cf. Michele Tamponi, *ob. cit.*, p. 1524. Não desenvolveremos neste estudo a temática da resolução parcial, sendo que para uma parte da doutrina portuguesa a mesma não seria admissível traduzindo-se em uma modificação unilateral do conteúdo do contrato (cf., por exemplo, Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 929; Daniela Farto Baptista, *Anotação ao art. 432.º, Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, coord. por José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 135). Mas um segmento da nossa doutrina admite-a em certas situações — veja-se, por exemplo, João Cura Mariano, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª ed.

Num dos estudos mais interessantes que nos foi dado ler sobre este tema, um autor belga([226]), mostra-se muito crítico sobre a distinção entre os contratos de execução instantânea e os de execução continuada ou periódica, para concluir que "a situação que incita a rejeitar a aplicação de uma retroatividade integral é aquela em que o contrato conheceu, primeiro, um período fausto, em que foi executado normalmente", acrescentando que "a resolução é a sanção do incumprimento: deve hesitar-se em destruir o que foi corretamente prestado" e "deve dar-se prioridade à sobrevivência, mesmo que só parcial do contrato"([227]), o que corresponderá em regra à

---

revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 126: "Mas se a obra resulta na realização ou intervenção em várias coisas independentes entre si, e o defeito que importa uma inadequação à finalidade apenas atinge algumas dessas coisas, deve admitir-se uma resolução parcial do contrato, restrita às coisas afectadas". Destaque-se que para boa parte da doutrina italiana há situações em que não parece haver obstáculo à resolução parcial. Ugo Carnevali, *Gli Effetti della Risoluzione*, in Il Contratto in Generale, Tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, Vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 189, ss., pp. 214-215, defende que a resolução parcial do contrato é de admitir desde que estejam reunidas as seguintes três condições: 1) o objeto das prestações contratuais deve ser composto de uma pluralidade de bens cada um com a sua própria individualidade económico-funcional que consinta a sua utilização separada (pense-se na venda de três veículos) ou de uma quantidade de coisas fungíveis ou de uma pluralidade de serviços distintos (por exemplo, o fornecimento de três distintos programas de software para três filiais de uma sociedade; 2) deve ter sido acordado para cada um dos bens um correspetivo específico e não um correspetivo global para toda a prestação contratual ou (tratando-se de uma quantidade de coisas fungíveis) deve ter sido acordado um correspetivo em razão de unidade de medida; 3) a vontade das partes (e o seu interesse) não deve ter considerado incindível a prestação contratual complexa.

([224]) Para Ugo Carnevali, *ob. cit.*, 205-206, os casos em que se aplica a irretroatividade [melhor, segundo o autor, a retroatividade limitada] são aqueles em que a execução do contrato se faz por "parelhas" ["copie"] de prestações que vão sendo executadas *pari passu* de modo a realizar constantemente o equilíbrio sinalagmático entre prestação e contraprestação, de tal modo que podem ser jurídica e economicamente separadas das "parelhas" anteriores e das posteriores. Todavia, o autor acaba por criticar quem sustenta que o art. 1458(1) é inaplicável aos contratos com prestação única, mas de execução fracionada, dada a unicidade da prestação. Para Carnevali trata-se de uma posição excessivamente rígida e que não atende ao interesse do credor. "A valoração quanto à resolução deve ser feita, caso a caso, atendendo ao interesse do contraente que deve receber a prestação única, ainda que fracionada" (*ob. cit.*, p. 207). Em sentido diverso, entre nós, Paulo Mota Pinto, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2010*, processo n.º 1285/07, RLJ n.º 3968, p. 315, ss., pp. 318-319: "a excepção à retroactividade da resolução prevista no art. 434.º, n.º 2 do Código Civil *não diz respeito* às obrigações com prestação fraaccionada ou repartida, como a obrigação do comprador na venda a prestações, mas apenas às obrigações duradouras de execução continuada ou periódica".

([225]) Giovanni Gabrielli, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1974, Parte II, p. 725, ss., p. 734: "O remédio resolutório opera, portanto, nos contratos duradouros não *ex nunc*, mas retroagindo ao momento em que se verificou o incumprimento perturbador do sinalagma contratual".

([226]) Marcel Fontaine, *La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive*, Revue Critique de Jurisprudence Belge, Ano 44, 1990, p. 382, ss.

([227]) Aut. e *ob. cit.*, p. 398.

vontade das partes. Mesmo sem compartilhar a tese de que a resolução do contrato tenha natureza de sanção, parece que a retroatividade mais intensa não corresponderia, neste caso, à própria finalidade da resolução (ver art. 434.º n.º 1 parte final). Mas, para tanto, não é suficiente que o contrato tenha sido corretamente executado durante um certo período de tempo, mas, como o autor refere, é ainda necessário que essa fase de execução tenha satisfeito os interesses das partes, mormente do resolvente: "[a] resolução é retroativa, é pronunciada para ter efeitos desde a data da conclusão do contrato, sempre que o incumprimento afete economia do conjunto da convenção; a resolução será limitada e só produzirá efeitos a partir da data em que se constata a existência de incumprimentos graves, quando estes não põem em causa a utilidade recíproca do que foi anteriormente prestado em benefício comum"([228])("presté à la satisfaction commune")([229]).

10. Frutos, valor de uso, benfeitorias

Uma das matérias mais controvertidas relativamente aos efeitos da resolução por incumprimento é a que diz respeito aos frutos (naturais e civis, isto é, os juros), ao valor do uso e às despesas suportada com a coisa pelo obrigado à restituição, ou seja, as benfeitorias. Antes de analisar as soluções do nosso Código Civil — que nesta matéria se distanciam em

---

([228]) Aut. e *ob. cit.*, p. 399. O autor acrescenta: "Não é suficiente para que a resolução não tenha eficácia retroativa [total] que o contrato tenha conhecido uma fase de execução correta. É também necessário que essa fase tenha sido satisfatória. Por vezes, o contrato forma um todo indivisível, de tal modo que o incumprimento de uma parte das obrigações afeta necessariamente o conjunto. A convenção só satisfaz o seu escopo se tiver sido executada corretamente do princípio ao fim. É o que se passa com a construção de uma obra [uma empreitada]: mesmo que o rés-do-chão de um edifício esteja bem construído ele não constitui em si mesmo uma prestação satisfatória. A autoescola que interrompe após algumas aulas, a série de aulas que deveria permitir ao aluno obter a licença de condução, não forneceu uma execução parcial correta, mas faltou por completo às suas obrigações". Noutras hipóteses uma série de prestações cabem no âmbito da execução de um único contrato, mas as prestações são perfeitamente separáveis: pense-se em um contrato de fornecimento periódico de uma certa quantidade de matérias-primas.

([229]) *De iure condendo*, parece-nos mais feliz do que a solução consagrada no nosso art. 434.º n.º 2, aqueloutra que consta agora, após a Reforma de 2016, do art. 1229 (3) do Code Civil francês: "Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution compléte du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution reciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ces cas, la résolution est qualifiée de résiliation".

alguma medida, mais uma vez, das soluções acolhidas por legislações mais recentes como a alemã e a francesa (nas versões resultantes das respetivas reformas legislativas) —, convirá fazer uma referência, ainda que muito breve. à polémica doutrinal a este propósito. Como destaca Elena Bargelli(230), em matéria de restituição dos frutos e do valor do uso encontram-se as soluções mais variadas na doutrina que vão desde a irretroatividade(231) até à restituição integral dos mesmos.

Para alguns autores, tendo a resolução eficácia retroativa resultaria daqui, quase linearmente, a obrigação de restituir os frutos (e, porventura, também o valor de uso) e outras utilidades. Assim Dalmartello afirmava que "[s]e o efeito real produzido pelo contrato consistia na transmissão da propriedade, a transmissão [com a resolução] cai e revive a propriedade do alienante, como se nunca tivesse deixado de ser o proprietário, com uma óbvia consequência no que respeita aos frutos e às utilidades em geral (acessórios e similares) que a coisa tivesse *medio tempore* produzido e que são atribuídas ao alienante (o que fará surgir uma obrigação de restituição ou de indemnização a cargo do adquirente no caso em que ele tenha perce-

---

(230) *Ob. cit.*, p. 399. A autora acrescenta, *ob. cit.*, p. 400, que "a dificuldade em formular uma regra geral em matéria de restituição dos frutos reside na impossibilidade em transpor neste campo *sic et simpliciter* a linearidade da norma que, pressupondo a equivalência entre o dado e o recebido, impõe a restituição da prestação principal. Também a combinação com o ressarcimento do dano — que na resolução por incumprimento pode concorrer com as obrigações de restituição — é, para os frutos, mais complexa e delicada ["articolata"] do que o que ocorre com a prestação principal". A referência à reparação do dano explica-se porque, para a autora, *ob. cit.*, pp. 410-411, caso se entenda que o contraente que resolve o contrato pelo incumprimento do outro tem direito a ser indemnizado pelo interesse contratual negativo, então a repetição da prestação principal e dos seus frutos desde o início é perfeitamente compatível com a indemnização desse interesse negativo. Trata-se de colocar o contraente fiel que resolve o contrato numa posição tanto quanto possível similar àquela em que ele se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado (assim por exemplo, indemnizando-o das despesas que fez com a celebração do contrato e com a execução da sua prestação). Nesta situação é coerente que ele tenha direito aos frutos e juros que poderia receber se o bem tivesse permanecido na sua disponibilidade. Neste caso também o contraente incumpridor teria direito à restituição dos frutos da sua prestação. Mas se se considerar que a o contraente que resolve o contrato tem direito a uma indemnização calculada em função do seu interesse positivo, pode questionar-se se lhe deveria ser permitido obter o valor dos frutos da sua própria prestação. Efetivamente se o que se pretende é colocá-lo na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido pontualmente, corretamente, cumprido, ele teria direito à restituição do que prestou (valor que deve ser tido em conta para se calcular o seu dano, mormente o seu lucro cessante), mas parece ilógico atribuir-lhe o lucro que retiraria do contrato e, além disso, o valor de uso [ou os frutos] do bem de que não disporia naquele período para executar o contrato.

(231) Boyer, *ob. cit.*, p. 36: "A regra geral que atribui à resolução um efeito absoluto sobre o conjunto do contrato sofre várias derrogações fundadas na equidade e na utilidade prática. A primeira respeita aos atos de administração realizados entre a conclusão do contrato e a sua resolução (…) as mesmas razões de utilidade prática levam a admitir em geral que a restituição não compreende os frutos produzidos pela coisa até à resolução. Mas esta opinião é ainda muito contestada".

bido tais frutos ou realizado essas utilidades)"([232/233/234]). Entre nós posição similar parece ter sido a defendida por VAZ SERRA([235]).

Outros ainda sustentam que a restituição dos frutos e de outras utilidades deve seguir a sorte das prestações principais. Deste modo, BELFIORE afirma que "[o] problema da restituição dos frutos e dos juros relativos à fase de execução da relação é um problema que na ótica da conservação do incremento patrimonial consagrado no contrato a favor do autor da resolução, logicamente só tolera uma solução: os frutos e os juros, enquanto valores conexos com o valor de uso das prestações intercambiadas consideram-se definitivamente adquiridos no património de ambos os contraentes, na mesma maneira como será considerado definitivamente adquirido o valor capital das prestações"([236]).

Sublinhe-se que para outro segmento da doutrina, o problema da restituição dos frutos situa-se, em rigor, "fora" do âmbito da restituição([237]). Tal é sustentado, desde logo, por quem considera que a restituição opera segundo a imagem de um fluxo seguido de refluxo([238]) ou que, como

---

([232]) DALMARTELLO, *ob. cit.*, p. 145.

([233]) ANGELO LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, Giurisprudenza Commerciale 1990, p. 19, ss., p. 26, defende que a teoria mais "equilibrada" é a que impõe às partes (tanto á que cumpriu, como à que não cumpriu o contrato) a restituição dos frutos e dos juros a partir do momento da entrega da prestação. É "a mais coerente com a função da restituição dirigida a remover a alteração patrimonial (qualitativa e quantitativa) programada pelo contrato".

([234]) Boa parte da jurisprudência italiana segundo refere MICHELE TAMPONI, *ob. cit.*, p. 1527, n. 106, (menciona Cassazione, 20 de outubro de 1997, n. 10256; no mesmo sentido Cassazione, 12 de março de 1997, n. 2209) tem também decidido que devem ser restituídos os frutos, naturais e civis, desde o dia em que se teve a disponibilidade da coisa e se a outra parte o tiver pedido deve ser pago o equivalente pecuniário do uso e do gozo do bem no intervalo entre a data da entrega e a data da restituição.

([235]) VAZ SERRA, *ob. cit.*, pp. 221-222: 221-222: "Resolvido o contrato, devendo as coisas ser restituídas ao estado anterior ao mesmo contrato, devem naturalmente ser devolvidos os frutos percebidos e existentes. Devem também ser devolvidos os frutos não percebidos por negligência, se a parte, que deixou de perceber os frutos, devia contar com o exercício do direito de resolução".

([236]) ANGELO BELFIORE, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie*, in Scritti in onore di Giuseppe Auletta, II, Milano, 1988, p. 245, ss., pp. 278-279.

([237]) GENICON, *ob. cit.*, p. 693: "A utilidade que o bem proporcionou ao devedor da restituição no intervalo, tal como os frutos que este percebeu, não respeitam à questão das restituições, simplesmente porque estão fora, para além, dos efeitos da resolução". Para CLAUDIO TRANQUILLO, *Risoluzione per Inadempimento e Funzione delle Restituzione*, Europa e Diritto Privato 2015, n.º 4, p. 813, ss., pp. 853--854, trata-se, antes, de um problema a avaliar da perspetiva do enriquecimento sem causa: "o problema consiste em avaliar em que medida o *solvens* deve ser compensado pela riqueza produzida pelo *accipiens*, empregando a prestação realizada pelo primeiro, sem dissuadir as partes que confiam em que o negócio terá bom fim, de tirar o melhor proveito dos bens recebidos em execução do contrato".

([238]) GENICON, *ob. cit.*, p. 672: "Cada parte deve restituir a exata prestação contratual que recebeu. Tal permite circunscrever a extensão do objeto da obrigação de restituição a cargo de cada um dos contraentes: o credor da obrigação de restituir não deve receber nem mais nem menos do que aquilo

afirma Castronovo, "o efeito retroativo significa que a titularidade original dos direitos objeto do contrato revive, mas não resolve o problema do gozo eventualmente realizado pela parte que recebeu uma prestação, a qual, em seguida à resolução, passa a ser indevida"(239), problema para cuja solução não se poderia deixar de atender à boa fé de quem recebeu a prestação (boa fé que se traduziria no desconhecimento da obrigação de restituir).

Além da questão de saber a partir de que momento é que há que restituir os frutos, discute-se, igualmente(240), quais os frutos a restituir: apenas os efetivamente percebidos pelo *accipiens* ou, também, os frutos que poderiam ter sido percebidos, agindo com normal diligência? Neste aspeto, tendemos a concordar com Alessandro d'Adda quando o autor afirma que quem recebe uma prestação com fundamento em um título válido e eficaz (como sucede na execução de um contrato que depois vem a ser resolvido) pode legitimamente decidir-se a não tirar os frutos dos seus próprios bens. Assim só haveria que restituir os efetivamente frutos percebidos se estes fossem menos do que os que poderiam ter sido percebidos agindo com a diligência normal(241).

Entende-se, também, geralmente, que as regras aplicáveis aos frutos se devem igualmente aplicar ao uso dos bens.

---

que prestou". O princípio da identidade estrita ["stricte copie"] do refluxo resolutório e do fluxo contratual conduz o autor a rejeitar que a sorte dos frutos caiba na restituição das prestações, defendendo que haverá que aplicar outras instituições (quase-contratos e responsabilidade civil contratual). "A extensão das restituições deve ser decalcada exatamente sobre a extensão do efeito destrutivo da resolução: só se pode ordenar a restituição do que corresponde a um efeito contratual que foi destruído" (*ob. cit.*, p. 673). Cf., ainda, p. 693: "A utilidade que o bem proporcionou ao devedor da restituição no intervalo, tal como os frutos que este percebeu, não respeitam à questão das restituições". Em sentido oposto, Catherine Guelfucci-Thibierge, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 443, que defende que a restituição compreende os frutos da coisa ou o valor destes, desde a entrega da coisa e independentemente da boa ou da má fé do obrigado à restituição.

(239) Castronovo, *ob. cit.*, p. 813.

(240) Alessandro d'Adda, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, Rivista di Diritto Civile 2000, Parte II, p. 529, ss. Sublinhe-se que para d'Adda (*ob. cit.*, p. 559) a tese que sustenta que a obrigação de restituição dos acessórios existe a partir do momento em que a prestação é executada é a mais coerente com a natureza retroativa dos efeitos da sentença que se pronuncia pela resolução, e com a própria lógica repristinatória que conduz a que ambas as partes sejam reintegradas na situação anterior à execução de prestações que depois ficaram desprovidas de causa, o que abrange o valor de gozo das prestações.

(241) Aut. e *ob. cit.*, p. 564. O autor afasta-se assim da tese de Luminoso para quem deve ser sempre objeto de restituição o valor objetivo de gozo dos bens, representado pelo valor dos frutos percipiendos com a normal diligência por parte do *accipiens*. Para Luminoso, *ob. cit.*, p. 29, cada uma das partes deveria ter que restituir o valor objetivo de gozo da coisa-mãe, a partir do momento em que a recebeu até ao momento do pedido de resolução. Ocorrida a resolução, judicial ou extrajudicial, o *accipiens* teria a obrigação de restituir não só os frutos percebidos, mas os que poderia colher e (se superior) o equivalente dos frutos e utilidades perdidos pelo *solvens*.

Importa reconhecer que a lei francesa, após a reforma de 2016 — e contrariamente à jurisprudência dominante da *Cassation* até esse momento(242) — impõe a obrigação de restituição dos frutos e do valor de uso da coisa(243) e também a lei alemã impõe ao devedor da restituição a restituição dos frutos, inclusive os que teria podido perceber, bem como a restituição do valor de uso da coisa [§ 346(1) BGB: "die gezogenen Nutzungen herauszugeben"].

Entre nós, a remissão operada quanto aos efeitos da resolução pelo art. 433.º, com a ressalva dos artigos seguintes, implica, por força do disposto no art. 289.º n.º 3, a aplicação das regras previstas nos arts. 1269.º e seguintes em relação ao possuidor. Deste modo, o legislador português optou, através desta "dupla remissão" por aplicar as regras sobre a posse, regime que noutros ordenamentos é tido por inadequado(244/245) em sede de resolução do contrato.

De acordo com os arts. 1270.º e 1271.º há, pois, que distinguir consoante o obrigado à restituição esteja de boa ou de má fé(246). No primeiro

---

(242) Segundo informa Thomas Genicon, *Les conséquences de la résolution pour inexécution: la question de l'indemnité d'usage de la chose restituée*, Revue de Droit des Contrats 2008, p. 255, ss., p. 256, a Cour de Cassation entendia que no caso de resolução de uma compra e venda o comprador não tinha que restituir o valor do uso da coisa. Num caso decidido em 19 de dezembro de 2007 houve um hiato de 11 anos entre a venda de um imóvel (em 1990) e a sua restituição na sequência da resolução (em 2001) e durante esse período os compradores tinham vivido no prédio (durante um segmento temporal) e dado o mesmo de arrendamento (noutro período).

(243) Art. 1352-3 Code Civil: "La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est evaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation". No entanto, acaba-se por atender, na lei francesa, à boa ou má fé do *accipiens*, como decorre do art. 1352-7 que impõe ao devedor de má fé a restituição dos frutos percebidos e do valor de gozo da coisa desde a data da prestação, ao contrário do devedor de boa fé que só terá que restituir a partir do dia do pedido de resolução ("Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande"). Recentemente a Cour de cassation francesa, na hipótese da anulação de uma compra e venda em razão do dolo do vendedor decidiu que o vendedor tem direito, ainda assim, a título de restituição ao valor de gozo da coisa que foi entregue ao comprador, mas, por outro lado, este estando de boa fé apenas tem de restituir esse valor a partir do dia da propositura da ação (um comentário crítico pode encontrar-se em Sophie Pellet, *Des mystérieux liens entre restitutions et responsabilité*, Revue des Contrats 2025, p. 21, ss).

(244) Refira-se, no entanto, que no passado no ordenamento alemão o BGH invocou as regras da posse: cf. BGH 14-07-1995, JZ 1996, 151-153 e JuS 1996, 169-170.

(245) Marie Malaurie, *Les Restitutions en Droit Civil*, Éditions Cujas, Paris, 1991, pp. 34-35, considera que as regras sobre a posse, mormente quanto aos frutos, são inapropriadas para reger as restituições consecutivas a uma nulidade ou a uma resolução porque não têm em conta a reciprocidade das obrigações de restituição.

(246) Na doutrina francesa posterior à Reforma veja-se Jean-Baptiste Seube, *Le juge et les res-*

caso, o devedor da restituição, estando de boa fé "faz seus os frutos naturais percebidos", sendo que, de acordo com a letra do preceito que terá de ser interpretada de modo que tenha em conta a especificidade desta situação de resolução, como veremos, terá direito aos frutos "até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem" e "os frutos civis correspondentes ao mesmo período" (n.º 1 do art. 1270.º). Já o devedor da restituição que esteja de má fé "deve restituir os frutos que a coisa produziu até ao termo da posse e responde, além disso, pelo valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido" (art. 1271.º do Código Civil).

Gericon, por exemplo, rejeita a aplicação das regras sobre a posse, particularmente porque "as diferenças de regime que ela introduz entre possuidor de boa fé e possuidor de má fé são mal adaptadas nesta sede" e seria necessário, nas suas palavras, "deformar" o conceito de má fé utilizado no âmbito da posse([247]). Ora, importa reconhecer que os conceitos de boa fé na repetição do indevido e na posse têm, com efeito, de ser adaptados neste contexto.

Na repetição do indevido o *accipiens* está de boa fé quando acredita que a prestação lhe era devida (ou, pelo menos, não tem razões para suspeitar que a mesma não lhe era devida, carecia de causa justificativa). Na posse a boa fé existe se o possuidor não souber que a sua posse está a lesar o direito de outrem. Mas aqui, na hipótese de resolução do contrato, temos alguém que recebeu uma prestação que lhe era devida por força de um contrato perfeitamente válido e eficaz([248]).

Um segmento da doutrina italiana defende que o juízo sobre a boa ou má fé do *accipiens* seria função da sua posição relativamente ao evento que esteve na origem da resolução. Para Luigi Mosco, o incumpridor deve ser considerado de má fé pelo facto de que ele sabe não ter cumprido ou

---

titutions, Revue des Contrats 2016, n.º 2, p. 411, ss., p. 414, que precisamente se interroga se a boa fé deve apreciar-se tendo em conta a ignorância ou conhecimento do vício que os contraentes tinham no momento da celebração do contrato (sendo certo que na resolução de um contrato válido não há qualquer vício originário) ou se, em alternativa, poderia pensar-se que o contraente que violou os seus deveres contratuais, que pelo seu incumprimento culposo deu causa à resolução ou que fez cessar ilicitamente o contrato é um contraente de má fé para este efeito?

([247]) Gericon, *ob. cit.*, p. 711.

([248]) Ugo Carnevali, *Gli Effetti della Risoluzione*, in Il Contratto in Generale, Tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, Vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 189, ss., p. 193: "A qualificação do *accipiens* como estando de boa ou de má fé, fundamental para determinar o objeto da restituição, não pode ser transportada *sic et simpliciter* para o campo da resolução: no momento da *solutio* existe um título, válido e eficaz (o contrato) que justifica o pagamento, pelo que o *accipiens* deveria, em rigor, ser sempre considerado de boa fé".

não ter cumprido exatamente([249]/[250]). Semelhante é a tese segundo a qual defendida por Libertini e Moscati([251]), segundo a qual o juízo sobre a boa ou má fé do *accipiens* deve, por analogia, transformar-se no juízo sobre a imputabilidade ao accipiens do facto que dá lugar à resolução, com a consequência de que a norma sobre o accipiens de má fé se aplicaria às obrigações de restituição a cargo do incumpridor, mas não aos eventuais direitos à restituição que lhe possam caber.

Para Carlo Castronovo deveria equiparar-se à boa fé a ignorância da obrigação de restituir. Destarte, a parte "fiel" ao contrato só poderia considerar-se de "má fé" (mormente para efeitos de frutos e benfeitorias) quando tivesse proposto o pedido judicial de resolução ou declarada extrajudicialmente a resolução([252]), ao passo que o contraente incumpridor já poderia contar com a possibilidade de resolução antes disso — imagine-se a hipótese da parte que em uma permuta entrega um bem que sabe ser defeituoso ou o comprador que deixa de pagar o preço.

([249]) Aut. e *ob. cit.*, p. 279.

([250]) Cf., também, Rodolfo Sacco, *Il Contratto, In Trattato di Diritto Civile Italiano*, dir. por Filippo Vassalli, Vol. VI, Tomo secondo, UTET, Torino, 1975, pp. 944-945: "Se o contrato comportava prestações instantâneas, a resolução opera retroativamente entre as partes, eliminando assim os efeitos da convenção. Seguir-se-á que as prestações já efetuadas serão *sine causa* e darão lugar à repetição do indevido ou a restituições do enriquecimento, ressalvados os eventuais danos. Se tal é verdade, serão aplicáveis as normas que o legislador ditou em sede de repetição do indevido e de enriquecimento. Os frutos e os juros serão devidos do dia do pagamento se o accipiens estava de má fé (ou seja, se é o contraente que incumpriu) ou do dia da demanda se estava de boa fé (ou seja, se se trata do contraente fiel)".

([251]) *Cit apud* Angelo Belfiore, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie…*, *cit.*, pp. 249-250. Belfiore, *ob. cit.*, p. 259, critica este entendimento com o argumento de que a noção de má fé como condição psicológica acabaria por ser convertida numa situação de incumprimento imputável (*ob. cit.*, p. 258). Carnevali, *ob. cit.*, p. 194, fala de uma equiparação forçada entre a má fé e o incumprimento.

([252]) Carlo Castronovo, *ob. cit.*, p. 811: No caso da parte que incumpre o contrato, o conhecimento da obrigação de restituir coincide com o incumprimento ou com um momento anterior, uma situação objetivamente verificável que torna impossível o cumprimento e que o devedor não pode ignorar, ou com a comunicação do seu incumprimento pela outra parte (vícios da coisa denunciados pelo comprador ao vendedor). Para a parte fiel o conhecimento da obrigação de restituição coincide com a proposição da demanda de resolução ou factos equiparados (decorreu o termo essencial, do evento constante de cláusula resolutiva, exercício da cláusula resolutiva expressa). O autor não equipara propriamente incumprimento e má fé, mas defende que existe má fé quando se tem consciência ao menos da possibilidade de vir a ter de restituir o bem (*ob. cit.*, p. 814). Repare-se, todavia, que caso se exija o conhecimento efetivo da existência do dever de restituição, então, como destaca Carnevali, *ob. cit.*, p. 194, tal critério, se aplicado com rigor, conduziria a que o momento da propositura da ação de resolução (ou da declaração de resolução) seria o momento relevante para avaliar o estado psicológico de ambos os contraentes. Com efeito, para o contraente que resolve o contrato é apenas no momento em que ele opta pela resolução que ele sabe que deve restituir a prestação que recebeu e para o contraente incumpridor é também só nesse momento — e não no momento do incumprimento — que sabe que o outro escolheu a resolução e com tal escolha suprimiu a *iusta causa retinendi*.

A questão tem também sido debatida na doutrina pátria. Nuno Manuel Pinto Oliveira defende que:

> "[o] adquirente da coisa alienada através do contrato resolvido deverá ser considerado como possuidor de boa fé sujeitando-se ao regime do art. 1270.º do Código Civil, até ao momento em que o titular do direito de resolução o atue — e deverá ser considerado possuidor de má fé, sujeitando-se ao regime do art. 1271.º, desde o momento em que o titular do direito de resolução o exerça"(253).

Pedro Romano Martinez(254), por seu turno, afirma o seguinte sobre o tema:

> "A boa ou má fé da parte obrigada a devolver a prestação tem de ser analisada à luz do art. 1260.º do CC: a posse presumir-se-á de boa fé por se encontrar titulada pelo contrato que será, posteriormente, resolvido (art. 1260.º n.º 2 do CC), mas a presunção ilide-se sempre que se demonstre que o contraente sabia que estava a lesar direito da contraparte. Assim, se uma das partes celebra o contrato sabendo, desde logo, que não iria cumprir a sua prestação, viabilizando a resolução pela contraparte, pois pretendia auferir da vantagem do bem recebido, estará de má fé. Mas o afastamento da presunção de boa fé não se verifica só nestas situações limite, pois a atuação culposa de uma parte que, desse modo, viabiliza a resolução pela contraparte poderá igualmente permitir que, com facilidade, se conclua que aquele contraente atuou de má fé".

Tendemos a concordar com este autor. Havendo uma resolução por incumprimento em que existe uma parte "fiel" ao contrato e um incumpridor afigura-se-nos que a posição das partes não é simétrica e que tal assimetria tem de ser levada em linha de conta para decidir quem deve ser tratado para efeitos de frutos e benfeitorias de modo equivalente a um possuidor de boa fé e quem deve ser, ao invés, tratado como um possuidor de má fé. O contraente "fiel" que resolve o contrato em razão do incumprimento alheio deve, na nossa opinião, ser tratado como o possuidor de boa fé, até ao momento em que opte por resolver o contrato, momento em que não pode ignorar a obrigação que passa a existir de restituir a coisa que recebeu. Antes desse momento e mesmo que, por exemplo, já se tenha apercebido do defeito da coisa que lhe foi vendida, a resolução é apenas uma faculdade que pode ou não vir a exercer. Já quanto ao contraente incumpridor haverá que atender ao momento em que em razão do seu incumprimento pode contar com a possibilidade de o contrato vir a ser resolvido — por exemplo, o momento em que deixou de pagar o preço (na hipótese de resolução de uma compra e venda por falta de pagamento do

---

(253) Nuno Manuel Pinto Oliveira, *ob. cit.*, p. 886.

(254) Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato…*, *cit.*, p. 188.

preço) ou o momento em que entregou uma coisa cujo defeito essencial conhecia ou não podia deixar razoavelmente de conhecer.

Sublinhe-se que a lei distingue os encargos com a coisa (art. 1272.º) e as benfeitorias (art. 1273.º). Os encargos serão repartidos em função da atribuição dos frutos ("na medida do direito de cada um deles sobre os frutos no período a que respeitam os encargos"). Pode questionar-se se não deverá também ser essa a regra aplicável aos encargos necessários para o uso da coisa([255]).

11. O eventual concurso entre resolução e reparação do dano

Porventura uma das questões mais debatidas([256]) é a que respeita não propriamente aos efeitos da resolução, mas à indemnização que pode ser pedida conjuntamente com a resolução por incumprimento. Se é hoje pacífico — mesmo na Alemanha — que os dois "remédios" podem ser cumulados, persiste um aceso debate entre a interação entre eles e a medida do dano que deve ser reparado.

Antes de mais, queremos deixar bem claro que esta não é, em rigor, uma das questões que são objeto deste estudo, o qual se circunscreve aos efeitos da resolução por incumprimento. A resolução e a reparação do dano são remédios distintos([257]) que podem cumular-se e que podem ter o mesmo

---

([255]) A questão já se colocou em França com as despesas não com uma coisa, mas com um animal. A Cour de cassation francesa considera, em regra, que quando a venda é resolvida o vendedor deve proceder ao reembolso das despesas necessárias ou úteis para a conservação do bem. Em um acórdão de 19 de fevereiro de 2014 tratou-se da resolução de uma compra e venda de um cavalo que não tinha as qualidades requeridas (e asseguradas pelo vendedor) para a competição. Todavia, o cavalo tinha podido ser utilizado quer para reprodução, quer para adestramento pela filha do comprador. Neste caso, e como o animal tinha podido ser utilizado pelo comprador, o Tribunal entendeu que as despesas com manutenção do mesmo deviam ficar por conta do comprador que não teve direito ao reembolso das mesmas. Sobre este caso cf. Hugo Barbier, *L'étendue des restitutions consécutives à la résolution du contrat*, Revue trimestrielle de droit civil 2014, p. 363, ss., autor que, aliás, critica desfavoravelmente a solução.

([256]) Para Fabrizio Piraino, *Danno da Risoluzione, in Le Parole del Diritto*, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, Tomo I, p. 467, ss., p. 467, é mesmo "uma das questões mais controvertidas do direito das obrigações e dos contratos".

([257]) Pensamos que assiste toda a razão a Angelo Luminoso, *Della Risoluzione per Inadempimento*, *ob. cit.*, p. 18, quando sublinha que é "necessário distinguir resolução do contrato, por um lado, e ressarcimento do dano, por outro, constituindo eles medidas de tutela com pressupostos, finalidades substanciais e efeitos formais nitidamente diferentes". Cf., também, p. 185: "resolução e ressarcimento constituem duas técnicas distintas de tutela face à não atuação do intercâmbio". Repare-se, contudo, que o autor destaca que os dois mecanismos de tutela reagem a um incumprimento do contrato e podem integrar-se, combinando os seus efeitos de modo a conseguir uma tutela adequada do contraente fiel (*ob. cit.*, p. 216).

fundamento, o incumprimento do contrato — embora também aqui se deva ter presente que a resolução pressupõe um incumprimento grave, mas não necessariamente culposo, e a indemnização por seu turno, não só supõe um dano e, em regra, a culpa do responsável (ainda que tal culpa se presuma na responsabilidade contratual), como poderá ocorrer mesmo face a incumprimentos que embora danosos não são tão graves que justifiquem a resolução. Em suma, ainda que possa haver, no caso concreto, um concurso entre estes dois remédios, eles não se confundem, embora possam interagir([258]/[259]).

Com efeito, e por exemplo, a restituição das prestações realizadas em execução do contrato que acaba por ser resolvido, caso tenha lugar, é suscetível de ter repercussões sobre o dano a indemnizar. Na realidade, e ainda que a restituição, como já atrás referimos não seja em rigor uma reparação do dano, ela tem um impacto sobre a extensão do dano a indemnizar, já que a aferição do dano se situa a jusante das operações de restituição([260]). Do mesmo modo, se chegarmos à conclusão de que uma das par-

---

Na doutrina alemã cf., por todos, Florian Faust, Anmerkung BGH Urteil v. 28.11.2007, Juristenzeitung 2008, n.º 9, p. 471, ss., que afirma que resolução e ressarcimento do dano têm escopos essencialmente diversos. O autor considera que a resolução do contrato visa colocar as partes no essencial na situação em que estavam antes da conclusão do contrato, ao passo que o ressarcimento do dano, a indemnização, visa colocar o credor na situação em que ele estaria se o contrato tivesse sido corretamente cumprido, pelo que estes diferentes escopos entram em conflito quando se cumula resolução e ressarcimento do dano.

([258]) Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo…*, *cit.*, p. 1648: "[R]esolução e indemnização constituem dois distintos "remédios": o primeiro, com origem no sinalagma das prestações, permitindo a restituição do prestado; o segundo, com fins ressarcitórios, conduzindo ao ressarcimento dos prejuízos (sendo que existe, evidentemente, interferência do primeiro no segundo por com o cumprimento das obrigações de restituição ficar reduzido o dano)".

([259]) Ac. STJ de 24-01-2017, processo n.º 1725/13.6TVLSB.C1.S1 (Pinto de Almeida): "(…) II. A resolução e a indemnização constituem, como tem sido reconhecido, remédios distintos, permitindo aquela a restituição do que foi prestado e esta o ressarcimento dos prejuízos; como remédio sinalagmático para o incumprimento do devedor, a resolução não pode pôr em causa outras consequências deste incumprimento, não consumidas por aquele; III. O credor pode, pois, cumular a resolução com a indemnização, devendo esta ser integral, abrangendo todos os danos causados pelo incumprimento contratual; IV. Qualquer vantagem que advenha para o credor, em resultado do não cumprimento, deve ser deduzida na indemnização; não pode constituir uma fonte de enriquecimento do credor".

([260]) Assim Alessandro Gnani, *Retroattività di effetti della risoluzione e contenuto dell'obbligo restitutório*, NGCC 2003, I, p. 15, ss., p. 17: "Uma vez que a *machinery* restitutória tenha operado, repristinando a inicial composição qualitativa do património de cada uma das partes, pode eventualmente operar a tutela ressarcitória do incumprimento. A relação entre as duas configura-se em um sentido unidirecional: o papel metodologicamente primário cabe ao remédio restitutório; só sucessivamente, ou seja, quando esteja restabelecida a situação de facto conforme ao direito (*id est:* eliminada qualquer atribuição sine causa) pode surgir ["venire in luce"] o ressarcitório, com uma função precisa: eliminar as perdas patrimoniais que subsistam, após a restituição, e que sejam consequência do incumprimento da contraparte". No mesmo sentido já se pronunciava Lubomir Dikoff, *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art, 1165 del C.C. italiano*, Archivio Giuridico Filippo Serafini, Vol. CIII, 1930, p. 3, ss., p. 14: O *prius* lógico é a resolução e o momento posterior a condenação na indemnização.

tes deve, para efeitos por exemplo de frutos, naturais e civis, ser tratada como um possuidor de boa fé, tendo, por conseguinte direito aos frutos percebidos, a outra parte não pode pretender, obviamente, com base na invocação da responsabilidade civil, uma indemnização pela perda de tais frutos, sob pena de a ordem jurídica "dar com uma mão e retirar com a outra"([261]). Há, assim, que atender aos efeitos, mormente restitutórios, da resolução para depois calcular o dano indemnizável([262]).

Tradicionalmente o debate centrou-se sobre a alternativa entre a consideração do interesse contratual negativo — e, por conseguinte, calcular o dano tendo como ponto de referência qual seria a situação do contraente lesado se o contrato nunca tivesse sido celebrado([263]) — e a do interesse contratual positivo — fazendo-se então, no âmbito da teoria da diferença, o cotejo entre a situação atual (no momento da audiência de discussão e julgamento) do lesado e aquele em que ele se encontraria caso o contrato tivesse sido correta e pontualmente cumprido([264]). Mas, como veremos, há quem critique a distinção e, sobretudo, quem considere que existe "um dano da resolução" que ficaria, por assim dizer, a meio caminho entre um e outro.

([261]) Por outro lado, para Pietro Trimarchi, *Il Contratto: Inadempimento e Rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 74, os juros e os frutos que o contraente cumpridor não vai ter de restituir podem vir a ser deduzidos no seu dano, para efeitos de responsabilidade civil.

([262]) Claudio Tranquillo, *ob. cit.*, p. 833: "O ressarcimento garante que a parte fiel ao acordo consiga a vantagem líquida que teria de outro modo conseguido com a execução do contrato, mas tal pressupõe que o património da parte fiel seja reintegrado, do ponto de vista quantitativo, também da prestação que efetuou. Mas então, a retroatividade não é mais que um instrumento finalizado a integrar o completo ressarcimento do dano; ressarcimento que parece possível mesmo quando a retroatividade não está em condições de operar por exemplo pelo perecimento da prestação executada pelo *solvens* (…) o *prius* do qual se deve partir é a situação patrimonial em que a parte fiel ao acordo se encontraria se este último tivesse sido corretamente executado ["regolare esecuzione"]: a diferença relativamente à situação anterior ao contrato representa o dano ressarcível. Desconta-se em tal dano o que tiver sido restituído".

([263]) Piraino, *ob. cit.*, p. 483, refere que para a tese do interesse contratual negativo, o dano da resolução é identificado "com as despesas inutilmente realizadas para a conclusão do contrato e para colocar-se em situação de poder cumprir o contrato, ou, mais em geral, com as somas despendidas confiando na execução do contrato a que acrescem os ganhos que não se obtiveram e que poderiam ter sido obtidos de negócios alternativos a que a parte fiel renunciou ao vincular-se ao contrato mais tarde violado e resolvido".

([264]) Piraino, *ob. cit.*, p. 477: "A versão mais difundida da tese do dano da resolução parametrizado pelo interesse contratual positivo considera que o ressarcimento deve ser igual: ao valor esperado pela execução exata e correta da prestação; à dimensão das perdas ulteriores, ditas danos consequenciais; menos o valor da prestação não executada pela parte final ou que lhe foi restituída, os custos que poupou, sempre que a parte fiel não tenha executado, no todo ou em parte, a sua própria prestação, as utilidades substitutivas, ou seja, os lucros que a parte fiel eventualmente retirou com outros empregos lucrativos das somas que poupou a partir do momento do incumprimento da contraparte, as perdas evitáveis ex art. 1227(2) c.c., a que deve acrescentar-se as despesas eventualmente ocorridas para preveni-las".

Antes de mais, sublinhe-se que o interesse contratual negativo nem sempre é inferior ao interesse contratual positivo. Este último, aliás, como interesse de ordem patrimonial pode nem sequer existir até porque o contrato que foi resolvido podia ter por escopo a satisfação de outros interesses que não interesses patrimoniais.

Usando um exemplo de Genicon(265), suponha-se que uma associação de benemerência organiza uma conferência de acesso livre e gratuito para sensibilizar a comunidade para os seus escopos: arrenda um espaço, tem despesas de publicidade, contrata seguranças e outro pessoal, envia convites, aluga equipamento de som e imagem, mas o espaço tomado de arrendamento não está disponível no dia combinado. Aqui o dano patrimonial que o contraente "fiel" pretenderá que seja ressarcido consistirá sobretudo nas despesas que fez em antecipação ou preparação da conferência que não se veio a realizar por força do incumprimento do outro. Daí que ao menos nestes casos se deva reconhecer ao contraente "fiel" o direito de optar por uma indemnização pelo interesse contratual negativo. Em Itália este direito de opção é defendido por alguma doutrina(266/267), ainda que com diferente amplitude(268/269), embora a doutrina dominante rejeite tal

---

(265) Aut. e *ob. cit.*, p. 725. O autor questiona "como avaliar o interesse positivo quando a vantagem que o contraente fiel procurava obter pela execução do contrato era essencialmente "moral", "não patrimonial"? Cf., também, Rodolfo Sacco, *Concordanze e Contraddizioni in Tema di Inadempimento Contrattuale (una Veduta d'Insieme)*, Europa e Diritto Privato, 2001, n.º 1, p. 131, ss., p. 140: "O ressarcimento representa a eliminação de uma perda; remete o património do credor na situação em que este último se teria encontrado se o contrato tivesse sido cumprido. Se isto é verdade, muito frequentemente o credor nada pode exigir com este fundamento". O autor dá vários exemplos: se alguém contrata com outrem o transporte para ver a exibição de um filme, um concerto ou a passagem de um cometa e se o devedor não o transporta como acordado o interesse do credor era sobretudo de natureza estética.

(266) Pietro Sirena, *ob. cit.*, p. 151: "É objetivamente racional que em alternativa ao dano de primeiro tipo (do incumprimento) a parte fiel ao contrato possa pretender o ressarcimento do dano de segundo tipo (o dano da confiança)".

(267) E também na Alemanha. Cf. Ulrich Huber, *Schadensersatz statt der Leistung*, Archiv für die civilistische Praxis 210 (2010), p. 319, ss., pp. 344-345. O autor admite que se desse ao credor a opção de escolher a indemnização pelo interesse contratual negativo e refere que essa era a opção da comissão que elaborou o projeto de reforma do direito das obrigações (p. 345, n. 70), embora tal proposta não tenha sido inteiramente acolhida no texto final da reforma (ver o § 284 BGB referido no texto). O credor deveria poder exigir ser colocado na situação em que se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado procurando recuperar despesas que se tornaram inúteis pelo incumprimento do outro, como despesas com o próprio contrato ou com a preparação e execução da própria prestação. Trata-se de custos que normalmente são condição para obtenção de um lucro, pelo que havendo um lucro cessante serão abrangidos pelo interesse contratual positivo. Mas não o são se o negócio fosse em todo o caso e mesmo que tivesse sido cumprido um mau negócio para o credor.

(268) Cf., por todos, Angelo Luminoso, *Risoluzione per inadempimento e risarcibilità del danno per le spese fatte par il contratto*, Rivista Giuridica Sarda 2011, p. 113, ss., p. 117. Como o autor refere, um pequeno segmento da doutrina italiana admite esta opção (assim o próprio Luminoso e

opção, com o argumento de que a mesma permitiria ao contraente "fiel" "escapar de um mau negócio"(270). A Reforma alemã só acolheu parcialmente esta orientação no § 284 do BGB, preceito que consagra apenas uma indemnização parcial do dano de confiança. Assim só consideram indemnizáveis as despesas que tenham sido realizadas para fins não rentáveis/lucrativos, despesas com escopos ideais ou para a vida privada ("privaten Lebensunterhalt oder dem Vergnügen dienen"), e sujeitas ao controlo da equidade. Mesmo assim a inovação parece-nos importante, porque em alguns contratos a principal componente do dano sofrido pelo lesado pode não ser um lucro cessante patrimonial(271).

A visão da resolução como causa extintiva do contrato parecia apontar, quando não para a rejeição de qualquer indemnização para o resolvente — já que este tinha optado por resolver o contrato em vez de exigir o seu cumprimento — como sucedia no BGB antes da Reforma, pelo menos para uma indemnização calculada pelo interesse contratual negativo. Se o contrato deixava de existir por opção do resolvente, parecia um paradoxo ainda assim consentir-lhe pedir a reparação do dano que resultaria de este não ter sido cumprido e, designadamente, o lucro que esperava obter do contrato(272). Como diz o provérbio inglês, não se pode pretender comer o bolo e ao mesmo tempo guardá-lo…

Bianca) com relativa amplitude. Outro segmento só o permite quanto às despesas inutilmente efetuadas para celebrar o contrato e quanto às despesas inúteis e não recuperáveis para preparar o cumprimento, quando o interesse positivo não seja facilmente demonstrável ou quando a prestação visava satisfazer interesses não patrimoniais, mas já não quanto às ocasiões de ganho perdidas (assim Trimarchi e Villa). Com efeito, Pietro Trimarchi, *ob. cit.*, p. 103, só parece admitir a opção de modo limitado ("apenas o ressarcimento das despesas razoáveis inutilmente realizadas é economicamente justificável e oportuno, quando o interesse lesado não seja avaliável, ou não seja facilmente avaliável, em dinheiro".

(269) Também em França Thomas Genicon, *ob. cit.*, p. 741, parece defender que o resolvente deve ter uma opção entre ser indemnizado pelo interesse contratual positivo ou pelo negativo.

(270) Andrea Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, Europa e diritto privato 2012, n.º 3, p. 783, ss., p. 796: Permitir que a parte que resolveu o contrato optasse pelo interesse negativo seria contraditório: a resolução é uma opção. A parte fiel ao contrato se optasse pelo interesse contratual negativo entraria em contradição com a própria avaliação da conveniência do negócio feita no momento da celebração do contrato. Bruno Rodríguez-Rosado, *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 237, quem resolve o contrato "não pode optar pelo interesse contratual negativo, nem sequer quando for superior ao interesse contratual positivo, pois a função da responsabilidade civil contratual é de o ressarcir pelos danos causados pelo incumprimento e não libertá-lo dos resultados de um mau negócio".

(271) Em todo o caso, sem esquecer, como destaca Andrea Montanari, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 276, que haverá que verificar se as referidas despesas inutilmente suportadas tendo em vista o contrato foram razoáveis face à operação contratual para a qual foram realizadas e se, e em que medida, tais despesas conservam utilidade fora da operação económica frustrada.

(272) Assim Maria Rosaria Marella, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, Guirisprudenza Italiana 1985, Parte I, 1, cols. 369, ss., col. 375, considera em certo sentido

Na realidade, a contradição ou paradoxo são meramente aparentes([273]). Ao resolver o contrato por força do incumprimento da contraparte, o resolvente não renuncia ao lucro que esperava retirar dele([274]). Na sugestiva construção de Belfiore([275]), o ordenamento atribui à resolução a tarefa

---

excessiva ("exorbitante") a tutela concedida ao indemnizar-se na resolução do contrato o interesse contratual positivo. O contraente fiel acabaria por realizar dois interesses diferentes e mesmo opostos: o interesse em repristinar a composição qualitativa do seu património que pré-existia à celebração do contrato (e, portanto, o interesse em readquirir a plena disponibilidade da sua própria prestação) e o interesse equivalente àquele que a execução do contrato lhe teria proporcionado "em forma específica", ou seja, conseguir as vantagens económicas que o intercâmbio de prestações lhe deveria proporcionar (a realização daquela composição quantitativa do património programada através do contrato). Estas consequências transcenderiam a visão da resolução como visando tutelar apenas o equilíbrio sinalagmático entre as prestações, assumindo antes um cariz sancionatório. Sublinhe-se que para a autora, *ob. cit.*, cols. 375--376, o interesse negativo não compreende apenas as despesas processuais com a ação de resolução, mas também as despesas incorridas para celebrar o contrato que acabou por ser resolvido e, porventura, mesmo as despesas adicionais com novas tentativas para celebrar outros contratos se tais despesas forem maiores do que seriam inicialmente (parece-se que se trata do maior custo com tais despesas comparativamente com o que teria sido gasto no momento da celebração do contrato que "falhou").

([273]) Fernando Pantaleon, *Resolución por incumplimiento e indemnización*, Anuario de Derecho Civil 1989, Vol. 42, n.º 4, p. 1143, ss., p. 1153: a tese segundo a qual a resolução do contrato, em consequência da sua natureza e efeitos retroativos acarretaria a ineficácia do contrato *ex tunc* e seria por isso mesmo incompatível com a indemnização pelo interesse positivo seria "um argumento de pura lógica formal e construído, além disso, sobre areias movediças, porquanto pressupõe a sua premissa maior — a resolução significa ineficácia do contrato *ex tunc* e com isso o decaimento *ab initio* das obrigações que nele têm a sua fonte — sem a demonstrar".

([274]) Nicolussi, *ob. cit.*, p. 793: "O dano da resolução consistiria no lucro cessante ("mancato guadagno") que o cumprimento da prestação teria proporcionado ao contraente fiel em função da inserção da prestação na sua peculiar organização patrimonial, subtraído o custo da própria prestação. Esse lucro cessante corresponde ao interesse positivo de cada uma das partes no contrato e é o que justifica racionalmente o sinalagma em sentido subjetivo, ou seja, a equivalência acordada pelas partes no contrato, em medida que não coincide necessariamente com o sinalagma em sentido objetivo, isto é, calculado com relação aos valores de mercado das prestações correspetivas. Cada uma das partes adere ao sinalagma em sentido subjetivo, prometendo-se mutuamente obter a prestação a que tem direito e o lucro que desta pode derivar na sua própria esfera subjetiva, subtraído do custo da prestação a seu cargo. É este cálculo custo-benefício que pode conduzir a aceitar um correspetivo inferior ao valor de mercado. Mas tal interesse positivo, que a parte fiel pode pedir que seja tutelado em forma específica mediante a ação para o cumprimento exato (794), já só pode ser tutelado com um sucedâneo económico, e, portanto, por equivalente, caso opte pela resolução. Se, por conseguinte, a resolução constitui um contra efeito, no sentido de que desvincula as partes das suas recíprocas obrigações, não prejudica o interesse positivo em forma equivalente, não deve eliminar o contrato como instrumento de realização do lucro que a parte fiel procurava realizar e relativamente ao qual conserva o direito ao ressarcimento mesmo depois da resolução. Este aspeto mostra a diferença relativamente ao dano do incumprimento cuja reparação pode ser solicitada na hipótese em que, na falta de resolução, a obrigação da contraparte: enquanto nestes casos o credor tem direito tanto ao equivalente pecuniário da prestação [não executada pelo incumpridor], como ao lucro cessante, a parte fiel que tenha exercido a ação de resolução, renunciando formalmente com esta opção à contraprestação e tornando definitivo o incumprimento, pode pedir apenas o lucro cessante".

([275]) Angelo Belfiore, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie*, in Scritti in onore di Giuseppe Auletta, II, Milano, 1988, p. 245, ss., p. 281. Cf., igualmente, p. 279: Através da

não de cancelar o contrato do mundo do direito, mas de o transformar de tal modo que, eliminado como fonte de uma certa composição qualitativa do património, permanece vivo enquanto mecanismo de legitimação de um incremento patrimonial. E como muito bem realça Fernando Pantaleon "[o] contraente que resolve não tem porque querer, nem em regra quererá, que tudo suceda como se o contrato resolvido nunca tivesse sido celebrado, mas apenas limitar o prejuízo que o incumprimento da outra parte lhe poderia causar, recuperando o objeto da prestação já realizada ou conseguindo poder dispor livremente da coisa ainda não prestada"([276]).

Sublinhe-se, em todo o caso, que este interesse contratual positivo pelo qual se deve aferir o dano sofrido pelo contraente "leal" que resolve o contrato por força do incumprimento do outro não coincide exatamente com o dano indemnizável caso o contraente "leal", em vez de resolver o contrato, exigisse, por exemplo, o seu cumprimento([277]) (nos casos em que tal seria ainda possível): há que ter em conta, como atrás já dissemos, o "funcionamento" das restituições: o contraente "fiel" não teve que realizar a sua prestação (ou parte dela) ou recuperou-a e pode conservar, enquanto se pôde considerar como estando em situação equivalente à do possuidor de boa fé, os frutos percebidos e o valor de uso retirado da prestação que vai restituir. E isso mesmo foi, aliás, afirmado por um dos primeiros autores que na doutrina nacional defenderam que a resolução do contrato era compatível com a indemnização pelo interesse contratual positivo, Baptista Machado: "a resolução é incompatível com a chamada "grande indemnização", ou seja, com a indemnização que abranja o valor da própria prestação do devedor que, através da resolução, é "rejeitada""([278]).

---

resolução o ordenamento tutela o interesse do contraente fiel na eliminação do aspeto qualitativo da alteração patrimonial originariamente prevista. Mas, ao mesmo tempo, o ordenamento tutela o interesse do contraente fiel em conservar o incremento patrimonial baseado no contrato. A resolução dará nascimento a um novo direito, um direito de crédito pelo diferente valor das posições jurídicas do autor respetivamente adquiridas e perdidas na sequência da resolução.

([276]) Aut. e *ob. cit.*, p. 1165.

([277]) E daí que para Angelo Luminoso, *Della Risoluzione per Inadempimento*,…, *cit.*, p. 230, se possa falar de um "dano da resolução", mas utilizando a expressão com cautela: trata-se ainda de um dano resultante do incumprimento, ainda que "mediatizado" pela resolução e em que a determinação da sua existência e grandeza pressupõe que se tenha em conta o valor da prestação de que o lesado resolvente readquiriu (ou não teve que realizar).

([278]) João Baptista Machado, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in Obra Dispersa, Scientia Ivridica, Braga, 1991, p. 125, ss., p. 182. Cf., igualmente pp. 175-176: "O referido direito à indemnização, mesmo nos casos em que o credor opte pela resolução, há-de reportar-se em dados termos ao interesse positivo ou de cumprimento. O que ele não pode abranger, obviamente, é o valor (total) da prestação "rejeitada", uma vez que o direito do credor a esta cai por força da resolução. Mas já deve abranger os prejuízos sofridos com o incumprimento verificado (lucro cessante, outros

Refira-se, todavia, que em Itália se tem desenvolvido uma tese intermédia cujos partidários, aliás, frequentemente criticam a alternativa interesse contratual negativa/interesse contratual positivo, procurando autonomizar o chamado "dano da resolução"([279]). A premissa é a de que o incumprimento não extingue a obrigação e, quer se entenda que a resolução faz cessar o contrato ou, antes, altera o seu conteúdo([280]), a mesma é

---

danos decorrentes do vício da prestação, da sua inadequada execução, etc.) — na medida em que sejam danos efectivamente decorrentes da prestação incompleta ou inexacta e o credor não os poderia ter evitado optando pelo outro remédio (redução), que não pela (176) resolução".

([279]) Giuseppe Grisi, *Responsabilità e risoluzione del contratto, Le Parole del Diritto*, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, Vol. III, p. 1665, ss., [também publicado em Europa e Diritto Privato 2018, n.º 4, p. 1129, ss.] p.1674: O dano do incumprimento e o dano da resolução não se colocam no mesmo plano e este último deveria ser considerado uma categoria autónoma de dano (cf., também p. 1679). Cf., também, Castronovo, *ob. cit.*, pp. 835-836: "Sustentar que o ressarcimento possa reportar-se ao interesse positivo, isto é, ao interesse no cumprimento significa impor ao incumpridor a satisfação desse interesse, que com o pedido de resolução se declara não pretender mais prosseguir. É evidente que o interesse perseguido pelo resolvente não é o do cumprimento, mas sim o da integridade do património. Mas este também não se identifica com o interesse negativo".

([280]) Neste sentido cf. Biagio Grasso, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e "sanzione" del inadempimento*, in Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 11, ss. (estudo originariamente publicado na Rassegna de Diritto Civile 1990, p. 270, ss.) e do mesmo autor, Disposizione "novativa" del credito e risoluzione del contratto per inadempimento, in Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 23, ss. (estudo originariamente publicado na Rassegna de Diritto Civile 1985, p. 39, ss.), que defende que quem escolhe a resolução exerce um poder dispositivo-novativo e. em vez do remédio alternativo da execução forçada do próprio crédito contratual, prefere à utilização direta do objeto do seu direito de crédito o seu valor de câmbio e a liberação da obrigação correspetiva a que estava obrigado. Em conformidade sustenta, no seu estudo Risoluzione del contratto per inadempimento e tutela risarcitoria, in Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 35, ss., p. 40, que a opção pela resolução implica que o resolvente opta por readquirir a disponibilidade da sua própria prestação (com a possibilidade de a recolocar imediatamente no mercado, porventura em condições mais vantajosas), em vez de exigir o objeto da contraprestação a que tinha direito pelo contrato e o cálculo do dano sofrido pelo resolvente não pode deixar de ter em conta esta sua opção. Para o autor não seria suficiente, como faz a doutrina dominante, afirmar que na determinação do dano contratual segundo o interesse positivo se deveria ter em conta o que o resolvente readquiriu com a resolução, ou seja, a aquisição da plena disponibilidade do bem que constituía a sua própria prestação. Assim, o ressarcimento do dano que pode (mas não tem de) acompanhar a resolução não pode tender à reconstituição do conjuntoquantitativo do património que teria resultado do cumprimento do contrato e da aquisição programada do bem devido pelo contraente incumpridor, já que o resolvente optou por trocar a aquisição programada por uma outra que deve considerar-se ao menos equivalente à primeira (*ob. cit.*, p. 46). Mas note-se que o autor admite que, excecionalmente, a resolução não seja incompatível com a subsistência do interesse creditório primário. Dá como exemplo, a hipótese de um comprador empresário que perante o incumprimento do vendedor/fornecedor resolve o contrato para obter a disponibilidade do preço para tentar conseguir no mercado a mesma mercadoria de modo a não atrasar ou interromper a sua atividade produtiva. Aqui o maior custo em obter no mercado a mesma mercadoria seria um dano que o vendedor que tivesse culpa no incumprimento do contrato deveria ter de indemnizar (*ob. cit.*, p. 54).

sempre uma opção do resolvente([281]). Para Grisi, quem opta por desembaraçar-se de um contrato, não pode pretender ser colocado na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. A resolução dá a possibilidade ao contraente fiel de desembaraçar-se, liberar-se do vínculo, recuperando a prestação que já efetuou e de poder, o mais rapidamente possível, dirigir-se ao mercado para satisfazer o interesse que o contrato resolvido não satisfez e deve partir-se da resolução — e não do incumprimento — para avaliar o prejuízo, o dano indemnizável([282]). Mas qual seria, então, o dano específico a indemnizar na sequência da resolução? Não seria o lucro a obter através da execução do contrato, execução que o contraente rejeitou com a sua opção pela resolução([283]), mas o dano que pode resultar de terem, entretanto, piorado as condições de mercado: maiores custos suportados ou a suportar para satisfazer o interesse que o contrato resolvido deveria ter permitido realizar([284]).

Sem negar, de modo algum, a importância da escolha atribuída ao contraente de optar por exigir o cumprimento do contrato ou, antes, pela sua resolução([285]), parece-nos que não deve nem exagerar-se o alcance da escolha, nem, sobretudo, esquecer que a mesma é, por assim dizer, uma

---

([281]) Giuseppe Grisi, *ob. cit.*, p. 1684: "Se num contrato de prestações correspetivas face ao incumprimento grave de um dos contraentes, o outro só tivesse a resolução como remédio, seria plausível conceber o ressarcimento *statt der Leistung*, ainda que eventualmente depurado do valor da contraprestação. Mas a resolução é fruto de uma livre escolha do contraente, alternativa à que seria praticável do ressarcimento substitutivo, o que implica a permanência do vínculo de cumprimento da própria prestação".

([282]) Grisi, *ob. cit.*, p. 1688.

([283]) No mesmo sentido, embora orientando-se abertamente pelo interesse contratual negativo, Andrea Montanari, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 118-119. "O pedido de resolução pela parte fiel representa, vale como ["funge da"] renúncia à prestação a que tinha direito a receber por força do contrato" (p. 119; ver também p. 132). A indemnização pelo interesse positivo seria, assim, um remédio excessivo.

([284]) Grisi, *ob. cit.*, p. 1689.

([285]) A importância da opção foi historicamente enfatizada por Giuseppe Osti, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento, Fundamento e Principi Generali*, in Scritti Giuridici, Giuffrè Editore, Milano, 1973, p. 401, ss. (na p. 402 informa-se que uma versão provisória deste texto foi publicada em 1922), p. 423: "Importante e significativo é, por um lado, o direito de opção do credor entre resolução e execução, quando esta seja ainda possível, e, por outro lado, a obrigação de ressarcimento do dano que surge a cargo do devedor incumpridor não obstante a resolução do contrato. Esta última particularidade demonstra que a resolução do contrato determinada pelo incumprimento não é plena e completa, mas apenas parcial (de tal modo que só impropriamente se pode chamar de resolução) enquanto deixa subsistir um importante efeito jurídico que tem precisamente a sua causa no contrato e cujo conteúdo não é senão o equivalente da falta de realização específica do interesse assegurado pelo contrato a um dos contraentes (…) o direito de escolha do devedor entre execução e resolução é também significativo ou porventura ainda mais. Este carateriza o instituto em todas as suas fases históricas e em todas as suas modalidades nas suas diversas possíveis aplicações".

escolha "forçada"(286) pelo incumprimento da outra parte(287). A parte inocente, confrontada com a situação de um devedor que não pode ou não quer cumprir, tem de escolher o "menor mal", sendo que não lhe é exigível continuar a esperar pela execução do contrato, porventura num contexto em que a situação económica do devedor ameaça degradar-se e as condições do mercado podem tornar-se menos favoráveis, mas tal opção não tem o valor de uma renúncia ao lucro que porventura esperava retirar da execução correta e pontual do contrato(288/289).

---

(286) Adolfo di Majo, *Restituzione e responsabilità nelle obbligazioni*, Rivista Critica del Diritto Privato 1994, ano XII, n.º 3, p. 291, ss., p. 299: quem resolve é constrangido pelo incumprimento alheio a fazê-lo.

(287) Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual…*, *cit.*, p. 1651: "o inadimplemento é imputável ao devedor, que tinha, portanto, na mão a possibilidade de obter a contraprestação".

(288) Nicolussi, *ob. cit.*, p. 794: a resolução desvincula as partes das suas recíprocas obrigações, mas não prejudica o interesse positivo em forma equivalente e não deve eliminar o contrato como instrumento de realização do lucro que a parte fiel procurava realizar e relativamente ao qual conserva o direito ao ressarcimento mesmo depois da resolução.

(289) A jurisprudência mais recente do STJ tende a admitir que a resolução do contrato possa ser cumulada com uma indemnização pelo interesse contratual positivo. Sirvam de exemplo o Ac. STJ de 24-01-2017, revista n.º 1725/13.6TVLSB.C1.S1 (Pinto de Almeida), Ac. STJ de 15-02-2018, revista n.º 7461/11.0TBCSC.L1.S1 (Tomé Gomes) [que admite que a resolução do contrato pode ser cumulada com a indemnização do interesse contratual positivo, embora afirme que "em caso de resolução, poderá ser ainda assim desatendida a indemnização pelos danos positivos, quando essa revele desequilíbrio grave na relação de liquidação ou se traduza em benefício injustificado para o credor, ponderado, à luz do princípio da boa fé, o concreto contexto dos interesses em jogo, atento o tipo de contrato em causa, sem prejuízo, nessas circunstâncias, do direito a indemnização em sede do interesse contratual negativo nos termos gerais"], Ac. STJ de 17-05-2018, revista n.º 567/11.8TVLSB.L1.S2 (Maria da Graça Trigo), Ac. STJ de 10-12-2020, revista n.º 15940/16.7T8LSB.L1.S1 (Nuno Pinto Oliveira). No passado, a possibilidade de indemnização do interesse contratual positivo na hipótese de resolução por incumprimento já tinha sido admitida, mas com caráter excecional — ver, por exemplo, o Ac. STJ de 08-09-2016, Revista n.º 21769/10.9T2SNT.L1.S1 (Lopes do Rego): "Embora se venha admitindo que, em determinadas circunstâncias específicas, a indemnização, no caso de resolução de contrato, possa não se circunscrever absolutamente ao perímetro dos danos ligados à violação do interesse contratual negativo (podendo abarcar justificadamente outros danos como forma de obter uma plena tutela do interesse do credor) não é aceitável que, por sistema, a parte que resolve o contrato pretenda obter automaticamente todas as prestações a que teria direito se o contrato resolvido subsistisse intocado na sua eficácia *inter partes* — cabendo-lhe, neste caso, pedir, em primeira linha, indemnização pelo interesse contratual negativo e só excecionalmente e em situações materialmente fundadas lhe sendo possível peticionar uma indemnização complementar". Sobre o tema na doutrina e na jurisprudência pátrias cf. Ana Taveira da Fonseca, *Teoria Geral das Obrigações*, *cit.*, p. 224, ss.

A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

— Questões fundamentais, em diálogo luso-alemão —

Pelo Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada

Sumário:

I. Introdução: uma breve comparação entre o art. 437.º/1 do Código Civil e o seu congénere germânico. **II.** As dificuldades da doutrina da base negocial na articulação com os riscos próprios do contrato. **III.** Da base negocial objectiva enquanto fórmula vazia à imperfeita adequação do regime da alteração das circunstâncias à base negocial subjectiva (ou à pressuposição). **IV.** A justiça da relação contratual como fundamento da resolução do contrato por alteração das circunstâncias no direito português. **V.** O papel real do conceito (formal) de inexigibilidade. **VI.** O art. 437.º/1 como norma sindicante e correctora. **VII.** A inderrogabilidade e o cerne de ordem pública do art. 437.º/1.

Os tempos mais recentes — especialmente em virtude da pandemia da Covid-19, mas já antes por força dos efeitos da crise financeira de 2008 nos contratos — têm convocado os juristas portugueses a um aprofundamento do tema da alteração das circunstâncias. Foram, assim, trazidas à superfície algumas questões, orientações e alternativas fundamentais, tanto para a compreensão do regime legal português, como para a sua construção dogmática. Ao colocarem-se elas também, a seu modo, no direito alemão, a comparação dos dois ordenamentos permite um conhecimento mais aprofundado de um tema fundamental para a teoria dos contratos.

I. Introdução: uma breve comparação entre o art. 437.º/1 do Código Civil e o seu congénere germânico

1. Segundo o n.º 1 do art. 437.º/1 do Código Civil português, "[s]e as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Estabelece depois o n.º 2 que, "[r]equerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior."

Por sua vez, o § 313 (1) do BGB prevê que "quando as circunstâncias que constituíram a base do contrato se alteraram significativamente após a sua celebração, e se as partes não o tivessem então celebrado ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode requerer-se a adaptação do contrato desde que, consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a distribuição contratual ou legal do risco, seja inexigível a uma das partes a manutenção da sua vinculação ao contrato inalterado".

Acrescenta-se a seguir, no § 313 (3), 1.ª parte, que "não sendo possível a adaptação do contrato ou não sendo ela exigível a uma das partes, a parte lesada pode desvincular-se do contrato."

Há, como se percebe, diferenças entre as duas disposições. O art. 437.º/1 assenta na noção de "anormalidade da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar" e na lesão por ela provocada a um dos contraentes, enquanto o § 313 (1) requer que o carácter que designa de "significativo" da alteração das circunstâncias seja avaliado à luz da vontade hipotética das partes, requerendo que elas não tivessem então celebrado o contrato ou o tivessem celebrado com outro conteúdo.

A *ratio iuris* que transparece é expressa de modo dissonante. Enquanto para o direito português a resolução ou a modificação do contrato a que tem direito a parte lesada é admitida "desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé", o direito alemão permite a adaptação ou a desvinculação do contrato se for "inexigível" à parte afectada a manutenção da sua vinculação contratual.

Mas ambos os sistemas convergem na irrelevância da alteração das circunstâncias em ordem à resolução ou à modificação do contrato, se ela se situar no âmbito dos riscos próprios do contrato atingido; especificando o direito alemão que importa levar em conta as regras contratuais ou legais de distribuição do risco contratual.

Numa ponderação global, as diferenças entre ambos os ordenamentos não serão excessivas, nem provavelmente especialmente significativas nas suas consequências. Contudo, considerando o debate surgido em Portugal em torno da aplicação do art. 437.º/1 no contexto, sobretudo, da Covid-19 e, antes, da crise financeira de 2008, justificar-se-á uma revisita ao tema, tendo presente a solução actual do direito alemão.

2. Na alteração das circunstâncias está à prova, essencialmente, uma orientação mais objectivada — reflectida no teor da norma portuguesa —, por contraste com a intonação subjectiva, orientada pela vontade hipotética das partes, do direito germânico. Na verdade, e mais amplamente, pode dizer-se que a história da alteração das circunstâncias revela uma dialéctica entre o subjectivo e o objectivo, a vontade individual e a justiça([1]).

Num contexto de grande elasticidade interpretativa — que possuem, num e noutro sistema, as duas cláusulas gerais por força do balanceamento móvel dos conceitos indeterminados que empregam —, confrontam-se, essencialmente, duas perspectivas fundamentais que se deixam documentar no espaço jurídico luso, mas também no tudesco([2]). Em conformidade, lembra lapidar e certeiramente um manual germânico de proa, que, na alteração das circunstâncias entendida enquanto perturbação do programa obrigacional se evidenciaa tensão entre a objectividade do direito das vicissitudes contratuais e uma dimensão subjectiva, própria do direito dos vícios da vontade e do erro([3]).

As considerações seguintes inscrevem-se neste debate e ajudam a compreendê-lo.

([1]) Assim, ilustrando estas oscilação na evolução do pensamento sobre a alteração das circunstâncias, Mafalda Carmona, *Nota sobre o fundamento da alteração das circunstâncias*, in Estudos Jurídicos/Sérvulo 25 anos (coord. Mark Kirkby), Lisboa, 2025, 2, ss.

([2]) Com referências, sobre este e outros pontos adiante referidos, veja-se o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Lisboa, 2021, 31, ss.

([3]) Cf. Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 12.ª ed., München, 2020, p. 512, a introduzir o tema.

II. As dificuldades da doutrina da base negocial na articulação com os riscos próprios do contrato

1. Tal como a alemã, a cláusula geral portuguesa da alteração das circunstâncias é composta de vários segmentos. Eles ordenam-se num micro-sistema cujo cerne se encontra, em Portugal, na locução "princípios da boa fé". Este constitui o núcleo da norma, por referência ao qual todos os seus demais elementos se concretizam, e sobre os quais exerce uma força centrípeta, agregadora.

Considerando o teor da norma portuguesa, estão em causa, como requisitos positivos, "a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar", a "lesão consequente" sofrida por uma delas e, negativamente, "a não cobertura da pelos riscos próprios do contrato".

A indeterminação destes seus elementos, a sua referenciação aos "princípios da boa fé" e a recíproca implicação e a inseparabilidade das questões-de-facto e das questões-de-direito tornam a aplicação da norma difícil. Se se apresenta inevitável a comunicação ou a sobreposição de valorações num processo metódico que é unitário e que não consente decomposições artificiais ou sequenciações estanques, são também habituais, tanto na prática judiciária como no discurso jurídico, as circularidades de raciocínio, naturalmente a evitar.

2. Assim, o segmento inicial da norma — a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar — converge facilmente com o último. Pois pode dizer-se que, no fim de contas, só é de considerar anormal aquela alteração que não corresponde aos riscos próprios do contrato.

A dificuldade evita-se interpretando a alteração em causa como correspondente à base negocial em sentido subjectivo — num sentido que se diria quase-negocial, equivalente, se se quiser, à "pressuposição das partes" —, tomada essencialmente como elemento de uma realidade de facto, isto é, fundada na vontade das partes tal como esta se manifestou; distinta, pois, do conceito jurídico-normativo dos riscos próprios do contrato da parte final da norma.

Já se estiver em causa uma consideração/valoração objectiva — tão só jurídico-normativa — daquilo que constitui a referida alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, instala-se facilmente uma convergência com o requisito dos riscos próprios do contrato. Só é anormal aquela alteração das circunstâncias em que as par-

tes fundaram a sua decisão de contratar que ultrapasse esses riscos([4]). Os riscos próprios do contrato não podem, por definição, consubstanciar uma alteração relevante. Mais ainda: a base negocial em sentido objectivo mescla-se, em Portugal, com o que possam determinar os "princípios da boa fé", atenta a força centrípeta exercida pelo núcleo do preceito. A separação dos elementos surge artificial e conduziria, fatalmente, a um *circuitus inextricabilis*.

Similarmente, poderá certamente referir-se a respeito da norma germânica que, tomando-se a vontade (hipotética) das partes essencialmente como realidade subjectiva e fáctica, a sua ponderação se manterá distinta da ponderação dos riscos próprios do contrato que, segundo o § 313 (1), excluem a adaptação do contrato quando a alteração verificada se dá nesse âmbito. De outro modo, se estiver em causa tão só a razoabilidade de uma certa vontade (independente de qualquer lastro fáctico), há uma inevitável convergência: a vontade razoável não é mais do que uma vontade normativamente hipotizada, não só como subjectivamente prudente e sensata, mas enquanto vontade bilateralmente justa (isto é, atendendo à posição de ambas as partes). E é a justiça que explica então, afinal, a inexigibilidade, então, da manutenção do contrato para o devedor, misturando-se com esta.

Compreende-se, naturalmente, a solução do direito alemão: só pode ser considerada a alteração das circunstâncias perante a qual as partes não teriam contratado, ou não o teriam feito naqueles moldes. Diríamos que ela, embora indubitavelmente válida entre nós, apenas está implícita no direito português, escondida — diríamos — no requisito da anormalidade, muito embora seja evidente que, também entre nós, um contrato só pode ser resolvido ou modificado por alteração das circunstâncias se, e na medida em que as partes também o não tivessem celebrado caso houvessem levado em conta essa alteração.

Resta saber se esse requisito, justamente explicitado pelo legislador alemão, deve ser concebido como positivo, à semelhança do que dispõe o § 313 (1), ou apenas enquanto requisito negativo de controlo, para excluir da relevância as alterações não conformes com ele (como se pode certamente pretender para o sistema português, ainda que no silêncio da lei).

3. Decorre ainda do exposto que o favorecimento da resolução ou modificação do contrato decorrente da relação de regra/excepção que a

---

([4]) Embora a previsão legal inculque uma apreciação cronológica e sequencial dos referidos requisitos, a apreciação sintetiza-se certamente num único juízo global.

norma portuguesa apresenta — ao apenas excluir *in fine*, dessa resolução ou modificação aquelas alterações que se verifique situarem-se, afinal, dentro dos riscos próprios do contrato — só é juridicamente operativa se se parte da vontade das partes para determinar a alteração das circunstâncias relevante para efeito da aplicação desse regime.

Tão só deste modo adquire significado autónomo a distribuição do ónus da prova e da argumentação que dela decorre([5]). De outra forma, optando-se por uma doutrina puramente objectiva da base negocial, não há possibilidade de, numa situação de *non liquet* argumentativo, conferir prevalência em favor da resolução ou modificação do contrato como parece haver de extrair-se da norma portuguesa. Na realidade, essa prevalência também só se afigura justificar-se materialmente se e na medida em que a vontade das partes se possa apresentar de algum modo como critério da relevância da alteração.

III. Da base negocial objectiva enquanto fórmula vazia à imperfeita adequação do regime da alteração das circunstâncias à base negocial subjectiva (ou à pressuposição)

1. Verifica-se assim que a doutrina da base negocial, se tomada em sentido objectivo, apresenta óbvias dificuldades para explicar um regime legal da alteração das circunstâncias tão diferenciado nos seus pressupostos.

Só a base negocial subjectiva, radicada nas representações e na vontade das partes facticamente ocorridas acaba por justificar a autonomia em relação ao que constituem os riscos próprios do contrato.

Mas importa distinguir dessa vontade aquilo que é mera expressão da razoabilidade. A vontade razoável das partes, na sua objectividade (tão só) normativamente construída, representa uma vontade justa, e redunda, assim, na ponderação do que imponham os "princípios da boa fé", o núcleo "duro" do preceito luso.

2. O § 313 (1) do BGB, por sua vez, alude à vontade hipotética comum das partes como requisito da aplicação do regime que estatui. Só pode ser relevante aquela alteração perante a qual as partes, se a houves-

---

([5]) Cf. o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, *cit.*, 53.

sem previsto, não tivessem celebrado o contrato ou o teriam celebrado noutros moldes. Mas não sujeita essa vontade, *apertis verbis*, a um controlo de razoabilidade. O que poderia restringir intoleravelmente o campo da alteração das circunstâncias: bastaria a parte não afectada pela alteração mostrar que sempre o teria celebrado.

Por isso, a doutrina da base negocial subjectiva aparentemente convocada pelo § 313 (1) do BGB tem sido em Portugal matizada com recurso à fórmula segundo a qual, para a resolução ou modificação do contrato pode bastar que uma das partes haja de, de harmonia com a boa fé, aceitar a oponibilidade de uma circunstância relevante para a outra parte como circunstância que era recognoscivelmente alicerce da decisão de contratar dela, ou deveria hoje ser considerada como tal([6]). Não se torna, assim, necessário sequer que as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tenham sido explicitadas por uma delas à outra.

Mas se assim é, então a resolução ou modificação do contrato não se articula, na realidade, derradeiramente, com uma qualquer vontade das partes realmente ocorrida. Está certamente em causa a força centrípeta exercida pelo critério central do art. 437.º/1 nos elementos mais periféricos da norma. Só que os princípios da boa fé que constituem o seu cerne convocam então um fundamento para a vinculatividade contratual diverso da mera vontade das partes (embora nuclearmente interveniente na justificação da autonomia privada).

Se convolamos a vontade hipotética das partes numa vontade jurídico-normativa reconstruída e apurada segundo critérios objectivos — *v.g.* de razoabilidade —, ela torna-se numa vontade ficta. A vontade hipotética objectiva não expressa outra realidade senão a justiça ínsita ou convocada pela relação contratual, tal qual, considerada a vontade das partes, o ordenamento a entende e quer, que se impõe restaurar ou assegurar.

3. Do exposto conclui-se que, se tomada em sentido objectivo, a doutrina da base negocial é uma fórmula vazia, tão só sintetizadora *ex post* de valorações encontradas fora dela mesma([7]).

([6]) De harmonia com um juízo de condicionamento *ex post* do negócio segundo a boa fé, como advogava Manuel de Andrade, invocando Lehmann: cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica, II (Facto jurídico, em especial Negócio Jurídico)*, reimpr. Coimbra, 1998, 406-407. Cotejando esta com outras posições, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil* (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 4.ª ed., Coimbra, 2005, 612.

([7]) Eclética, num esforço de conciliação entre os entendimentos objectivo e subjectivo da base negocial (a partir de uma vontade hipotética que considera poder ser objectivada e com eficácia sindicante da subjectividade das partes e ao ponto de retirar quaisquer consequências à distinção entre

Mas o regime português também se pode dizer apresentar-se insuficiente no âmbito da base negocial subjectiva, pelo menos quando as partes estabeleceram ou reconheceram por acordo o que constituiu, para elas, a base de um certo negócio.

É que os considerandos iniciais tantas vezes presentes e acordados em muitos contratos conferem logo relevância a qualquer modificação posteriormente verificada no elenco dos pressupostos contratuais ali enunciados (*ab initio*), mesmo que o negócio não tenha sido *apertis verbis* condicionado à verificação desses elementos. Havendo de permitir-se, assim, a invocação da alteração das circunstâncias pela parte prejudicada, sem necessidade de demonstração da anormalidade dessa alteração, assim como da gravidade da lesão dela decorrente para uma das partes — *apertis verbis* exigidas, ambas, pelo art. 437.º/1.

Quer dizer que, neste tipo de casos, a base subjectiva ("oertmaniana") do negócio ou a pressuposição ("windscheidiana") do negócio obrigam a ir mais longe na possibilidade de resolver ou modificar o contrato do que o permitiria a literalidade estrita do art. 437.º/1([8]). Justifica-se, assim, uma interpretação mais flexível do preceito.

IV. A justiça da relação contratual como fundamento da resolução do contrato por alteração das circunstâncias no direito português

1. As diferenças e as oscilações no plano dos pressupostos do regime da alteração das circunstâncias nos diversos ordenamentos reflectem, como se disse, diferentes perspectivas quanto ao seu fundamento.

Tendo também presente o panorama da doutrina portuguesa, pode dizer-se que se defrontam duas orientações fundamentais.

---

base negocial objectiva e subjectiva), Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, Coimbra, 2017, 337, ss.

([8]) Assim como, diga-se de passagem, o disposto no art. 252.º/2, a respeito do erro sobre a base do negócio (contemporâneo à sua celebração). Nesse sentido já o nosso *Sobre a interpretação do contrato*, in *Forjar o Direito*, 1.ª ed., Coimbra, 2015, 17, ss. O direito alemão estará, neste ponto, melhor, porque o § 313 (1) confere o direito à adaptação ou à modificação do contrato logo que haja uma alteração das circunstâncias significativa: estas não carecem de ser anormais, bastando que, perante elas, as partes não tivessem contratado ou o não tivessem feito naqueles moldes (dependendo a gravidade da alteração dos pressupostos de um contrato que tenham sido acordados da sua interpretação).

A primeira, em parte talvez por influência do teor do § 313 (1) germânico — no apelo que faz à vontade que as partes teriam tido se tivessem previsto essa alteração —, procura encontrar a razão-de-ser de tal regime na vontade, ainda, das partes, isto é, na sua autonómica determinação, a desenvolver ou colmatar. Não se tratando de obedecer a uma vontade por elas contratualmente expressa, seria em todo o caso decisiva essa sua vontade, na veste, agora, da sua vontade (subjectiva) hipotética, a indagar sempre. Com o que o regime da alteração das circunstâncias se poderia conceber, afinal, como um tema de interpretação complementadora ou de integração de lacunas contratuais([9]).

Seria então de esperar que essa vontade hipotética — na realidade essencial para o apuramento da incompletude ou imprevisão em que se traduziria, afinal, a alteração significativa das circunstâncias — constituiria também o critério para o preenchimento da correspondente lacuna, numa demonstração da unidade metodológica consabidamente existente entre a detecção e a colmatação de lacunas. Surge assim perturbador que o § 313 (1) tenha preferido o critério da "inexigibilidade" (da manutenção do vínculo contratual) para determinar a adaptação do contrato; abrindo caminho, afinal, a outros fundamentos.

2. Na realidade, a recondução dogmática da alteração das circunstâncias à vontade das partes, ainda que "desenvolvida", e à integração de lacunas não responde adequadamente ao cerne mais relevante da problemática em causa.

Essa vontade poderia certamente servir para resolver diversas questões de falha da base do negócio subjectiva. Mas é manifestamente insuficiente tratando-se, sobretudo, de solucionar situações de absoluta imprevisibilidade, como algumas das "grandes alterações das circunstâncias" recentemente ocorridas,. Pois em relação a estas não pode dizer-se que estamos perante uma (qualquer) falha de cálculo das partes. Resta então a consideração daquilo que razoavelmente haveria de ter sido querido pelas partes (de forma bilateralmente justificada, considerando os interesses e a

---

([9]) Veja-se exemplarmente, na Alemanha, Finkenauer, por último em *Die Kodifikation der Geschäftsgrundlage — Eine Erfolgsgeschichte?*, in AcP 223 (2023), 351, ss. Outras perspectivas, por exemplo, em Arndt Teichmann, *Soergel/BGB*, 3/1, 13.ª ed., 2014, ns. ao § 313. Em Portugal, procurando explorar o elemento hipotético da vontade das partes na temática da alteração das circunstâncias, mas criticando a sua assimilação ao tema da interpretação e da integração de lacunas (o que se explica por partir de uma noção ampla da vontade hipotética das partes, reconstruída, afinal, a partir de elementos normativos objectivos), veja-se Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, *cit.*, 337, ss, e *passim*.

posição de ambas). Só que não é, então, a vontade delas (na sua individualidade concreta) que importa, mas aquilo que é contratualmente justo (e haveria, por isso, de ser razoavelmente querido pelas partes). Tal qual aponta o direito português, está em causa um critério puramente objectivo.

A Covid-19 constitui um excelente exemplo. Uma emergência destas, na total surpresa que constituiu, faz com que o recurso à vontade hipotética das partes não passe de uma pura ficção. E o apelo à vontade razoável constituirá aqui também uma simples etiquetagem formal para um problema que é, nuclearmente, o de saber se a justiça tolera objectivamente a manutenção da relação contratual atingida([10]).

Na realidade, o recurso à lacuna contratual é espúrio enquanto não prescindirmos do critério da falha contrária a um plano([11]). Esta não existirá, quer, patentemente, nas alterações das circunstâncias totalmente imprevisíveis (como no caso da Covid-19)([12]), quer ainda nas que, podendo antecipar-se em abstracto como possíveis, não ocorrem em situações de normalidade (sirva o exemplo do cruzeiro das Caraíbas em que a hipótese da ocorrência de um tufão que leve a um cancelamento da viagem é conjecturável, mas não corresponde à normalidade das situações).

A lacuna requer que as partes houvessem prudentementeter previsto a perturbação. Assim, aquilo que se apresenta em concreto como não antecipável e/ou aquilo com que as partes não tinham por que contar não representa, só por isso, uma incompletude contratual. Na alteração das circunstâncias só podem estar deste modo em causa os limites que essa mesma vontade apresenta, tal qual efectivamente existu, limites esses a respeitar (afinal, como expressa a vetusta *clausula rebus sic stantibus*). Toda a sujeição da conduta das partes a parâmetros de razoabilidade perante a perturbação ocorrida — designadamente para permitir uma modificação do contrato — extravasa essa vontade, situa-se para além dela, quando a

---

([10]) Em sentido diverso, Finkenauer, para quem não há distinção viável entre integração e correcção do contrato (*rectius*, entre interpretação complementadora e interpretação correctiva do contrato). Para o Autor, trata-se, porém, na indagação da vontade hipotética segundo a boa fé, de uma interpretação normativa, no âmbito da qual os critérios do direito dispositivo desempenham um papel importante; e recusa a destrinça entre a falsa representação e a ausência de representação da realidade, com o argumento de que em ambos os casos as representações das partes se mostraram divergentes em relação à realidade, e a regulamentação contratual lacunosa. (*Münchener Kommentar*, 9.ª ed., § 313, ns. 41 e 44).

([11]) Considerando, porém, sem hesitação, que a doutrina da alteração das circunstâncias representa uma lacuna dupla: do negócio — que não previu a alteração —, e da lei, que nenhum regime estabeleceu para ela, Medicus/Petersen, *Allgemeiner Teil des BGB*, 12. Auflage, Heidelberg, 2024, 375.

([12]) E certamente também, embora certamente em menor extensão, em diversas situações afectadas pela crise financeira de 2008.

concreta perturbação contratual ocorrida não era antecipável. A vontade das partes não é, então, lacunosa([13]).

3. O direito português apresenta, como se disse, um outro critério: na vez — tal qual a norma germânica — do apelo à vontade hipotética das partes, acoplado depois à noção de inexigibilidade da manutenção do contrato, recorre aos "princípios da boa fé" para determinar se o contrato é susceptível de resolução ou modificação.

Trata-se de um parâmetro objectivo do que constituem as exigências da justiça perante a relação contratual afectada.

Tais exigências — sublinhe-se, para evitar equívocos superficiais — impõem sempre a consideração das representações, dos intuitos e das condutas das partes no âmbito do contrato atingido([14]). Não se lhes contrapõem, mas também não se detêm nelas, nem são derradeiramente condicionadas por elas na realidade concreta com que se apresentam. Não se trata de completar ainda, de algum modo, a vontade contratual que tiveram, para que ela possa realizar-se ainda — através da adaptação do contrato —, ou de respeitar uma sua condicionalidade imperfeitamente expressa e cingida à manutenção de certas circunstâncias — nos casos de resolução —, quanto de promover aquilo que é razoável e justo, tendo em conta o que as partes estabeleceram([15]).

Os princípios da boa fé convocados pelo direito português não são, pois, também subsidiários ou sindicantes de qualquer vontade hipotética

---

([13]) Aqui reside, por isso, um argumento contra a admissão de um dever geral de renegociar o contrato. Pois se as partes só se vincularam a um contrato com determinado conteúdo, não pode a uma delas impor-se unilateralmente um contrato com outro conteúdo. É o que resulta, aliás, do disposto no art. 406.º, n.º 2 do Código Civil. Mais difícil seria admiti-lo vendo-se na modificação do contrato uma complementação ou desenvolvimento pedido pelo respeito da vontade originária das partes (pois a modificação passaria a estar contratualmente fundada no acordo originário). Contra esta concepção, já o nosso *O dever de renegociar o contrato/Mitos e realidades de uma ideia errante*, in ROA, 499, ss., esp. 522, ss. No direito alemão o tema do dever de renegociar encontra-se empolado em virtude de o § 313 apontar a adaptação do contrato como consequência-regra da alteração das circunstãncias. Sobre o tema, criticamente, cf. Hans-Christoph Grigoleit, *Zur Mechanik der Vertragsanpassung bei Grundlagenstörungen/Verhandlungspflichten und andere Verfahrensfragen*, in FS Singer, Berlin, 2021, 205, ss.

([14]) Não se trata, pois, de substituir a vontade das partes por qualquer convicção do juiz, pois a justiça que se trata de realizar, não sendo embora a de uma qualquer vontade das partes — na realidade, inexistente —, parte da vontade contratual delas e tem de a considerar (embora se não detenha nela). É o que decorre da remissão para os princípios da boa fé.

([15]) Defendemo-lo já no nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 863-864, e nota 966. Reconduzindo também a alteração das circunstâncias a um problema de justiça objectiva, mas muito crítico, a propósito da boa fé, em relação a "uma intonação subjectiva que só complica", Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral (Relações e Situações Jurídicas)*, III, Coimbra, 2002, 202, 210.

das partes, a considerar primeiro, como aconteceria se a questão fosse de integração de lacunas([16]). Não obsta o facto de a solução (da resolução ou da modificação) poder eventualmente corresponder ao que as partes teriam efectivamente querido e estariam dispostas a acordar entre si: na realidade, não é essa, em Portugal, a bússola do juiz. Não é isso que o juiz perscruta, antes o que se afigura justo e razoável, fosse qual fosse a vontade hipotética das partes (se se quiser, perscruta aquilo que as partes haveriam sempre de querer se fossem sensatas e justas).

4. Subjacente ao direito português encontra-se, no fundo, uma concepção segundo a qual a vinculatividade do contrato não repousa nem pode repousar, derradeiramente, tão só em ele ter sido querido pelas partes. A autodeterminação das partes — e o consequente *pacta sunt servanda* —, constituindo embora uma exigência indeclinável da justiça, não permite relações contratuais flagrantemente injustas. Não se trata de substituir o clássico "stat pro ratione voluntas" por um também extremo "stat pro voluntas ratio", mas de reconhecer que a autonomia privada se funda numa razão *compreensiva e (mais) englobante* de justiça([17]). Por isso se não trata para o juiz de, perante uma alteração das circunstâncias que ocorra, procurar uma solução entre princípios contraditórios e irremediavelmente antagónicos, sacrificando um deles, antes de postular a integração da autonomia contratual das partes numa teoria da justiça (do contrato) mais compreensiva([18]). O art. 437.º/1 não constitui, também por isso, um excepcional *ius singulare*([19]).

De harmonia com o fundamento exposto, percebe-se que o requisito da imprevisibilidade da alteração que é comummente apontado na doutrina não possa ser absolutizado([20]). Há muitos eventos que são abstracta-

---

([16]) Segundo o disposto no art. 239.º do Código Civil português, na integração de lacunas importa considerar a vontade hipotética, embora sujeita ao controlo dos "ditames da boa fé".

([17]) Nesse sentido já o nosso «Autonomia privada e justiça contratual/Duas questões, nos 50 anos do Código Civil», in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 28-29. A favor de uma ideia de justiça objectiva, especificamente no campo dos contratos administrativos, com base na ideia de que a Administração "não se move no campo da liberdade", mas sim no do "justo", expresso na exigência de proporcionalidade e na obrigação de o contraente público não poder assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados (cf. o art. 281.º do Código dos Contratos Públicos), veja-se também Mafalda Carmona, *Nota sobre o fundamento da alteração das circunstâncias*, *cit.*, 9.

([18]) Focado, antes, no antagonismo dos princípios, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., Coimbra, 2017, 682.

([19]) Liberdade ou autonomia dos sujeitos, e justiça do contrato ou da relação contratual, insiste-se, podem e harmonizar-se *ex rerum naturae* — e devem-no — no plano normativo-valorativo da ordem jurídica.

([20]) Em sintonia, veja-se Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, *cit.*, referindo-se ao que pode designar-se a imprevisibilidade concreta.

mente antecipáveis como possíveis — volte-se ao exemplo do ciclone que obriga a cancelar um cruzeiro nas Caraíbas —, mas nem por isso deixam de consubstanciar uma alteração das circunstâncias relevante. Consentâneo com esse fundamento é antes, como estabeleceu o legislador português, a exigência da anormalidade da alteração.

De resto, a opção do direito português por um critério da relevância da alteração autónomo da subjectividade das partes surge insofismavelmente evidenciada pelo facto de a modificação do contrato a que haja lugar se haver de fazer segundo juízos de equidade. A equidade é uma medida objectiva, embora flexível, que considera mas não se detém na vontade das partes([21]). Ela permite, inclusivamente, reequilíbrios do contrato através de compensações à parte lesada, ainda que impensáveis ou absolutamente não ponderavéis pelass partes no momento em que contrataram([22]).

5. A articulação da liberdade contratual com a justiça do contrato e da relação contratual é demasiado complexa para poder ser agora aprofundada. Ela baseia-se certamente na dignidade da pessoa humana, que deve poder autodeterminar-se, para lá de concepções utilitaristas ou de funcionalidade social geral. O contrato é, assim, um instrumento de desenvolvimento da personalidade. Até certo ponto, envolverá uma "garantia de justeza" do seu conteúdo (*Richtigkeitsgewähr*), ao mesmo tempo que permite a realização de objectivos supraindividuais ou sociais gerais, como o da distribuição ou da alocação, económica ou socialmente, justa ou eficiente dos bens.

Como realidade jurídica, participa em todo o caso da intencionalidade jurídica de base constituída pelo *suum cuique tribuere*. Ele guarda por isso uma estreita ligação às concretizações histórica ou culturalmente por este experimentadas. Entre elas, de modo especial, com o desenvolvimento da doutrina da justiça comutativa de feição aristotélico-tomista, mas também com a ideia de reciprocidade veiculada, desde tempos imemoriais, por exemplo, pela "regra de ouro"([23]).

([21]) Em conformidade, cremos também que a modificação do contrato deve ter essencialmente por referência uma medida objectiva de justiça da relação contratual perturbada (de acordo, no direito português, com a equidade, que obriga, obviamente, à consideração, até onde for possível, do que as partes teriam querido), e não com a indagação, tão só, de uma vontade hipotética subjectiva (susceptível, também ela, de se afastar, afinal, dessa medida do "razoável").

([22]) Não se trata, pois, apenas de projectar a "equação económica inicial do contrato" para o futuro, pois a perturbação afectou-a irremediavelmente, e a equidade consente modificações que não se podem assumir como mera projecção dessa equação.

([23]) Um aproveitamento para a teoria do contrato justo da antiquíssima "regra de ouro" como medida universal de justiça e/ou do comportamento correcto — seja na versão negativa do "não faças aos outros o que não queres que te façam a ti" (por ex., Tob. 4,15), seja na versão positiva do Sermão

A tensão entre ambos os vectores foi sendo resolvida no pensamento jurídico recente, ora com marcado predomínio da autonomia privada (*v.g.*, no pensamento de Flume)([24]), ora considerando o contrato uma mera realidade chamada a cumprir uma função social (Raiser, Zweigert)([25]), ora considerando ainda que ele que ele proporciona uma certa "garantia de justeza" (Schmidt-Rimpler)([26]). Nenhuma destas concepções logra, porém, uma suficiente harmonização destes vectores, dada a excessiva obnubilação a que expõe um ou outro deles.

Por outro lado, parecem ser de rejeitar posições cépticas que, perante a necessidade de concretização de cláusulas gerais utilizadoras do conceito indeterminado da boa fé — como a do art. 437/1 — se detêm em sublinhar que nelas se verifica uma tensão entre diversos antagonismos, constitutiva no direito privado: individualismo e colectivismo; segurança jurídica generalizadora e e justiça do caso concreto; vinculação à lei e liberdade do juiz([27]). Pois do que se trata, se não nos resignarmos a um puro decisionismo judicial, é de superar esses antagonismos mediante um discurso harmonizador e racionalmente controlável.

Cremos que, sendo a justiça o fim do Direito, ela se projecta no domínio dos contratos como justiça contratual ou justiça da relação contratual. Não se trata de um conceito vazio, pese embora a necessidade de uma concretização.

---

da Montanha ("faz aos outros o que queres que te façam a ti": Mt. 7, 12) —, pode confrontar-se em *Matthias Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, München, 2019, 111, ss.

([24]) Cf. *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Berlin, New York, etc., 1992, 5-6.

([25]) Cf. Raiser, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in FS 100 Jahre des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, I, 101, ss; ainda, Zweigert, *"Rechtsgeschäft" und "Vertrag" heute*, in FS Rheinstein, I, Tübingen, 1969, 493, ss. Um pensamento deste tipo ecoa em Mariana Fontes da Costa, ao afirmar: "O contrato é obrigatório, porque é um instrumento de regulação das relações sociais e, nessa medida, desempenha uma função que cabe ao ordenamento jurídico" (cf. *Da alteração superveniente das circunstâncias*, *cit.*, 114-115). Na sua literalidade, se coerentemente seguida, daqui decorreria que, ao contratar, as partes exerceriam por delegação do Estado competências normativas singulares (teoria da delegação). À também inerente obnubilação da autonomia da vontade oferece-se, em contraponto — é o entendimento que preferimos —, uma concepção que se funda, antes de mais, e apesar de poder integrar outros elementos, na condição ético-jurídica da pessoa, interpretando em conformidade o sentido da vinculação autonómica e havendo o ordenamento jurídico de o reconhecer (teoria do reconhecimento); cf. o nosso *Os Princípios do Direito dos Contratos/Um roteiro breve*, in Temas de Contencioso Contratual, Arbitragem e Mediação (coord. Ana Filipa Morais Antunes e António Pedro Pinto Monteiro), I, Coimbra, 2025, 9, ss, 10, e 20-221.

([26]) Cf. *Zum Vertragsproblem*, in FS für Ludwig Raiser, Tübingen, 1974, 3, ss.

([27]) Cf. Marietta Auer, *Materalisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit/Generalklauseln im Spiegel der Antonomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen, 2005, 175-177, e *passim*, pronunciando-se no sentido da irredutibilidade (Unauflösbarkeit), mas também da dependência relacional dessas dimensões.

Sendo o contrato um negócio bilateral, parece que a autonomia privada e o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos requerem à partida, no campo da alteração das circunstâncias, a consideração dos interesses prosseguidos por ambas as partes e a adopção de parâmetros de reciprocidade com vista à harmonização das suas posições. Deste modo se conseguirá também, no domínio contratual, o pretendido trânsito de uma "ética da liberdade formalmente entendida" para uma "ética material de responsabilidade social (pelo outro)"([28]).

V. O papel real do conceito (formal) de inexigibilidade

1. Segundo o § 313 (1) do BGB, a alteração das circunstâncias conduz à modificação do contrato na medida em que a uma das partes, considerando as circunstâncias do caso — em especial, a distribuição do risco contratual ou legal — não seja exigível a manutenção do contrato.

Para o direito alemão, a chave da relevância da alteração das circunstâncias encontra-se, assim, na noção de inexigibilidade([29]).

Mas esta não se encontra *apertis verbis* referenciada, no direito germânico, a qualquer padrão. O que, se convoca necessariamente uma interpretação sistemática alargada, confere ao § 313 (1), nas mãos do intérprete-aplicador, uma plasticidade e flexibilidade extremas([30]).

Em Portugal a ideia germânica teve também ecos([31]). Não cremos, porém, que haja vantagem em dissolver o nosso tema no âmbito de uma teoria geral da inexigibilidade contratual.

([28]) Referimo-nos ao célebre desiderato do "Wandel von formaler Freiheitsethik in eine materiale Ethik socialer Verantwortung" propagado por Wieacker. Sobre ele, Matthias Wendland, *op. cit.*, 172-173, e, mais amplamente, buscando uma compreensão integradora da justiça do contrato através da complementaridade da liberdade e da justiça contratual num contexto de reciprocidade, 163, ss.

([29]) Neuner fala de uma ponderação global: cf. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, *cit.*, 519.

([30]) Neste sentido Finkenauer, *Münchener Kommentar*, *cit.*, § 313, ns. 76-77. A fórmula pelo visto corrente na jurisprudência da Alemanha segundo a qual "a invocação da alteração das circunstâncias só é possível se for necessária para evitar um resultado inaceitavelmente desconforme com o Direito e a Justiça e que portanto não pode ser exigido segundo a boa fé à parte lesada" é sincrética e, como o autor reconhece, sem contornos.

([31]) Cf., em especial, Nuno Pinto de Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, 564, ss, 573, ss, o qual, contudo, erige a requisito da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias "que a continuação da relação contratual, originária seja *gravemente injusta*" (itálico no original), vendo mesmo na expressão uma aplicação da conhecida fórmula de Radbruch, aplicada à conformação do conteúdo do contrato" (pp. 576-577). Veja-se ainda, usando abundantemente a noção de inexigibilidade, Henrique Sousa Antunes, *Os desafios da legislação COVID-19*

2. A noção de exigibilidade/inexigibilidade é, com efeito, formal. Pode abranger, por isso, outras realidades situadas além da alteração das circunstâncias — como a denúncia *ad nutum* dos contratos duradouros, ou casos de liberação do devedor em face de obstáculos ou onerosidades gravemente desproporcionadas da prestação a que não correspondam vantagens ou interesses relevantes do credor, tal qual prevê o § 275 (2) do BGB. Mas não indica o fundamento da relevância da alteração das circunstâncias no domínio dos contratos. Não é, na realidade, susceptível de operar sozinha. Constitui apenas um "conceito-ponte", dependendo de um referente que a justifique e para que apenas faz uma transição. Em Portugal, diversamente, relevam, directa e expressamente, as exigências da boa fé, esse sim, mesmo se de modo indefinido, um parâmetro material (remetendo, como dissemos, para as exigências da justiça da relação contratual afectada)([32]).

3. Fala-se, a propósito da inexigibilidade, de um critério prático-normativo concretizado no sub-princípio da proporcionalidade (reconduzindo-se a alteração das circunstâncias ao problema geral da onerosidade excessiva da prestação)([33]). Ora, no direito luso, não há que, sobrevinda uma alteração das circunstâncias, proceder a uma comparação entre o sacrifício exigível ao devedor e o benefício que o cumprimento do contrato conferia ao credor [tal qual a que o § 275 (2) do BGB prevê]. O que se trata é de proteger o devedor lesado pela alteração, o qual deverá poder exonerar-se mesmo que o interesse do credor se mantenha([34]).

De todo o modo, importa notar que se o critério da relevância da vontade das partes (ainda que hipotética) fosse coerentemente seguido para resolver o problema da alteração das circunstâncias, seria dispensável a inexigibilidade: bastaria a demonstração de que as partes não teriam cele-

---

à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil, in Contratos e Pandemia/Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia (coord. Gonçalo Malheiro/Luís Barreto Xavier), Instituto de Conhecimento (Abreu Advogados), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 37-62. Contra, rejeitando o "entendimento do instituto [da alteração das circunstâncias] como uma espécie de cláusula geral de inexigibilidade", Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias/Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, *cit.*, 353.

([32]) A razão pela qual o legislador germânico, certamente atento ao problema, não mencionou a boa fé no novel § 313 terá sido talvez a preocupação de não multiplicar as referências à boa fé, para manter tanto quanto possível a tradição tudesca de ver no § 242 a disposição-rainha ou o parágrafo-rei do BGB. Também na Alemanha a inexigibilidade da continuação da relação contratual segue o critério da boa fé. Cf., nesse sentido, Finkenauer, *Münchener Kommentar*, *cit.*, § 313, ns. 376-377.

([33]) Cf. Nuno Pinto de Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, 564.

([34]) Nesse sentido, justamente, Ana Filipa Morais Antunes, *Alteração das Circunstâncias, Vulnerabilidade Negocial e Parte Lesada*, Coimbra, 2024, 108-109.

brado o contrato (ou não o teriam celebrado naqueles termos) se tivessem previsto a alteração ocorrida, libertando-as da correspondente vinculação (e ordenando ou não a modificação em função do que essa vontade hipotética sugerisse).

O § 313 (1) apresenta-se, assim, se bem vemos, sincrético: se pretendeu congraciar um fundamento objectivo e outro subjectivo para a possibilidade de uma dispensa do princípio *pacta sunt servanda*, o regime nele instituído apresenta-se ambíguo e indefinido do ponto de vista dogmático.

4. Dir-se-á que o direito luso não é também totalmente inequívoco na opção por um padrão objectivado de justiça da relação contratual. Trata-se, porém, de uma ambiguidade diferente. É certo que a expressão "princípios da boa fé" permite de ponto de vista linguístico uma simbiose entre elementos subjectivos e objectivos como critério da resolução ou modificação do contrato, mas o direito português da alteração das circunstâncias, precisamente porque não está vinculado à vontade hipotética das partes, como o direito germânico, não tem necessidade de corrigir essa vontade por uma qualquer noção que a complemente ou, mesmo, se lhe possa contrapor, do exterior: a justiça (da relação) contratual portuguesa apresenta-se integradora da vontade das partes, mas sem se reconduzir a ela, una e integradora das várias dimensões que essa mesma justiça convoca.

VI. O art. 437.º/1 como norma sindicante e correctora

1. As "grandes alterações das circunstâncias" — expressão que em Portugal tem vindo a designar as perturbações da "grande base negocial"([35]) — viram singrar de forma clara, no espaço doutrinário português, a natureza sindicante e correctora do art. 437.º/1, ancorada numa percepção objectiva do seu fundamento.

A relação que intercede entre esta disposição, por um lado, e as cláusulas contratuais ou outras normas do sistema jurídico que repartam riscos

---

([35]) Perturbações que atingem uma condicionante geral da coexistência social (normalmente com impacto generalizado e, em muitos casos, violento, na possibilidade e forma da interacção e cooperação de um número indeterminado de sujeitos). Sobre elas, pode ver-se Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Berlin, etc., 1992, 518, ss, e, em Portugal, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, *cit.*, 692, ss, assim como também o *nosso* "Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras", in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 78-80.

contratuais, por outro, não é, assim, a de uma mera supletividade da primeira em relação a estas (atenta uma não previsão das partes). O art. 437.º/1 não se encontra no mesmo plano que elas.

Estivesse, porém, em causa um tema de integração de lacunas, haveria de perguntar-se como é que a vontade hipotética poderia servir para afastar o direito dispositivo que é tido por expressão da vontade hipotética usual das partes; direito dispositivo esse que, segundo se diz a respeito do inciso inicial do art. 239.º do Código Civil português, afasta a colmatação da lacuna mediante o recurso à vontade hipotética das partes([36]).

2. Sejam dois exemplos da experiência portuguesa.

Um deles teve ampla repercussão pública e foi alvo de acesa discussão([37]). Tratou-se de um litígio deflagrado em 2008 entre o Banco Santander Totta e um conjunto de empresas públicas portuguesas do sector dos transportes, versando um conjunto de contratos de *swap* de taxa de juro indexados à Euribor que o referido Banco celebrara com elas em Portugal, acoplados a diversos financiamentos que lhes havia concedido. Com efeito, para responderem à profunda crise financeira de 2008, as autoridades europeias intervieram a fixar a Euribor, por um tempo histórico *record*, em valores muito baixos. Tal implicou para as Empresas de Transporte perdas catastróficas no âmbito de tais contratos de *swap*, por elas celebrados, gravemente oneradoras do erário público, tendo-se elas recusado a pagar as prestações em dívida. Na verdade, havia desde o início um gritante desequilíbrio de posições à luz dos contratos celebrados, susceptível de levar a perdas totalmente assimétricas em prejuízo das Empresas de Transporte, às quais chegou a ser exigido o pagamento de juros anuais de 140%!

Intentada pelo Banco Santander Totta — em Inglaterra, ao abrigo de um pacto de jurisdição — uma acção visando o cumprimento integral desses contratos, as empresas de transportes vieram invocar, ao abrigo do art. 437.º/1, uma alteração das circunstâncias em que haviam fundado a sua decisão de contratar: considerando como tal a crise financeira de 2008, e aduzindo que essa alteração não estava coberta pelos riscos próprios do contrato.

Ora, é inegável que nos contratos de *swap* de taxa de juro a oscilação de tais taxas pertence, à partida, aos riscos próprios do negócio, como

---

([36]) Não é argumento que também as disposições supletivas podem ser alvo de interpretações restritivas ou de reduções teleológicas. É que as razões que fossem susceptíveis de justificar tais procedimentos metodológicos seriam certamente, nos exemplos a seguir dados, totalmente objectivos, transcendendo qualquer vontade das partes.

([37]) Sobre o tema pode ver-se, com amplas referências, o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, *cit.*, 9, ss.

decorre do tipo contratual em causa (enquanto seu elemento essencial). Também num contrato desses podem, contudo, repercutir-se factores externos que condicionem as prestações a cargo das partes, situados para lá do âmbito dos riscos próprios desse negócio; pense-se numa guerra ou num cataclismo natural.

Considere-se agora a intervenção do Banco Central Europeu ocorrida no mercado das taxas de juro em 2008. As partes haviam feito depender dos valores apurados nesse mercado as prestações a efectuar entre elas. Embora esse mercado não tenha sido propriamente suprimido([38]), aquela intervenção acabou por subverter ou desvirtuar completamente a fixação livre das taxas de juro através do encontro (incondicionado) da oferta e da procura; estas foram mantidas artificialmente baixas, por tempos historicamente muito longos, para cumprir objectivos de política monetária dirigista por parte das instâncias europeias.

Desta perspectiva, o que constituiu uma alteração relevante foi a manipulação administrativo-política das taxas de juro; a rigidificação artificial da estrutura do mercado, heteronomamente imposta; não a variação, em si, das taxas de juro e a sua expressão.

Os actos de autoridade — legislativa, política, monetária, etc. — com impacto relevante no "ambiente" em que os contratos foram celebrados constituem, de facto, exemplos clássicos de alteração das circunstâncias([39]). Por isso, os planos radicais de estabilização do valor da moeda podem representar também uma alteração anormal das circunstâncias([40]).

Apresentou-se assim justificado o juízo do tribunal londrino, no litígio em referência, reconhecendo a susceptibilidade de resolução de tais contratos ao abrigo do direito português([41]). No contexto de uma "grande alteração das circunstâncias", o art. 437.º/1 desenvolveria assim uma eficácia para lá do regime do risco próprio do tipo contratual escolhido pelas partes([42]). Mas

---

([38]) O fecho administrativo das bolsas é — todos concordarão — um risco que está ordinariamente para lá do risco próprio dos negócios, mesmo aleatórios, que nelas se tenham celebrado.

([39]) Especialmente quanto às alterações legislativas, veja-se Flume, *Das Rechstsgeschäft*, *cit.*, 520, ss.

([40]) Cf. nesse sentido Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, III, *cit.*, 208-209.

([41]) Contudo, o tribunal considerou aplicável o direito inglês, alegadamente diferente na matéria que nos ocupa. Cf. a sentença do *High Court of Justice Queen´s Bench Division, Commercial Court, Finantial List (Mr. Justice Blair)*, com data de 3 de Março de 2016, consultável na íntegra em <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/financial-list-BST-v-TCs-Approved-judgment.pdf>. A opinião expressa em texto não foi unânime: cf. Paulo Mota Pinto, *Contrato de swap de taxas de juros, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar*, Rev. Leg. Jur. Ano 113 e 114 (2013-2014), 54, ss.

([42]) A jurisprudência germânica da revalorização, *contra legem*, da moeda, na sequência da

— e é o que importa agora especialmente sublinhar — seria certamente deslocada e infrutífera a indagação da vontade hipotética das partes (aqui por certo totalmente antagónica, perante uma crise financeira — de 2008 — e uma intervenção das autoridades monetárias europeias imprevisíveis na dimensão que apresentaram). Em discussão só podia estar o que constituíam, segundo o direito português, as exigências objectivas da justiça da relação contratual atingida.

3. Por outro lado, mesmo a consagração na lei de regimes particulares de risco para certos contratos não afasta automaticamente o da alteração das circunstâncias.

Esses regimes respondem normalmente ao que pode considerar-se serem os riscos típicos, próprios de um dado contrato. Depurados pela experiência e pelas necessidades do tráfico negocial, constituem seus *naturalia negotii*. Por isso, nada obsta a que o art. 437.º/1 se aplique caso estejam em causa vicissitudes que não são típicas e ultrapassam esse âmbito. (E não há, em rigor, relação de subsidiariedade do art. 437.º/1 relativamente a esses regimes, porque o evento perturbador se situará, alternativamente, num ou noutro campo).

Sirva o caso, discutido há alguns anos em Portugal, da compra e venda de acções de uma companhia de transportes, a crédito (com preço a ser pago um ano depois), em que sobreveio uma nacionalização (de tais acções) por decisão do Estado, na sequência da mudança política ocorrida em 25 de Abril de 1974: tratava-se de saber se os alienantes mantinham ou, pelo contrário, perdiam o direito ao preço na sequência da perda, pelos adquirentes, da propriedade das acções a eles transmitidas; por outras palavras, e vista agora a questão do prisma dos compradores, se estes permaneciam obrigados ao pagamento do preço, sobrevinda a nacionalização.

Ora, a nacionalização das acções constituiu aqui o efeito de um risco político. Este não se encontra, cremos, e ao contrário do que foi defendido

---

grande depressão, é muito lembrada na doutrina portuguesa da alteração das circunstâncias (cf. em especial Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, 1022, ss) e constitui um importante paralelo (veja-se Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, *cit.*, p. 513. As grandes oscilações do valor da moeda, com as suas inevitáveis repercussões nas taxas de juro, foram historicamente uma das alavancas mais importantes da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Ninguém discutirá que é inerente à moeda a variação do seu poder aquisitivo. Nem por isso, porém, o art. 437.º, n.º 1, deixou de se poder aplicar quando o valor da moeda se viu modificado, como no presente caso, por factores e determinações de natureza económico-regulatória.

por autores de referência, sujeito ao regime típico do risco nos contratos de alienação constante do art. 796.º/1, segundo o qual o risco da perda da coisa corre, em princípio, por conta do adquirente: os adquirentes estariam, por conseguinte, adstritos ao pagamento integral do respectivo preço, apesar da nacionalização ocorrida([43]).

Em sentido diverso, de modo a encontrar espaço para a aplicação do art. 437.º/1, advogou-se reduzir o campo de aplicação do regime da transferência do risco do perecimento da coisa constante do referido art. 796.º/1: distinguindo consoante o risco da perda da coisa transmitida se apresentasse como normal ou anormal, mais ou menos previsível ou imprevisível — comparando a nacionalização dos bens com o a sua deterioração ou perecimento em virtude de um incêndio, uma inundação ou um roubo, por exemplo, e extraindo de tal comparação, atenta a anormalidade e a imponderabilidade do ocorrido, a libertação integral dos adquirentes das acções relativamente à sua obrigação de pagamento do preço([44]).

Não são esses, porém — cremos —, os pontos decisivos para afastar o regime do art. 796.º/1. O que está em causa nesta situação é um tipo de risco que nada tem de específico dos contratos de alienação: um risco "político", sem qualquer ligação típica específica às necessidades do tráfico jurídico próprio dos contratos de transferência do domínio([45]). Como tal, o art. 437.º/1 não podia considerar-se afastado. É, de resto, o que decorre notoriamente da aludida regra/excepção segundo a qual a dúvida sobre se certa ocorrência se inscreve ou não dentro dos riscos próprios de um contrato, para efeito de determinar quando ela gera a susceptibilidade da sua resolução ou modificação, se resolve em benefício dessa possibilidade.

Só que um risco como o descrito — político, no caso —, é geral, à partida de todos: não pode, nem deve, onerar, por princípio, apenas um dos contraentes. Na falta de outro critério — no limite —, deve ser suportado em partes iguais pelos sujeitos([46]). Assim, a solução justa seria possivel-

---

([43]) Nesse sentido, Vasco Lobo Xavier e Carlos Mota Pinto, *Alteração das circunstâncias e risco*, in Colectânea de Jurisprudência, VIII, Tomo 5, 15, ss, assim como Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, *cit.*, 667-668, perante outra situação similar.

([44]) Cf. Antunes Varela e Henrique Mesquita, *Resolução ou modificação do contrato*, in Colectânea de Jurisprudência, VII, Tomo 2, 1982, 5, ss.

([45]) Cf., nesse sentido, percucientemente, Guilherme de Oliveira, *Alteração das circunstâncias, risco e abuso do direito/A propósito de um crédito de tornas*, in Colectânea de Jurisprudência, XIV, 1989, Tomo 5, 19, ss.

([46]) Supõe-se uma absoluta simetria de posições. A estrutura do risco correspondente a cada contrato, reflectindo a constelação típica da concatenação dos interesses que o contrato permite prosseguir, é, naturalmente, importante.

mente, no caso, a exoneração dos compradores do pagamento de metade do preço das acções em dívida, fazendo os alienantes com espera de preço suportar a perda outra metade. Tenha-se presente que o negócio não estava executado, e que a estipulação de um prazo alargado de pagamento constitui, via de regra, neste tipo de negócios (directa ou indirectamente de compra e venda de empresas), uma condição do negócio: uma vantagem para o vendedor, que consegue assim um preço superior pelo activo transmitido, e um benefício para o comprador, pois o prazo de pagamento mais longo permite-lhe gerar lucros através da gestão da empresa, com os quais conta para satisfazer o preço pedido ou acordado com o vendedor.

Neste género de situações, a indagação do que as partes teriam querido não conduz também, normalmente, a qualquer resultado consistente e seguro. O que importa, mais uma vez, só pode ser o que se apresenta como razoável e justo, o *justo meio da justiça*.

VII. A inderrogabilidade e o cerne de ordem pública do art. 437.º/1

1. O fundamento do regime legal da alteração das circunstâncias repercute-se, por fim, na questão de saber se esse regime é susceptível de ser afastado pela vontade das partes.

De facto, fosse essa vontade o fundamento desse regime, certamente que lhes estaria irrestritamente facultado dispor dele e excluí-lo. Contudo, se na alteração das circunstâncias está em causa a justiça da relação contratual afectada, compreende-se que ela não possa estar, então, absolutamente dependente do arbítrio dos sujeitos.

As partes podem, naturalmente, modelar a *facti species* negocial, o suposto de facto, ao qual se continua a poder aplicar todavia sempre, verificados os seus requisitos, o art. 437.º/1. Não se lhes permite afastar directamente aquilo que representa, afinal, uma imposição da justiça do contrato. Mas é-lhes consentido concretizar e especificar os requisitos e consequências de uma alteração das circunstâncias, desde que respeitando as valorações do art. 437.º, n.º 1(47).

---

(47) Nesse sentido, pode ver-se também, em Portugal, Pedro Pais de Vasconcelos/Pedro L. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2019, 377, assim como Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, *cit.*, 304-305. Na Alemanha, veja-se, *v.g.*, Arndt Teichmann, em *Soergel/BGB*, 3/1, *cit.*, n. 44 ao § 313.

O art. 437.º/1 aplica-se, por certo, ao que as partes quiseram como conteúdo do contrato e é, nesse sentido, condicionado pela vontade destas. Mas, em si mesmo, não constitui direito dispositivo, e não pode, pois, ser directamente derrogado por elas. Como expressão que é, no nosso ordenamento, de exigências indeclináveis da justiça contratual, há mesmo um cerne de ordem pública na disciplina legal da alteração das circunstâncias. Ele sobrepõe-se à vontade, real ou hipotética, das partes.

DIREITO APLICÁVEL AO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL PERANTE AS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E MOÇAMBICANA

Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(*)

Sumário:

Introdução. **I.** Convenção de Montreal. **II.** Regulamentos europeus de uniformização do Direito material. **III.** Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo de mercadorias na ordem jurídica portuguesa. **IV.** Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo de passageiros na ordem jurídica portuguesa. **V.** Determinação da "residência habitual". **VI.** Cláusula de exceção. **VII.** Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo na ordem jurídica moçambicana. **VIII.** Legislação interna avulsa.

Introdução

I. O *problema da determinação do Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo* coloca-se quando a operação apresenta um contacto relevante com mais de um Estado soberano. O exemplo mais evidente é o do transporte de passageiros ou mercadorias de um Estado para outro Estado. Mas um transporte entre dois aeroportos localizados no mesmo Estado também pode apresentar um elemento de estraneidade relevante, designa-

---

(*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lecionando, após a aposentação, nos cursos de Doutoramento e de Mestrado. O presente trabalho retoma, atualiza e complementa o estudo "Breves notas sobre o Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional", publicado em *Estudos de Direito Aéreo*, org. por Dário Moura Vicente, 247-270, Coimbra, 2012 (=*Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. III, 55-74, Lisboa, 2021).

damente quando a transportadora tenha a sede da administração ou o estabelecimento relevante noutro Estado.

O problema pode colocar-se quer no caso em que as partes tenham celebrado uma *convenção de arbitragem* quer naquele em que os tribunais competentes para a resolução de litígios sejam estaduais([1]). Embora o ponto não seja pacífico, entendo que os critérios de determinação do Direito aplicável não são necessariamente os mesmos e, por conseguinte, exigem um exame diferenciado([2]). No presente estudo vou cingir-me à determinação do Direito aplicável na falta de uma convenção de arbitragem([3]).

II. Em matéria de transporte aéreo internacional, Portugal é parte de *Convenções de unificação do Direito material aplicável:* a Convenção de Varsóvia para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (modificada por diversos Protocolos, formando no seu conjunto o chamado "Sistema de Varsóvia") e a Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (1999). Moçambique é apenas parte desta segunda Convenção.

Estas Convenções unificam o regime aplicável principalmente com respeito à responsabilidade do transportador pelos danos causados durante o transporte, aos documentos de transporte, ao direito de disposição do expedidor e ao direito do destinatário à entrega da mercadoria. Quando a situação caia dentro do âmbito (material, espacial e temporal) de aplicação de uma destas Convenções não é, em princípio, necessário determinar o Direito nacional regulador do contrato com base no Direito de Conflitos.

([1]) O art. 34.º da Convenção Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional só admite as convenções de arbitragem tendo por objecto litígios emergentes do contrato de transporte de mercadorias — ver Elma Giemulla e Ronald Schmid (orgs.) — *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Done at Montreal on 28 May 1999*, Alphen aan den Rijn, 2022, Art. 49 n.º 3. Já neste sentido, relativamente ao art. 32.º da Convenção de Varsóvia para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, Lawrence Goldhirsch — *The Warsaw Convention Annotated. A Legal Handbook*, A Haia, Londres e Boston, 2000, Article 32. Fabian Reuschle — *Montrealer Übereinkommen. Kommentar*, 2005, Berlim, Art. 49 n.º 5, defende, porém, a validade de convenções de arbitragem relativas ao transporte de pessoas celebradas após a ocorrência do dano. Ver também Ingo Koller — *Transportrecht*, 11.ª ed., Munique, 2023, Art. 34 n.º 2. Sobre a relevância dos preceitos sobre arbitragem contidos na Convenção, ver Luís de Lima Pinheiro — *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Lisboa, 2005, § 54.

([2]) O que não exclui que na arbitragem de litígios emergentes de relações com consumidores se deva recorrer ao Direito de Conflitos geral, i.e., ao Direito de Conflitos aplicável pelos tribunais estaduais — ver Luís de Lima Pinheiro — *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 5.ª ed., Coimbra, 2023, § 77 C.

([3]) Sobre a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional, ver Lima Pinheiro (n. 1) §§ 25, 26, 46 e 62 e (n. 2) §§ 77-78.

III. Na *ordem jurídica portuguesa*, *as referidas Convenções prevalecem sobre os regimes de fonte interna enquanto fontes hierarquicamente superiores.* Já as suas relações com instrumentos europeus de unificação do Direito de Conflitos podem suscitar mais dificuldades.

Em matéria de contratos obrigacionais, o Direito de Conflitos vigente na ordem jurídica portuguesa consta principalmente do Regulamento (CE) n.º 593/2008 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (*Regulamento Roma I*).

Pode ser questionado se a prevalência da Convenção de Varsóvia e dos seus Protocolos sobre o Regulamento Roma I decorre do art. 25.º/1 deste Regulamento — segundo o qual o Regulamento não prejudica a aplicação das Convenções internacionais de que um ou mais Estados-Membros sejam parte na data da aprovação do Regulamento e que estabeleçam normas de conflitos de leis referentes a obrigações contratuais — ou se as situações abrangidas por esta Convenção estão simplesmente excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento por não envolverem um "conflito de leis" nos termos do seu art. 1.º/1([4]).

No que toca à Convenção de Montreal, *a prevalência sobre o Regulamento decorre já de ter sido ratificada pela União Europeia* (art. 300.º/7 do Tratado que institui a Comunidade Europeia que corresponde agora ao art. 216.º/2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

Já na *ordem jurídica moçambicana,* as normas contidas em Convenções internacionais têm o mesmo valor hierárquico que as normas contidas em atos normativos infraconstitucionais da assembleia da República e do Governo, "consoante a sua respetiva forma de receção" (art. 18.º/2 da Constituição). É, pois, necessária a sua coordenação.

IV. Um aspeto menos estudado do Direito aplicável ao transporte aéreo internacional é o que diz respeito às *relações que se estabelecem entre as diferentes transportadoras aéreas.* As transportadoras aéreas significativas são, na sua generalidade, membros da IATA (*International Air*

([4]) No primeiro sentido, ver Luís de Lima Pinheiro — "O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) — Uma introdução", *in Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. II, 401-471, Coimbra, 2009, 470; Dieter Martiny, *in Internationales Vertragsrecht*, org. por Reithmann/Martiny, 9.ª ed., Colónia, 2022, n.º 1.142; Peter Mankowski, *in op. cit.*, n.º 15.136; no segundo, relativamente ao Regulamento Roma II, Jürgen Basedow — "Rome II at Sea — General Aspects of Maritime Torts", *RabelsZ.* 74 (2010) 118-138, 128. A opção por uma destas soluções pode ter consequências quanto à ratificação desses tratados internacionais, ou adesão aos mesmos, por Estados-Membros da União Europeia, depois da data da aprovação do Regulamento. Uma vez que Portugal ratificou anteriormente os tratados em causa, não é necessário entrar aqui na apreciação deste ponto.

Transport Association), e as suas relações são objecto de Resoluções tomadas pelos órgãos desta associação e de Acordos Multilaterais celebrados pelas transportadoras com base em modelos adotados pela associação([5]). Se os litígios emergentes destas relações forem normalmente subtraídos às jurisdições estaduais coloca-se a questão de saber se não vigorará um ordenamento autónomo do comércio internacional neste sector([6]). No presente estudo não é, porém, possível entrar numa indagação sobre esta problemática específica.

V. Nas breves notas que se seguem principiarei por referências à Convenção de Montreal e à relevância que a determinação do Direito nacional aplicável pode assumir dentro do seu âmbito de aplicação (I) e aos Regulamentos europeus de uniformização do Direito material aplicável (II). Passarei, em seguida, a examinar o regime contido no Regulamento Roma I sobre a determinação do Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo de mercadorias na ordem jurídica portuguesa (III) e ao contrato de transporte aéreo de passageiros na ordem jurídica portuguesa (IV), incluindo os aspetos comuns relativos à determinação da "residência habitual" (V) e ao funcionamento da cláusula de exceção (VI). A determinação do Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo na ordem jurídica moçambicana será também objeto de uma breve referência (VII). Por último, será feita uma menção à legislação avulsa portuguesa e moçambicana e indagado o seu âmbito espacial de aplicação no domínio do transporte aéreo internacional (VIII).

Não vou tratar da determinação do Direito aplicável a questões parciais, como a capacidade negocial e a forma do contrato, nem autonomizar o exame das regras gerais que limitam o alcance da lei reguladora do contrato, ou o resultado a que pode conduzir a lei estrangeira reguladora do contrato, sem prejuízo das referências que se afigurem apropriadas.

([5]) Ver Malcolm Clarke e David Yates — *Contracts of Carriage by Land and Air*, Londres, 2008, 438, e Giemulla/Schmid (n. 1) Introduction n.º 35.

([6]) Em geral, sobre a questão dos ordenamentos jurídicos autónomos do comércio internacional, ver Luís de Lima Pinheiro (n. 1) § 41, com mais referências.

I. Convenção de Montreal

A Convenção de Montreal substitui a Convenção de Varsóvia e os seus Protocolos nas relações entre os Estados partes da Convenção de Montreal (art. 55.º). Segundo a última informação a que tive acesso, são partes na Convenção de Montreal 140 Estados e a União Europeia, razão por que se poderá ter em conta essencialmente esta Convenção.

Quanto ao *âmbito material de aplicação*, a Convenção de Montreal aplica-se a todas as operações de transporte internacional de pessoas, bagagens ou mercadorias em aeronave efetuadas a título oneroso. Aplica-se igualmente às operações gratuitas de transporte em aeronave efetuadas por uma empresa de transportes aéreos (art. 1.º/1).

Quanto ao *âmbito espacial de aplicação*, a Convenção de Montreal aplica-se às operações de transporte em dois casos (art. 1.º/2).

Primeiro, quando, segundo as estipulações das partes, o ponto de partida e o ponto de destino se situem no território de dois Estados Contratantes.

Segundo, quando, segundo as estipulações das partes, o ponto de partida e o ponto de destino se situem num único Estado Contratante, caso tenha sido acordada uma escala no território de outro Estado, mesmo que não seja parte da Convenção.

Para o efeito é irrelevante que se verifique uma interrupção do transporte ou um transbordo.

O transporte a realizar por várias transportadoras sucessivas é considerado um transporte único e indiviso caso tenha sido considerado pelas partes uma única operação, independentemente de ter sido acordado sob a forma de um único contrato ou de uma série de contratos (art. 1.º/3).

Mesmo *dentro do âmbito de aplicação da Convenção podem surgir problemas de determinação do Direito nacional aplicável,* quando normas da Convenção remetam para o Direito nacional.

Assim, designadamente, o art. 28.º determina que, em caso de acidentes com aeronaves dos quais resulte morte ou lesão corporal de passageiros, a transportadora pagará com a maior brevidade adiantamentos às pessoas com legitimidade para pedir indemnização "se tal for imposto pela legislação nacional". E quanto à contagem do prazo dito de prescrição do direito à indemnização por responsabilidade da transportadora, o art. 35.º/2 remete para a lei do tribunal que conhece a ação(7).

Poderia também pensar-se numa relevância da determinação do Direito nacional aplicável na eventualidade de se consolidarem orienta-

---

(7) Ver ainda arts. 2.º/2, 22.º/6, 23.º/1 e 2, 29.º, 33.º/4 e 45.º.

ções jurisprudenciais divergentes nos Estados Contratantes relativamente à interpretação ou integração do regime convencional([8]). Da ratificação da Convenção de Montreal pela União Europeia, porém, decorre *a competência interpretativa do Tribunal de Justiça da União Europeia* (doravante TUE) nos termos do art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia([9]), que tenderá a assegurar a uniformidade de interpretação e integração do regime convencional pelos tribunais dos Estados-Membros([10]).

O art. 49.º da Convenção de Montreal determina que são nulas as cláusulas do contrato de transporte bem como os acordos especiais celebrados antes da ocorrência do dano através dos quais as partes pretendam violar as regras estabelecidas na Convenção, quer determinando a legislação aplicável, quer alterando as regras relativas à jurisdição competente.

Isto deve ser entendido no sentido da *prevalência do regime convencional sobre o Direito de Conflitos geral,* por forma que a aplicação deste regime não pode ser afastada mediante a escolha do Direito de um Estado que não seja parte na Convenção (antes da ocorrência do dano). Não deve ser interpretado no sentido de não ser admitida uma escolha do Direito aplicável relativamente aos aspetos que estão fora do âmbito de aplicação da Convenção (ou, eventualmente, com a relevância anteriormente referida mesmo dentro do âmbito de aplicação da Convenção)([11]).

Por acréscimo, parece decorrer deste preceito que as partes podem afastar a aplicação das regras da Convenção através da escolha do Direito de um Estado Não Contratante após a ocorrência do dano([12]).

A Convenção não regula, designadamente, a capacidade das partes; a formação do consentimento; a interpretação e a integração do contrato; a invalidade do contrato por falta ou vícios da vontade; as consequências da invalidade; em regra, as obrigações do passageiro ou expedidor e as consequências do seu incumprimento; a inexecução do transporte estipulado; e,

---

([8]) Cf. Jan Kropholler — *Internationales Privatrecht*, 6.ª ed., Tubinga, 2006, 98. Cp. Christian von Bar e Peter Mankowski — *Internationales Privatrecht*, Vol. I, 2.ª ed., Munique, 2003, 74.

([9]) Cf. Müller/Rostin, *in Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Vol. VII, Munique, 5.ª ed., 2023, MÜ Einl. n.º 55.

([10]) Sobre a interpretação do Direito material unificado, ver Luís de Lima Pinheiro — *Direito Internacional Privado*, Vol. I — *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, § 4 D, com mais referências.

([11]) Cf. Koller (n. 1) Art. 49; Fabian Reuschle — *Montrealer Übereinkommen. Kommentar*, 6.ª ed., 2024, Berlim, Preämbel n.º 63, e Art. 49 n.º 5; Giemulla/Schmid (n. 1) Art. 49 n.º 5.

([12]) Ver também Reuschle (n. 11) Art. 49 n.º 4, e Giemulla/Schmid (n. 1) Art. 49 n.os 1-3.

em geral, as operações gratuitas de transporte em aeronave que não sejam efetuadas por uma empresa de transportes aéreos([13]).

Relativamente a estas questões é necessário determinar o Direito aplicável com base no Direito de Conflitos geral.

A capacidade é em princípio regida pela lei pessoal (arts. 25.º, 31.º/1 e 32.º do Código Civil, doravante CC), com o desvio introduzido pelo art. 13.º do Regulamento Roma I na ordem jurídica portuguesa. As restantes questões caem em princípio dento do âmbito de aplicação da lei reguladora do contrato, definida, na ordem jurídica portuguesa, pelos arts. 10.º/1, 12.º e 18.º/1 do Regulamento Roma I e, na ordem jurídica moçambicana, em princípio, pelo Regime Jurídico dos Contratos Comerciais, pelos arts. 41.º e 42.º CC e pelo art. 11.º do Código Comercial de 2022.

Outras questões, de que não cabe ocupar-me aqui, poderão cair dentro do âmbito de aplicação da lei reguladora da responsabilidade extracontratual([14]).

II. Regulamentos europeus de uniformização do Direito material

Na *ordem jurídica portuguesa,* o Direito material aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional também é *objecto de uniformização por fontes do Direito da União Europeia.*

Da ratificação da Convenção de Montreal pela União Europeia decorre também a sua prevalência sobre os Regulamentos europeus de uniformização do Direito material (art. 300.º/7 do Tratado que institui a Comunidade Europeia que corresponde agora ao art. 216.º/2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)([15]).

No que toca ao transporte aéreo de passageiros, há que ter em conta três Regulamentos europeus: o Reg. (CE) n.º 2027/97, modificado pelo Reg. (CE) n.º 889/2002, Relativo à Responsabilidade das Transportadoras

---

([13]) Ver ainda Koller (n. 1) Vor Art. 1 n.os 7, ss., e Art. 1 MÜ n.º 1, e Giemulla/Schmid (n. 1) Introduction n.º 42.

([14]) A aplicabilidade do regime convencional às pretensões fundadas em responsabilidade extracontratual parece resultar do art. 29.º da Convenção. Neste sentido, Paul Dempsey e Michael Milde — *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, Montreal, 2005, 204, ss.; Trevor Philipson, *et al.* — *Carriage by Air*, Londres, Edimburgo e Dublin, 2001, n.os 7.9, ss. Cp. Giemulla/Schmid (n. 1) Introduction n.º 46.

([15]) Cf. Reithamnn/Martiny/Mankowski (n. 4) n.º 15.301 e jurisprudência aí referida.

Aéreas em Caso de Acidente; o Reg. (CE) n.º 261/2004, que Estabelece Regras Comuns para a Indemnização e a Assistência aos Passageiros dos Transportes Aéreos em Caso de Recusa de Embarque e de Cancelamento ou Atraso Considerável dos Voos e revoga o Reg. (CE) n.º 295/91; e o Reg. (CE) n.º 1107/2006, Relativo aos Direitos das Pessoas com Deficiência e das Pessoas com Mobilidade Reduzida no Transporte Aéreo.

O *Reg. n.º 2027/97*, modificado pelo Reg. n.º 889/2002, determina a aplicação das disposições da Convenção de Montreal, bem como de certas disposições complementares, a todos os transportes aéreos de passageiros e da sua bagagem realizados por transportadoras aéreas comunitárias (art. 3.º/1), incluindo o transporte aéreo dentro de um Estado-Membro (art. 1.º)([16]). Entende-se por transportadora aérea comunitária a que for titular de uma licença de exploração válida emitida concedida por uma autoridade de licenciamento competente em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 1008/2008 Relativo a Regras Comuns de Exploração dos Serviços Aéreos na Comunidade.

O art. 6.º estabelece deveres de informação que se aplicam a transportadoras aéreas não comunitárias no transporte para a União Europeia, no seu interior ou a partir da mesma (n.º 3).

O *Reg. n.º 261/2004* estabelece os direitos mínimos dos passageiros em caso de recusa de embarque contra a sua vontade, cancelamento e atraso considerável de voos (art. 1.º/1), regulando ainda os casos de colocação do passageiro em classe superior ou inferior àquela para que o bilhete foi adquirido (art. 10.º). *A sua finalidade principal é a proteção do passageiro*, encarado como parte contratual tipicamente mais fraca, e que

---

([16]) Cf. Ebehard Schollmeyer — "Die Harmonisierung des Haftungsrechts im Luftverkehr zwischen Warschau, Montreal und Brüssel", *IPRax* (2004) 78-82, 78, 79 e 80; Silvio Busti — "La responsabilità per danni alla persona nel trasporto aereo", *in Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea*, org. por Laura Mausala e Elisabetta Rosafio, 73-104, Milão, 2006, 75; Pierluigi Simone — "Brevi riflessioni in ordine al contenuto dell'allegato riassuntivo al regolamento (CE) n. 2027/97 e alle conseguenze da esso derivanti per gli utenti del trasporto aereo", *op. cit.*, 217-231, 219-220; Ruhwedel (n. 10) MÜ Einl. N.º 26; e Dieter Martiny, *in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. XIII — *Internationales Privatrecht III*, 9.ª ed., Munique, 2025, Rom I-VO Art. 5 n.º 58. Em sentido diferente, Nuno Castello-Branco Bastos — *Direito dos Transportes*, Coimbra, 2004, 294-295. Ver ainda Maria da Graça Trigo — "Responsabilidade civil do transportador aéreo: a Convenção de Montreal de 1999 constitui um marco histórico", *in Est. Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, 817-832, Coimbra, 2003, 828, ss.; Jesús de Paz Martín — *La Responsabilidad en Transporte Aéreo Internacional. De Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Madrid, 2006, 292, ss. Sobre o regime aplicável nos transportes entre um Estado-Membro e um terceiro Estado ou entre terceiros Estados, quando nas relações com estes Estados vigore ainda a Convenção de Varsóvia, ver Schollmeyer; Martín, *op. cit.*, 295-296; e Martiny, *op. cit.*, n.º 57.

pode ser considerado, na maioria dos casos, um consumidor (Considerando n.º 1)([17]).

*Este regime aplica-se aos voos com partida da União Europeia e aos voos operados por transportadoras aéreas comunitárias de países terceiros com destino à União Europeia (*a menos que tenham recebido benefícios ou uma indemnização e lhes tenha sido prestada assistência nesses países terceiros) (art. 3.º/1)([18]). Isto inclui o transporte de passageiros realizado em virtude de uma reserva única com uma escala planeada fora da União Europeia, com troca de aparelho([19]).

Este regime já não é aplicável ao voo de retorno de um país terceiro operado por uma transportadora não comunitária. A circunstância de o voo de ida e o voo de regresso serem objeto de uma reserva única é irrelevante para o efeito([20]).

Parece que a recusa de embarque, o cancelamento de voo e a colocação do passageiro em classe diferente não devem ser considerados abrangidos pela Convenção de Montreal([21]), razão por que a questão da compatibilidade deste Regulamento com a Convenção só se pode suscitar com respeito a atrasos.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TCE, atual TUE) teve ocasião de decidir que não há incompatibilidade entre o art. 6.º deste Regulamento, sobre direitos dos passageiros em caso de atrasos consideráveis, e os arts. 19.º, 22.º/1 e 29.º da Convenção de Montreal([22]). O tribunal entendeu que enquanto estes preceitos da Convenção regulam as pretensões individuais de indemnização pelos danos causados pelo atraso, o art. 6.º do Regulamento estabelece uma reparação uniforme e imediata pelos inconvenientes devidos a atrasos, sem que os passageiros tenham de propor ações de indemnização nos tribunais([23]). Assim, o dispositivo previsto no referido art. 6.° do Regulamento posiciona-se a montante daquele que resulta da Convenção e não obsta a que os passageiros interessados, caso o atraso lhes cause ainda danos que confiram direito a indemnização,

---

([17]) Ver Hugo Ramos Alves — *Direito Aéreo*, 2.ª ed., Lisboa, 2024, 620, ss.

([18]) Ver, com mais desenvolvimento, Ramos Alves (n. 17) 623, ss.

([19]) Cf. TUE 31/5/2018, no caso *Wegener* [ECLI:EU:C:2018:361].

([20]) Cf. TCE 10/7/2008, no caso *Emirates Airlines* [*in curia.europa.eu*].

([21]) Ver também Martín (n. 16) 290-291, e Reithmann/Martiny/Mankowski (n. 4) n.º 15.302. Em sentido diferente, Dário Moura Vicente — "A Convenção de Montreal sobre o Transporte Aéreo Internacional", *in Direito Internacional Privado. Ensaios*, Vol. II, 57-87, Coimbra, 2005, 85. Cp. também TUE 13/10/2011, no caso *Sousa Rodríguez e. o.* [*in curia.europa.eu*], n.º 40.

([22]) Cf. TCE 10/1/2006, no caso *International Air Transport Association e o.* [*in curia.europa.eu*].

([23]) Cf. n.os 44-45.

possam propor ações de indemnização pelos referidos danos, nas condições fixadas na Convenção([24]).

O TUE também já decidiu que o art. 12.º do Regulamento permite ao tribunal nacional condenar a transportadora aérea na indemnização do dano resultante, para o passageiro, do incumprimento do contrato de transporte aéreo, com base num fundamento distinto do Regulamento, designadamente nas condições previstas pela Convenção de Montreal ou pelo Direito nacional([25]).

O TUE decidiu ainda que os arts. 5.° a 7.° do Regulamento devem ser interpretados no sentido de que os passageiros de voos atrasados têm direito a indemnização quando o tempo que perderam em razão desses voos seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três ou mais horas após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea. Todavia, tal atraso não confere aos passageiros o direito a uma indemnização se a transportadora aérea estiver em condições de provar que o atraso considerável se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, mais precisamente devido a circunstâncias que escapam ao controlo efetivo da transportadora aérea([26]).

O *Reg. n.º 1107/2006* estabelece regras para a proteção e a prestação de assistência às pessoas com deficiência e às pessoas com mobilidade reduzida que viajam por via aérea (art. 1.º/1). As suas disposições aplicam-se, em princípio, às pessoas com deficiência e às pessoas com mobilidade reduzida que utilizem ou pretendam utilizar serviços aéreos comerciais de passageiros, com partida, destino ou trânsito num aeroporto situado na União Europeia (art. 1.º/2). No entanto, algumas regras só se aplicam aos passageiros que partem de um aeroporto situado num país terceiro com destino à União Europeia caso a transportadora operadora seja uma transportadora aérea comunitária (art. 1.º/3).

Os regimes contidos nestes Regulamentos delimitam o seu âmbito espacial de aplicação mediante normas de conflitos *ad hoc* e, por conseguinte, *prevalecem sobre o Regulamento Roma I nos termos do seu art. 23.º*([27]). Relativamente às questões abrangidas pelo âmbito de aplica-

---

([24]) Cf. n.os 46-47.

([25]) Cf. TUE 13/10/2011 (n. 21) n.º 38. Ver, com mais desenvolvimento, Ramos Alves (n. 17) 639, ss.

([26]) Cf. TUE 23/10/2012, no caso *Nelson e o.* [ECLI:EU:C:2012:657]. Ver, sobre esta decisão, Adelaide Menezes Leitão — *Direito do Consumo*, Lisboa, 2023, 282, ss.

([27]) Ver também Nerina Boschiero — "I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I", *in La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, org. por Nerina Boschiero, 66-147, Turim, 2009, 113.

ção destes Regulamentos não se suscita, em princípio, um problema de determinação do Direito *nacional* aplicável.

III. Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo de mercadorias na ordem jurídica portuguesa

Nos casos em que seja necessário determinar o Direito nacional competente, e em que não seja aplicável uma norma de conflitos das Convenções de Varsóvia ou de Montreal, deverá recorrer-se, nos termos anteriormente expostos, ao *Regulamento Roma I*([28]).

Perante este Regulamento, *importa distinguir entre transporte de mercadorias e transporte de passageiros*. Com efeito, o art. 5.º do Regulamento contém uma regra de conflitos sobre o contrato de transporte de mercadorias (n.º 1), uma regra de conflitos sobre o contrato de transporte de passageiros (n.º 2) e uma cláusula de exceção (n.º 3).

Nos termos do art. 5.º/1, *as partes do contrato de transporte de mercadorias podem escolher a lei aplicável* ao contrato nos termos do art. 3.º.

Na liberdade de designação do Direito aplicável manifesta-se a *autodeterminação* das partes([29]). Para a justificação da eficácia jurídica da convenção sobre o Direito aplicável, concorrem ainda razões de *certeza*, *previsibilidade* e *facilidade* para as partes na determinação da disciplina material do caso, ligadas à *proteção da confiança recíproca*. Enfim, é de partir do princípio que a conexão operada mediante a designação feita pelas partes exprime, numa concreta relação da vida, uma *solução adequada aos seus interesses*.

O art. 3.º do Regulamento Roma I não estabelece quaisquer limites quanto às ordens jurídicas estaduais que podem ser designadas. Com efeito, este preceito não subordina a escolha a qualquer laço objetivo entre o contrato e a lei escolhida nem à demonstração de um interesse sério na escolha([30]).

([28]) Sobre o problema da determinação do Direito aplicável ao transporte aéreo internacional antes da entrada em vigor do Regulamento Roma I, ver, por todos, Michael Bogdan — "Transport by air", in *IECL* Vol. III/Cap. 27, Tubinga, 1990.

([29]) Ver Isabel de Magalhães Collaço — *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais*, Vol. I, Lisboa, 1954, 108, que se refere a um momento de liberdade, e, em geral, sobre a fundamentação do princípio da autonomia da vontade na designação do Direito aplicável, Luís de Lima Pinheiro — *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1998, 639, ss., com mais referências.

([30]) Relativamente à Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais,

A favor desta solução pode dizer-se que a exigência de um laço objetivo com a lei escolhida não corresponde às necessidades do comércio internacional e que, na falta de conexão objetiva com a lei escolhida, evita as dificuldades de averiguação do interesse sério e torna mais certa a determinação do Direito aplicável. Com efeito, confiar ao órgão de aplicação a tarefa de avaliar, nestes casos, a seriedade do interesse subjacente à designação não deixaria de prejudicar a certeza e previsibilidade sobre o Direito aplicável.

Do art. 22.º/1 resulta que *as partes também podem escolher diretamente um sistema local vigente dentro de uma ordem jurídica complexa de base territorial* (i.e., em que diferentes unidades territoriais do mesmo Estado tenham normas próprias em matéria de contratos obrigacionais).

A lei aplicável à formação e à validade do consentimento na escolha de lei é a própria lei escolhida (art. 10.º/1 *ex vi* art. 3.º/5). Há, no entanto, que ter em conta a relevância concedida à lei da residência habitual do contraente nos termos do art. 10.º/2. Se a convenção sobre o Direito aplicável constituir uma *cláusula contratual geral* a sua inclusão no contrato será apreciada, em primeiro lugar, pela lei escolhida; se a questão for respondida afirmativamente pela lei escolhida, o declaratário poderá ainda invocar, com base no art. 10.º/2, a lei da sua residência habitual para demonstrar que não deu o seu acordo, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei escolhida([31]).

Em sistemas como o português haverá que ter em conta, a este respeito, o regime das cláusulas contratuais gerais([32]).

---

decorre de Mario Giuliano e Paul Lagarde — "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JOCE* C 282, 31/10, 1980, que o risco de uma evasão a disposições imperativas mediante o *dépeçage* foi considerado nos trabalhos preparatórios, tendo os peritos entendido que este risco seria neutralizado pelo disposto no art. 7.º (n. 4 do art. 3.º). Ora, este comentário, feito a propósito das remissões parciais, vale por maioria de razão para o risco (menor) de evasão mediante uma designação global. Ole Lando — "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI* 189 (1984) 223-447, 292, afirma ainda que a possibilidade de incluir o "princípio da *fraus legis*" foi suscitada, e não concretizada, pelos peritos, e retira, do comentário ao art. 16.º, em que se sublinha que a "ordem pública não intervém, abstracta e globalmente, contra a lei designada pela convenção", a exclusão da aplicação da *ordre public* a casos de *fraus legis*. É este o entendimento dominante, mas não pacífico, na doutrina — ver referências em Luís de Lima Pinheiro — *Direito Comercial internacional*, Coimbra, 2005, 100-101, e, ainda, Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González — *Tratado Crítico de Derecho Internacional Privado*, Vol. V, Madrid, 2024, n.º 127.

([31]) Ver António Frada de Sousa — *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, Porto, 1999, 245, ss.

([32]) Ver Luís de Lima Pinheiro — "Direito aplicável às operações bancárias internacionais", *ROA* 67 (2007) 573-627, 585, ss. e, relativamente aos contratos celebrados através da internet, "Direito

Nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento Roma I, *o consentimento das partes na designação do Direito aplicável pode ser manifestado expressa ou tacitamente*. Quanto à designação tácita este preceito exige que a escolha resulte "de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso".

Podem constituir indícios importantes da vontade de escolha de uma lei não só, por exemplo, a utilização de um modelo contratual que se baseia num determinado sistema jurídico, a cláusula que atribua competência à jurisdição de determinado Estado ou a referência feita no contrato a disposições particulares de um certo ordenamento([33]), mas também, por exemplo, a convenção de competência que não constitua uma cláusula do contrato fundamental ou a escolha expressa feita num contrato conexo ou em relações anteriores, do mesmo tipo, estabelecidas entre as mesmas partes([34]).

No entanto, trata-se apenas de indícios, que têm de ser apreciados face ao conjunto das circunstâncias do caso. Assim, por exemplo, o sentido da remissão operada para disposições particulares pode ser o de uma simples referência material. A cláusula de jurisdição é um indício importante, mas não, de per si, conclusivo([35]). A presunção de escolha tácita da lei do foro a que as partes atribuíram competência, contida no art. 3.º/1/2.º § da Proposta da Comissão, não foi acolhida pelo legislador da União Europeia([36]).

A este respeito importa notar que o art. 33.º da Convenção de Montreal contém *normas de competência internacional* que, em conjugação com o art. 49.º, *limitam a validade ou eficácia de pactos de jurisdição*.

---

aplicável aos contratos celebrados através da internet", *ROA* 66 (2006) 131-190 (= *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, 363-415, Coimbra, 2008), 140, ss., com mais referências; *Münch-Komm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 10 n.os 268, ss.

([33]) Isabel de Magalhães Collaço (n. 29) 131, ss., assinala que a existência de uma mera designação *expressa* parcial pode constituir um indício de vontade tácita relativamente à designação do estatuto geral; a conexão objetiva dos interesses com determinada ordem, a integração do ato numa ordem pela sua estrutura, língua, formulário empregado e cláusulas concretas são fatores que poderão dar força especial àquele indício.

([34]) Ver também Giuliano/Lagarde (n. 30) 17, e *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 15.ª ed. por Paul Torremans, Oxford, 2017, 718, ss.

([35]) Cf. Considerando n.º 12 que, certamente por lapso, se refere apenas à escolha de órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro. Ver também Paul Lagarde e Aline Tenenbaum — "De la convention de Rome au règlement Rome I", *R. crit.* 97 (2008) 727-780, 735-736.

([36]) Cp., a este respeito, as posições divergentes de Paul Lagarde — "Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)", *R. crit.* 95 (2006) 331-359, 335, e *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* — "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)", *RabelsZ.* 71 (2007) 225-344, 243.

Na falta de escolha pelas partes, o art. 5.º/1 manda aplicar "a lei do país em que o transportador tem a sua residência habitual, desde que o local da receção ou da entrega ou a residência habitual do expedidor se situem igualmente nesse país. Caso esses requisitos não estejam cumpridos, é aplicável a lei do país em que se situa o local da entrega tal como acordado pelas partes".

A doutrina da prestação característica, em vasta medida acolhida pelo art. 4.º do Regulamento, tem aqui uma relevância muito limitada. Com efeito, a seguir-se esta doutrina, seria aplicável a lei do devedor da prestação característica que é, no contrato de transporte, o transportador. Ora, perante o Regulamento Roma I, a lei do país da residência habitual do transportador só é aplicável se concorrer outro laço significativo com este país. Caso isto não se verifique, aplica-se, em princípio, a lei do lugar da entrega, o que em certas modalidades de transporte de mercadorias pode ser justificado pela existência de regimes imperativos que se destinam, em primeira linha, a proteger o destinatário das mercadorias no tráfego de importação.

A solução consagrada, em primeira linha, pelo art. 5.º/1, pode ser vista como *uma concretização da ideia de conexão mais estreita,* que postula a aplicação da lei do país com o qual o contrato apresenta os laços mais significativos([37]). Esta ideia é conjugada com a doutrina da prestação característica porquanto, para o efeito, é atribuída mais relevância à residência habitual do transportador do que à residência habitual do expedidor.

O Considerando n.º 22 do Regulamento assinala que, à semelhança do disposto no art. 4.º/4/3.ª parte da Convenção de Roma, "os contratos de fretamento para uma só viagem e outros contratos que têm como objecto principal o transporte de mercadorias deverão ser tratados como contratos de transporte de mercadorias".

A designação de *contrato de fretamento* [*charter contract*] é utilizada no comércio internacional com respeito a diferentes modalidades contratuais ([38]). Nestas modalidades contratuais é frequente que as cláusulas contratuais sejam objeto de negociação individualizada, sendo mais limitado o recurso a cláusulas contratuais gerais([39]).

([37]) Ver Giuliano/Lagarde (n. 30) Art. 4 n. 5; *MünchKomm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 5. n.º 6.

([38]) Ver, relativamente ao transporte marítimo de mercadorias, Luís de Lima Pinheiro — "Contributo para a reforma do Direito Comercial Marítimo", *in Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, 127-266, Coimbra, 2006, 148, ss.

([39]) Cf. Clarke/Yates (n. 6) 327.

Quanto ao fretamento de aeronaves, parece claro que a cessão do uso de aeronave sem tripulação [*bare-hull-charter*] não constitui um contrato de transporte. Parece que também um contrato de fretamento para várias viagens entre aeroportos de Estados diferentes não estará submetido à regra do art. 5.º/1, mas antes aos preceitos do art. 4.º/2 e 3([40]).

O mesmo Considerando esclarece que *o termo "expedidor" deverá referir-se a qualquer pessoa que celebre um contrato de transporte com o transportador e o termo "transportador" deverá referir-se à parte no contrato que se obriga a transportar as mercadorias*, independentemente de esta efetuar ela própria o transporte.

A determinação do lugar da receção e do lugar da entrega deve ser feita com base numa interpretação autónoma e atendendo ao momento da celebração do contrato([41]). Parece que deve ser tido em conta o lugar estipulado pelas partes e não o lugar em que foi efetivamente recebida ou entregue a mercadoria([42]). Com efeito, é este o lugar conhecido no momento da celebração do contrato. Além disso, atribuir relevância a um lugar de entrega diferente do estipulado pelas partes permitiria ao transportador manipular este elemento de conexão, desencadeando a aplicação de uma lei diferente daquela que resultaria da estipulação contratual.

O regime aplicável, no seio da ordem jurídica designada nos termos anteriormente expostos, pode ser de fonte interna ou supraestadual. Não obstante, como foi anteriormente assinalado, os regimes contidos em Convenções internacionais de que Portugal seja parte contratante ou em Regulamentos europeus é aplicável, com base nos pressupostos de aplicação definidos nestes instrumentos, independentemente da ordem jurídica estadual designada pelo Direito de Conflitos geral. Por conseguinte, estes regimes só serão aplicáveis como elementos da ordem jurídica estadual estran-

---

([40]) Menos clara é a distinção, relativamente aos contratos de fretamento para uma pluralidade de viagens, em que o "fretador" cede o uso da aeronave com tripulação, entre aqueles em que se obriga a realizar o transporte e aqueles em que se obriga apenas à cessão uso da aeronave e a uma prestação de serviço pela tripulação — ver Reithmann/Martiny/Mankowski (n. 4) n.º 15.153, e *MünchKomm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 5 n.os 85-88. No que toca ao transporte marítimo, o TCE, na decisão proferida no caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF)* (2009) [6/10/2009 *in curia.europa.eu*], decidiu que a "presunção" contida no art. 4.º/4 da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais "só se aplica a um contrato de fretamento, que não seja relativo a uma única viagem, se não tiver por objecto principal a simples disponibilização de um meio de transporte, mas o transporte das mercadorias propriamente dito".

([41]) Ver Lagarde/Tenenbaum (n. 35) 762.

([42]) Ver também Reithmann/Martiny/Mankowski (n. 4) n.º 15.54-15.55, e *MünchKomm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 5 n.º 21. Em sentido diferente, relativamente ao art. 5.º/1/1.ª parte, Lagarde/Tenenbaum (n. 35) 762, com referência a outras dificuldades de interpretação.

geira designada pelo Direito de Conflitos geral quando nesta ordem jurídica o seu âmbito de aplicação tenha sido alargado por normas de fonte interna.

Com a reserva anteriormente feita com respeito aos contratos de fretamento de aeronaves, são normalmente utilizadas cláusulas contratuais gerais que constam de Recomendações ou são modeladas por Resoluções da IATA([43]). Dentro do âmbito de aplicação dos instrumentos supraestaduais vigentes na ordem jurídica portuguesa, a validade destas cláusulas deve ser examinada perante o regime internacional ou europeu aplicável. A sua inclusão nos contratos singulares, bem como, fora do âmbito de aplicação desses instrumentos, a sua validade, depende do Direito estadual ou local aplicável, incluindo o regime das cláusulas contratuais gerais aí vigente([44]).

Por acréscimo, haverá que atender ao já referido art. 10.º/2 do Regulamento Roma I, segundo o qual um contraente, para demonstrar que não deu o seu acordo, pode invocar a lei do país em que tenha sua residência habitual, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei reguladora do contrato.

Nos casos *Verein für Konsumenteninformation I* (2016) e *II* (2019)([45]), o TUE entendeu que, perante a *Diretiva sobre Cláusulas Abusivas* (Dir. 93/13/CEE), uma cláusula contratual geral estipulando que o contrato celebrado com um consumidor é regido pela lei de um Estado-Membro que não seja o da sua residência habitual é abusiva na medida em que induza esse consumidor em erro, dando-lhe a impressão de que só a lei desse Estado-Membro é aplicável ao contrato, sem o informar de que beneficia igualmente da proteção que lhe proporcionam as disposições imperativas do Direito que seria aplicável na falta dessa cláusula([46]).

Este *controlo da abusividade de cláusulas de escolha da lei aplicável* é relevante para os contratos de transporte quando o expedidor for uma pessoa singular que atua com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional (art. 2.º).

No que se refere *à proibição de certas cláusulas contratuais gerais nos contratos celebrados com consumidores finais,* há ainda que ter conta o disposto no art. 23.º do DL n.º 446/85, de 25/10, com a redação dada pelo DL n.º 249/99, de 7/7.

([43]) Cf. Giemulla/Schmid (n. 1) Art. 18 n.º 102 e Art. 26 n.º 5, Reithmann/Martiny/Mankowski (n. 4) n.º 15.151, e Carlos Neves Almeida — *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*, Coimbra, 2010, 141-142 e 147, ss.

([44]) Cf. *MünchKomm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 5 n.º 80.

([45]) TUE 28/7/2016 [ECLI:EU:C:2016:612] e 3/10/2019 [ECLI:EU:C:2019:827].

([46]) O que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar à luz de todas as circunstâncias pertinentes — cf. TUE 28//7/2016 (n.º 71).

O n.º 1 deste artigo determina a aplicabilidade das normas contidas nos arts. 20.º a 22.º daquele diploma, independentemente da lei que as partes hajam escolhido para reger o contrato, sempre que o mesmo apresente uma conexão estreita com o território português.

Nos termos do n.º 2, "No caso de o contrato apresentar uma conexão estreita com o território de outro Estado membro da Comunidade Europeia aplicam-se as disposições correspondentes desse país na medida em que este determine a sua aplicação".

Estes preceitos só até certo ponto se baseiam em disposições de Direito da União Europeia que não são prejudicadas pelo Regulamento Roma I nos termos do seu art. 23.º([47]), suscitando-se a questão da relevância dos arts. 20.º a 22.º do regime das cláusulas contratuais gerais como normas de aplicação necessária nos termos do art. 9.º do Regulamento. Limitar-me-ei a uma primeira aproximação a esta problemática.

*A sobreposição das normas de aplicação necessária do foro é permitida pelo art. 9.º/2. U*ma interpretação extensiva do conceito de "interesse público" poderá permitir a qualificação das normas constantes dos arts. 20.º a 22.º do regime das cláusulas contratuais gerais como "normas de aplicação imediata" (art. 9.º/1).

A situação já é mais problemática quando esteja em causa a sobreposição de normas de transposição da Diretiva sobre cláusulas abusivas de outro Estado-Membro à lei de um Estado terceiro, competente com base nas conexões objetivas estabelecidas pelo Regulamento. Com efeito, o art. 9.º/3 só permite dar prevalência às normas de aplicação necessária do país da execução do contrato e "na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal". Afigura-se defensável uma interpretação que faculte a aplicação de normas proibitivas de certas cláusulas contratuais gerais nas relações com consumidores do Estado-Membro de execução do contrato.

Na linha da jurisprudência do TUE relativa à competência internacional perante o art. 5.º/1/*b* do Regulamento Bruxelas I (Regulamento n.º 44/2001) e o art. 7.º/1/*b* do Regulamento Bruxelas I bis (Regulamento n.º 1215/2012), parece que devem ser considerados como países de execução do contrato aqueles em que se situa quer o lugar de partida quer o lugar de chegada da aeronave([48]).

([47]) Ver Lima Pinheiro (n. 2) 356, ss., com mais referências.

([48]) Cf. TCE 9/7/2009, no caso *Rehder* [ECLI:EU:C:2009:439], n.º 43, e TUE 7/3/2018, no caso *flightright* [ECLI:EU:C:2018:160], n.º 69, sendo de observar que estas decisões se cingem ao pedido de indemnização baseado no contrato de transporte e no Reg. (CE) n.º 261/2004.

IV. Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo de passageiros na ordem jurídica portuguesa

Passando agora ao contrato de transporte de passageiros, *a norma de conflitos do Regulamento Roma I que visa a proteção do passageiro enquanto parte contratual tipicamente mais fraca* ([49]).

Com este fim, por um lado, *limita-se a liberdade de designação do Direito aplicável pelas partes*, que só pode incidir sobre a lei do país em que o passageiro tem a sua residência habitual, ou o transportador tem a sua residência habitual ou a sua administração central, ou se situa o local de partida ou de destino (art. 5.º/2/2.º §). Assim, assegura-se que a lei escolhida pelas partes é a de um país que apresenta uma conexão objetiva importante com o contrato.

Por outro lado, *na falta de escolha válida pelas partes*, estabelece-se que a lei aplicável a este contrato é a lei do país em que o passageiro tem a sua residência habitual, desde que o local de partida ou de destino se situe nesse país; caso estes requisitos não estejam cumpridos, é aplicável a lei do país em que o transportador tem a sua residência habitual (n.º 2/1.º §)([50]).

O preceito parece pressupor que o passageiro é parte no contrato de transporte. Se isto não se verificar, por exemplo, quando contrato for celebrado pelo empregador do passageiro, deverá considerar-se relevante a residência habitual da parte contratual([51]).

Neste caso, a ideia de conexão mais estreita é conjugada, em primeira linha, com uma preferência pela lei da residência habitual do passageiro; mas, se não concorrer outro laço significativo com o país da residência habitual do passageiro, atende-se à lei do país da residência habitual do transportador, que corresponde à doutrina da prestação característica.

Também neste caso se deve atender *ao lugar de partida ou ao lugar destino estipulados no contrato*([52]).

O transporte de bagagem de passageiros constitui uma prestação acessória do contrato de transporte de passageiros e, por conseguinte, está submetido à mesma lei que rege este contrato([53]).

([49]) Ver, designadamente, Considerandos n.os 23 e 32.

([50]) Sobre algumas dificuldades de interpretação suscitadas pelo art. 5.º/2, ver Lagarde/Tenenbaum (n. 35) 763-764.

([51]) Cf. Reithmann/Martiny/Mankowski (n. 4) n.os 15.45, ss., e *MünchKomm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 5. n.º 34.

([52]) Cf. *MünchKomm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 5 n.os 31, 35 e 36.

([53]) Cf. Reithmann/Martiny/Mankowski (n. 4) n.os 15.53, ss., e *MünchKomm.*/Martiny (n. 16) Rom I-VO Art. 5 n.os 9 e 25.

Quanto à normal utilização de cláusulas gerais que constam de Recomendações ou são modeladas por Resoluções da IATA aplicam-se as considerações anteriormente formuladas com respeito ao transporte de mercadorias (*supra* III)([54]).

V. Determinação da "residência habitual"

O art. 5.º do Regulamento Roma I refere-se à residência habitual do transportador, do expedidor e do passageiro. *O transportador aéreo é geralmente uma pessoa coletiva que não tem propriamente uma residência, mas sede (estatutária ou da administração) e, normalmente, estabelecimento (ou um estabelecimento principal e um ou mais estabelecimentos secundários).* O expedidor tanto pode ser uma pessoa singular como uma pessoa coletiva e, no primeiro caso, pode ou não atuar no exercício de uma atividade profissional; em caso afirmativo suscita-se *a questão da relevância do seu estabelecimento.*

O art. 19.º do Regulamento procura responder a estas questões determinando que:

— "a residência habitual de sociedades e outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica é o local onde se situa a sua administração central" (n.º 1/1.º §);

— "a residência habitual de uma pessoa singular, no exercício da sua atividade profissional, é o local onde se situa o seu estabelecimento principal" (n.º 1/2.º §).

O n.º 2 acrescenta que caso "o contrato seja celebrado no âmbito da exploração de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento, ou se, nos termos do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes é da responsabilidade de tal sucursal, agência ou estabelecimento, considera-se que a residência habitual corresponde ao local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento".

Para determinar a residência habitual, o momento relevante é a data da celebração do contrato (n.º 3).

O art. 18.º da Proposta da Comissão, que está na base deste preceito, suscitou certas divergências de interpretação, designadamente quanto à

([54]) Ver Neves Almeida (n. 43) 142, ss.

alteração da situação existente perante o art. 4.º/2 da Convenção de Roma([55]). Este último preceito, no caso de o contrato ser celebrado no exercício da atividade económica ou profissional do devedor da prestação característica, remete para a lei do seu estabelecimento principal; se, nos termos do contrato, a prestação deve ser fornecida por estabelecimento secundário, manda aplicar a lei deste estabelecimento([56]). À face do Regulamento Roma I, a principal dificuldade surge quando o contrato seja celebrado por um ente coletivo no âmbito de um estabelecimento principal situado num país diferente da sede da administração central.

Em princípio, *o estabelecimento é um ponto de referência mais importante para quem contrata com o ente coletivo que a sede da administração.* Parece-me que o art. 19.º do Regulamento Roma I deve ser entendido à luz da normal coincidência entre a sede da administração central e o estabelecimento principal. Daí que se atenda, em primeira linha, ao lugar onde se situa a administração central (n.º 1). Mas se o contrato for celebrado no âmbito da exploração de um estabelecimento principal situado num país diferente daquele em que se situa a administração central, ou se a responsabilidade pela sua execução pertencer a esse estabelecimento, a situação deve considerar-se abrangida pelo n.º 2, e releva o lugar onde se situa o estabelecimento principal([57]).

VI. Cláusula de excepção

A lei designada pelas normas de conflitos aplicáveis aos contratos de transporte de mercadorias ou de passageiros, na falta de escolha pelas partes, pode ser excecionalmente afastada por força da *cláusula de exceção contida no art. 5.º/3 do Regulamento Rom*a *I*. Segundo este preceito, *se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, na falta de escolha, o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.os 1 e 2, é aplicável a lei desse outro país.*

([55]) Cp. Lagarde (n. 36) 347; Peter Mankowski — "Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung", *IPRax* (2006) 101-113, 104 e 112; *Max Planck Institute* (n. 32) 335.

([56]) Sobre a determinação do local do estabelecimento nos contratos celebrados através da internet, ver Lima Pinheiro (n. 32 [2006]) 145, ss.

([57]) Ver, em sentido convergente, *Max Planck Institute* (n. 32) 335. Ver, com mais desenvolvimento, Luís de Lima Pinheiro — "Article 19", *in Rome I Regulation. Commentary*, org. por Ulrich Magnus e Peter Mankowski, Colónia, 2017.

Para o efeito, o órgão de aplicação deve tomar em consideração os laços de qualquer natureza que no caso concreto se estabeleçam entre os elementos do contrato e os países em presença, bem como à ligação estreita do contrato com outro contrato ou série de contratos([58]).

Por exemplo, ao transporte de mercadorias realizado por transportador com sede da administração no Estado A, com local de receção no Estado B, onde o expedidor e o destinatário têm a sede da administração, e local de entrega no Estado C, seria em princípio aplicável a lei do Estado C (art. 5.º/1/2.ª parte). Todavia, existe uma conexão manifestamente mais estreita com o Estado B, que justifica a aplicação da respetiva lei (art. 5.º/3).

VII. Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo na ordem jurídica moçambicana

Na ordem jurídica de Moçambique mantêm-se em vigor as normas de conflitos sobre obrigações voluntárias contidas nos arts. 41.º e 42.º do Código Civil português (doravante CC).

Perante o art. 41.º CC, a *designação pelas partes* do Direito aplicável só é válida se a lei escolhida estiver em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do Direito Internacional Privado ou se a sua aplicabilidade corresponder a um interesse sério das partes (n.º 2).

Caso exista uma conexão objetiva relevante com a lei escolhida, será escusado averiguar dos motivos que presidiram à designação.

Na falta de tal conexão objetiva, será suficiente a demonstração de um interesse sério, i.e., um interesse objetivamente justificado pelas necessidades da vida jurídica internacional. São exemplos deste interesse sério o nexo existente entre o negócio e outros negócios regidos pela lei escolhida; a circunstância de esta lei ser a do Estado onde funciona a jurisdição convencionada; o facto de o negócio celebrado pelas partes se reportar a um tipo que é objecto de regulação desenvolvida na ordem jurídica escolhida.

A escolha pode, pois, ter em consideração o conteúdo das leis em presença; e não deixa de haver interesse sério só porque as partes visam, com

---

([58]) Cf. Considerando n.º 20. Ver Reithmann/Martiny/Mankowski (n. 4) n.os 2.225, ss. e 2.243, ss.

a designação, afastar a aplicação da lei que invalidaria o negócio([59]). Assim, só em casos extremos a escolha será invalidada por falta de um interesse sério, designadamente aqueles em que os seus motivos sejam puramente arbitrários ou caprichosos([60]).

A relevância das representações concordantes das partes para a determinação do Direito aplicável suscita especiais hesitações à face do n.º 1 do art. 41.º CC, uma vez que este preceito coloca a par da lei designada pelas partes a lei que as partes "houverem tido em vista". A esta distinção parece reportar-se a feita no n.º 2 do mesmo artigo entre "designação" e "referência". Ferrer Correia e Baptista Machado parecem admitir esta relevância.

Segundo o comentário ao Anteprojeto de 1951([61]), da autoria de Ferrer Correia, não seria "preciso que possa falar-se de uma intenção das partes expressamente dirigida a sujeitar o contrato a certo ordenamento jurídico: bastará que elas tenham contratado na suposição de que esse ordenamento era o aplicável". Baptista Machado formulou algumas considerações que apontam no mesmo sentido, designadamente quando assinala que o legislador parece não ter querido "referir-se propriamente a um *acordo de vontades* tácito, mas a uma simples concordância de ideias quanto à lei aplicável" e que o problema suscitado pela relevância de uma vontade hipotética só surgiria quando cada uma delas "pensou numa lei diferente"([62]).

Diferente é a opinião de Isabel de Magalhães Collaço: se o n.º 1 do art. 41.º, diferindo do n.º 1 do art. 4.º C. Com., não exige sempre que a designação do Direito aplicável seja objecto de um negócio jurídico, tão-pouco dispensa uma vontade real, expressa ou tacitamente manifestada. Se as partes apenas tiveram em vista certa lei, mas não manifestaram ao menos pela sua conduta a intenção de submeter o contrato a essa legislação, não poderá falar-se de estipulação tácita([63]).

([59]) Cf. Isabel de Magalhães Collaço (n. 29) 69 e 116, e *Dicey & Morrison the Conflict of Laws*, 11.ª ed., 1987, 1173, ss.

([60]) Ver Isabel de Magalhães Collaço (n. 29) 107, ss., assinalando que o comércio tem feito um uso "consciente e esclarecido" da autonomia conferida pela norma de conflitos, e que as escolhas puramente fantasistas ou destituídas de toda a razoabilidade constituem puras hipóteses de escola; *Dicey & Morris* (n. 55) 1175, ss.

([61]) Relativamente à redação semelhante dada ao art. 23.º/1 do Anteprojeto, *in* António Ferrer Correia e F. Ferreira Pinto — *Direito Internacional Privado. Leis e Projectos de Leis. Convenções Internacionais*, Coimbra, 1988, 54.

([62]) *Lições de Direito Internacional Privado*, (apontamentos das aulas teóricas do ano lectivo de 1971/1972 na Faculdade de Direito de Coimbra), 2.ª ed., Coimbra 1982, 362, ss. n. 2 e 364.

([63]) Cf. (n. 29) 155, ss.; e *Direito Internacional Privado. Sistema de normas de conflitos portuguesas. Das obrigações voluntárias* (Lições proferidas no ano lectivo de 1972/1973. Apontamentos

Com efeito, embora a redação dada ao art. 41.º e certas indicações fornecidas pelos trabalhos preparatórios o pareçam sugerir, oferece grande reserva que a referência das partes a uma lei possa ser estabelecida com base em meras representações([64]). O sentido literal do preceito parece comportar, apesar de tudo, *uma interpretação segundo a qual a contraposição aí estabelecida, entre "designação" e "referência", se reporta à distinção entre manifestação expressa e tácita da vontade de designação.*

Quanto à designação tácita, é quando muito de exigir que a designação se infira com elevada probabilidade das circunstâncias([65]).

O *regime aplicável em caso de falta ou invalidade de designação pelas partes* diverge bastante do estabelecido pelo Regulamento Roma I.

O n.º 1 do art. 42.º manda aplicar aos negócios jurídicos unilaterais a lei da residência habitual do declarante e aos contratos a lei da residência habitual comum das partes. Quando se trate de pessoas coletivas deverá atender-se, por analogia, à sede da sua administração.

No que toca aos contratos, se as partes tiverem residência habitual comum o resultado coincidirá, frequentemente, com aquele a que levaria uma cláusula geral da conexão mais estreita, quando na sua concretização se dê primazia aos laços pessoais. Mas já não há coincidência de resultados quando se trate de partes que embora sem residência habitual ou sede comum tenham estabelecimento no mesmo Estado, uma vez que o art. 42.º não dá relevância ao estabelecimento comum.

Na falta de residência habitual ou sede comum, o n.º 2 do art. 42.º submete os contratos gratuitos à lei da residência habitual daquele que atribui o benefício e *os contratos onerosos à lei do lugar da celebração*.

O acolhimento dado pelo legislador português de 1966 ao elemento de conexão lugar de celebração para a determinação da conexão objetiva, na falta de residência habitual ou sede comum, vem ao arrepio dos vetores de

---

de alunos), Lisboa, 1973, 46, ss. Neste sentido, ver STJ 11/6/1996 [*CJ/STJ* (1996-II) 266]. Ver ainda Ernst Rabel e Ulrich Drobnig — *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, 2.ª ed., Vol. II, Michigan, 1960, 370, e António Marques dos Santos — *Direito Internacional Privado. Sumários*, 2.ª ed., Lisboa, 1987, 286, ss.

([64]) Ver as razões apresentadas por Luís de Lima Pinheiro — *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1998, 1157.

([65]) O que corresponde ao grau de certeza exigido, em Direito material interno, pelo n.º 1 do art. 217.º CC. Cp., a este respeito, Isabel de Magalhães Collaço (n. 63) 47, entendendo que estamos perante uma manifestação tácita de vontade se "do comportamento das partes se deduz com probabilidade que é um certo ordenamento o designado"; Rui Moura Ramos— *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 879, exigindo que "a escolha implícita resulte com vidência dos termos do contrato ou das circunstâncias do caso, não oferecendo pois qualquer dúvida, ao juiz, a sua realidade".

desenvolvimento verificados no Direito Comparado e na unificação do Direito de Conflitos. É hoje geralmente reconhecido que o lugar da celebração é um elemento de conexão "puramente externo", fortuito e arbitrário(66).

Acresce que as mais das vezes os contratos internacionais são *contratos entre ausente*s, caso em que o elemento de conexão lugar da celebração constitui um laço jurídico que carece de ser concretizado mediante uma construção jurídica. Segundo o entendimento que tem sido defendido entre nós, é de proceder a uma transposição, com adaptações, do critério estabelecido no art. 224.º CC sobre o momento da perfeição da declaração negocial recetícia. De onde resulta que *o contrato se considera celebrado, em princípio, no lugar onde seria normalmente recebida ou conhecida a aceitação*(67).

Perante a ordem jurídica portuguesa, uma vez que as normas de conflitos de fonte interna em matéria de obrigações voluntárias continuam a regular certos contratos, tenho defendido uma reforma do regime contido nos arts. 41.º e 42.º que elimine os limites à liberdade de designação pelas partes e que, na falta de designação pelas partes, consagre o critério da conexão mais estreita. Penso que esta seria também uma boa solução para o Direito moçambicano.

O *Código Comercial português de 1888 contém uma disposição sobre a lei reguladora dos atos do comércio (art. 4.º)*(68):

"Os actos de comércio serão regulados:

1.º Quanto à substância e efeitos das obrigações, pela lei do lugar onde forem celebrados, salva convenção em contrário;

2.º Quanto ao modo do seu cumprimento, pela do lugar onde este se realizar;

---

(66) Cf. Isabel de Magalhães Collaço (n. 29) 207, ss.; Adolf Schnitzer — "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", *RCADI* 123 (1968) 541-635, 560, ss.; Henri Batiffol e Paul Lagarde — *Droit international privé*, Vol. II — 7.ª ed., Paris, 1983, 290, ss.; François Rigaux e Marc Fallon — *Droit international privé*, Vol. II, 2.ª ed., Bruxelas, 1993, 528; Gerhard Kegel e Klaus Schurig — *Internationales Privatrecht — ein Studienbuch*, 9.ª ed., Munique, 2004, 647; *Dicey & Morris* (n. 55) 1194; Moura Ramos (n. 65) 374, ss. n. 17 e 524, ss.; Luís de Lima Pinheiro — *A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw Hill, Lisboa, *et. al.*, 1991, 130; e Carvalho Fernandes/Brandão Proença/Ana Taveira da Fonseca — *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Lisboa, 2014, Art.42.º n.º 3.

(67) Ver art. 25.º/II do Anteprojeto de 1951 e comentário [*in* Ferrer Correia/Ferreira Pinto (n. 61) 57; Isabel de Magalhães Collaço (n. 29) 229, ss. e (n. 63) 58, ss.; art. 27.º/2 do Anteprojeto de 1964; Lima Pinheiro (n. 66) 96. Ver também ac. STJ 6/1/1977 [*BMJ* 263: 185].

(68) Ver, sobre esta disposição, Isabel de Magalhães Collaço — *Direito Internacional Privado*, Vol. III (Lições atualizadas por Lucas Filipe da Cruz), Lisboa 1963, 209, ss.

3.º Quanto à forma externa, pela lei do lugar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário.

§ único. O disposto no n.º 1 deste artigo não será aplicável quando da sua execução resultar ofensa ao direito público português ou aos princípios de ordem pública."

Entendeu-se que *a especialidade de algumas normas de conflitos contidas no Código Comercial era meramente formal, p*or não ser justificada pelas circunstâncias particulares do setor a que se aplica. Assim as normas do art. 4.º C. Com. vieram preencher uma lacuna da lei civil, sendo substancialmente normas gerais. Razão por que com a entrada em vigor do Código Civil de 1966 foram revogadas aquelas que são incompatíveis com as normas de conflitos contidas neste código.

Nesta ordem de ideias, manteve-se apenas em vigor o n.º 2 do art. 4.º C. Com, que determina a aplicação da lei do lugar da execução ao modo de cumprimento, na medida em que o Código Civil não regula este ponto([69]).

Sucede, porém, que, em Moçambique, quer o Código Comercial de 2005, quer o Código Comercial de 2022, aprovado pelo DL n.º 1/2022, de 25/5, que manteve em vigor as disposições dos arts. 557.º a 599.º do Código Comercial de 2005, também aplicáveis em princípio ao contrato de transporte aéreo, retomaram, com pequenos ajustamentos, a referida disposição.

Com efeito, nos termos do art. 11.º do Código Comercial de 2022:

"1. Os actos decorrentes da actividade empresarial são regulados nos seguintes termos:
   a) quanto à substância e efeitos das obrigações pela lei do lugar onde forem praticados, salvo convenção em contrário;
   b) quanto ao modo do seu cumprimento, pela lei do lugar onde este se realizar; e
   c) quanto à forma externa pela lei do lugar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário.

2. O disposto na alínea *a*), do número anterior, não é aplicável quando da sua execução resultar ofensa ao direito público moçambicano ou aos princípios de ordem pública.

([69]) Cf. Isabel de Magalhães Collaço (n. 63) 62, ss. Para Rui Moura Ramos — "Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?", *DDC/BMJ* 73/74 (1998) 85-125, 115, tratar-se-á de um caso de tomada em consideração e não de verdadeira aplicação da lei do lugar da execução. Ver sobre o ponto, relativamente ao Regulamento Roma I, Lima Pinheiro (n. 2) § 65 E.

3. Todas as disposições deste código são aplicáveis às relações empresariais com estrangeiros, excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrário, ou se existir Tratado ou Convenção especial que, de outra forma, as determine e regule (…).”

Na mesma data, foi publicado o DL n.º 3/2022, de 25/5, que aprova o *Regime Jurídico dos Contratos Comerciais,* revogando as respetivas disposições do Código Comercial de 2005, e contendo Direito de Conflitos aplicável aos contratos comerciais (arts. 6.º, 7.º e 582.º e segs.).

De acordo com o Direito de Conflitos aplicável em matéria de contratos comerciais em que cada parte atua no exercício da sua atividade comercial ou profissional , *as partes têm plena liberdade de escolha da lei aplicável* (arts. 583.º, 585.º e 587.º), *expressa ou tacitamente manifestada*, em termos semelhantes ao que se verifica na ordem jurídica portuguesa por força do art. 3.º do Regulamento Roma I (*supra* III).

Diferentemente do que passa perante o Regulamento Roma I, porém, *a escolha não é limitada a um sistema jurídico estadual ou local. Nos* termos do art. 584.º, as partes podem escolher “normas jurídicas geralmente aceites a nível regional, supranacional ou internacional como um conjunto de normas neutro e equilibrado, salvo disposição da lei do foro em contrário”. Por conseguinte, afigura-se admissível a escolha do Direito Internacional Público, de uma particular Convenção de Direito material unificado e mesmo, segundo parece, de modelos de regulação internacionalmente reconhecidos, como os Princípios do UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais. É de aplaudir esta abertura à escolha de critérios de decisão não-estaduais.

O diploma inclui ainda, entre outras disposições de Direito Internacional Privado, uma *disposição sobre normas de aplicação necessária e ordem pública internacional* (art. 592.º). Esta disposição determina expressamente que a escolha da lei aplicável não prejudica a aplicação de normas de aplicação necessária do foro (n.º 1) e que a “lei do foro” determina em que circunstâncias o tribunal pode ou deve aplicar ou tomar em consideração normas de aplicação de outra lei (n.º 2) ou a lei que seria aplicável na falta de escolha de lei (n.º 4).

Na falta de escolha entre as partes, o diploma apenas determina que contrato comercial que deva ser cumprido ou executado em Moçambique é regido pela lei moçambicana (art. 6.º/1). Segundo o art. 6.º/2, a escolha pelas partes da lei aplicável só é admitida nos termos do Título III (arts. 582.º e segs.)

Como os arts. 582.º e segs. não são aplicáveis aos contratos com consumidores (art. 582.º/2), parece que os contratos comerciais com consumidores que devam ser cumpridos em Moçambique são sempre regidos pela lei moçambicana.

O diploma não determina o Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional noutras situações. O seu art. 594.º indica, como Direito subsidiário, as nomas aplicáveis a casos análogos e, na sua falta, as normas de Direito Civil que não forem contrárias aos princípios do Direito Comercial. Assim, esta determinação terá de ser feita com base nas regras de conflitos do Código Civil e do Código Comercial de 2022 atrás referidas.

Formalmente, o art. 11.º do Código Comercial de 2022 é especial relativamente às regras de conflitos do Código Civil([70]). *Substancialmente*, porém, as regras de conflitos contidas no Código Civil são mais desenvolvidas e mais adequadas às necessidades do comércio do que as contidas no Código Comercial, com exceção da questão relativa à lei reguladora do modo de cumprimento. Parece defensável que estas regras continuam a ser aplicáveis aos contratos comerciais na medida em que não sejam afastadas pelo Regime Jurídico dos Contratos Comerciais e não se mostrem manifestamente incompatíveis com as regras contidas no art. 11.º do Código Comercial.

Nesta ordem de ideias, parece que *a determinação do Direito aplicável ao contrato internacional de transporte aéreo que não deva ser cumprido em Moçambique deve ser feita, na falta de escolha pelas partes, com base no art. 42.º CC. No caso de contratos de transporte aéreo internacional celebrados com consumidores que não devam ser cumpridos em Moçambique, será também defensável a aplicação do art. 41.º CC.*

Uma reforma dos arts. 41.º e 42.º CC, nos termos anteriormente propostos, e que poderá também ter em conta uma comparação com os regimes contidos no Regulamento Roma I, poderia melhorar a adequação das suas soluções para a determinação do Direito aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional.

([70]) Ver também Elsa Dias Oliveira — "Contratos internacionais: a lei aplicável à luz do ordenamento jurídico moçambicano", *in Estudos Comemorativos dos 30 Anos de Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, org. por Dário Moura Vicente, Henriques José Henriques, Catarina Matos Salgado e Almeida Zacarias Machava, 427-445, Lisboa, 2021, 436-438.

VIII. Legislação interna avulsa

Para finalizar, vou fazer uma referência sumária à *principal legislação interna avulsa, nos sistemas português e moçambicano*, com incidência na determinação do regime aplicável ao contrato de transporte aéreo internacional.

Na *ordem jurídica portuguesa*, há ainda que ter em conta o *DL n.º 321/ /89,* de 25/9 (modificado pelo DL n.º 279/95, de 26/10, e pelo DL n.º 208/ /2004, de 19/8). Este diploma regula a responsabilidade do transportador por danos causados durante o transporte ou resultantes de atrasos, a responsabilidade civil do proprietário ou explorador de aeronave por danos causados a terceiros à superfície e impõe seguros obrigatórios relativos a essas responsabilidades. Ao presente estudo interessa apenas o primeiro aspeto.

Segundo o art. 1.º do diploma, as suas disposições aplicam-se ao transporte aéreo de passageiros, bagagens e carga, com aeronaves matriculadas em Portugal, ou com aeronaves matriculadas no estrangeiro que utilizem aeroportos ou aeródromos portugueses ou que sobrevoem o espaço aéreo nacional (n.º 1). Trata-se de uma *norma de conflitos unilateral ad hoc que autolimita o regime deste diploma*, podendo determinar a aplicação necessária deste regime (i.e., a sua sobreposição à lei primariamente competente) dentro dos limites em que tal seja permitido.

Acrescenta-se que o disposto no diploma não se aplica ao "transporte aéreo e às aeronaves abrangidos por convenções ou tratados internacionais que estabeleçam regras próprias sobre esta matéria, desde que ratificadas por Portugal e pelos países em que as aeronaves se encontram matriculadas" (n.º 2).

Estes preceitos suscitam diversos problemas de interpretação. No que respeita estritamente à responsabilidade do transportador pelos danos causados durante o transporte aéreo, *as Convenções internacionais de Direito material unificado prevalecem sobre o regime interno que só poderá ser aplicado fora do âmbito de aplicação das mesmas. O mesmo se diga dos Regulamentos europeus contendo Direito material uniforme.*

Fora do âmbito de aplicação desses instrumentos supraestaduais, o regime interno só poderá ser aplicado ao transporte aéreo internacional quando a lei portuguesa for chamada a reger a responsabilidade contratual nos termos do Regulamento Roma I ou, eventualmente, a responsabilidade extracontratual, nos termos do Regulamento Roma II, ou como *lei de aplicação necessária nos termos do art. 9.º do Regulamento Roma I ou do art. 16.º do Regulamento Roma II* (Reg. CE n.º 864/2007 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais).

No contexto do transporte aéreo internacional, o âmbito de aplicação do regime interno à responsabilidade do transportador por danos causados durante o transporte ou resultantes de atrasos é assim limitado.

Será, por exemplo, o caso de responsabilidade contratual por danos causados à carga num transporte aéreo internacional de mercadorias com partida de um Estado que não seja parte na Convenção de Varsóvia nem na Convenção de Montreal e destino a um aeroporto português e em que as partes tenham escolhido a lei portuguesa para reger o contrato ou em que, na falta de escolha, a sede da administração central da transportadora não se situe no país da receção da mercadoria nem em terceiro país onde o expedidor tenha "residência habitual".

No mesmo caso, se a lei portuguesa não for a competente para reger o contrato, parece que *o referido regime interno só pode ser relevante quando Portugal for o Estado do foro, no quadro do art. 9.º/2 do Regulamento Roma I.* Uma interpretação extensiva do conceito de "interesse público" utilizado no art. 9.º/1 parece permitir a qualificação de um regime inspirado pela preocupação de proteger os passageiros e os expedidores como normas de aplicação imediata perante o Regulamento.

Na *ordem jurídica moçambicana*, há ainda a ter em conta a *Lei de Aviação Civi*l (Lei n.º 5/2016, de 14/6). Este diploma, que contém principalmente o regime de Direito público aplicável à aviação civil, inclui regras sobre a responsabilidade do transportador por danos causados durante o transporte ou resultantes de anomalias, não realização do voo e excesso de reservas atrasos, e seguros obrigatórios relativos, designadamente, à exploração de serviços de transporte aéreo (arts. 63.º e 64.º).

Segundo o art. 3.º, aplica-se, nomeadamente, aos "produtos aeronáuticos" e aeronaves civis registadas em território nacional, aos "produtos aeronáuticos" estrangeiros e aeronaves estrangeiras que operem em território nacional ou prestem serviços a nacionais, às atividades de aviação civil ao controlo da Autoridade de Aviação Civil e aos factos praticados em território moçambicano, salvo convenção internacional em contrário (n.º 1/*g*/*h*/*l*, *m* e *n*).

Desta disposição e das disposições sobre as atribuições da Autoridade Civil resulta um âmbito de aplicação no espaço não só muito amplo, mas que também suscita muitas dificuldades de interpretação. Não é designadamente claro se o art. 3.º foi pensado para as disposições relativas ao contrato de transporte aéreo contidas no diploma. É concebível que *estas disposições tenham fundamentalmente em vista os contratos de transporte aéreo com embarque ou desembarque em Moçambique ou realizados por transportadoras moçambicanas*.

Seria conveniente definir com clareza, e em termos razoáveis, o âmbito de aplicação no espaço destas disposições, dentro do qual poderiam prevalecer sobre a lei designada pelas regras de conflitos vigentes na ordem jurídica moçambicana nos termos do art. 592.º/1 do Regime Jurídico dos Contratos Comerciais (normas de aplicação necessária) (VII). É igualmente recomendável *a clarificação da sua articulação com a Convenção de Montreal.*

OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA(*)

Pelo Prof. Doutor Alexandre Libório Dias Pereira(**)

Sumário:

Introdução. 1. Caraterização geral dos direitos de propriedade intelectual. 1.1. O dualismo dos direitos de propriedade intelectual. **1.2.** Objeto e requisitos de proteção dos direitos de propriedade intelectual. **2. A situação e o processo de insolvência. 2.1.** Os direitos de propriedade intelectual como possível parte da massa insolvente. **2.2.** A penhorabilidade dos direitos de propriedade intelectual. *2.2.1.* Direitos de autor e direitos conexos. *2.2.2.* Direitos de propriedade industrial. **2.3.** Efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso. **Conclusão. Bibliografia**.

Resumo:

Este texto aborda algumas questões relativas aos direitos de propriedade intelectual no processo de insolvência. Partindo de uma breve caraterização geral dos direitos de propriedade intelectual (propriedade industrial e direitos de autor e conexos), procura-se saber se e como cada um desses direitos faz parte da massa insolvente e quais são os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso a eles relativos, em especial as licenças de propriedade intelectual.

(*) Texto de apoio à palestra proferida na Conferência sobre «Temas de Recuperação de Empresas e de Insolvência», organizada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 4 de abril de 2025.

(**) Universidade de Coimbra, Professor Associado da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico.

Introdução

Qual é a situação dos direitos de propriedade intelectual no processo de insolvência? Este trabalho identifica questões relevantes neste domínio e procura as respostas do regime jurídico-legal a essas questões. Para começar, é feita uma breve caraterização geral da propriedade intelectual, que se carateriza estruturalmente pelo dualismo destes direitos, que se projetam em dois ramos distintos, com autonomia de regime em termos do objeto, dos requisitos e do conteúdo de proteção, dos direitos de autor e direitos conexos, por um lado, e dos direitos de propriedade industrial (patentes, modelos e desenhos, marcas), por outro.

Encontrando-se o sujeito em situação de insolvência, coloca-se a questão de saber se e como os direitos de propriedade intelectual fazem parte da massa insolvente, o que depende da penhorabilidade de cada tipo de direitos de propriedade intelectual. Interessa ainda averiguar os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso relativos a direitos de propriedade intelectual, em especial as licenças de propriedade intelectual. Para desenvolvimentos sobre o tema, indica-se bibliografia no final.

1. Caraterização geral dos direitos de propriedade intelectual

A propriedade intelectual é prevista nos arts. 48.º e 1303.º do Código Civil, abrangendo os direitos de autor e a propriedade industrial. Os direitos de propriedade intelectual estão sujeitos a legislação especial (art. 1303.º/1). O Código Civil aplica-se-lhes subsidiariamente "quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido" (art. 1303.º/2).

A legislação especial é o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos ("CDADC")([1]), por um lado, e o Código da Propriedade Industrial ("CPI")([2]), por outro. Em torno do CDADC e do CPI gravitam alguns diplomas extravagantes, nomeadamente os regimes legais de proteção dos

---

([1]) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março (última alteração pelo Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho.

([2]) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

programas de computador e das bases de dados([3]), transpondo Diretivas da União Europeia, e à qual se devem, aliás, as principais alterações legislativas sobre propriedade intelectual nas últimas três décadas.

1.1. O dualismo dos direitos de propriedade intelectual

Os dois troncos da propriedade intelectual remontam ao dualismo das convenções internacionais de oitocentos: a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial (1883), por um lado, e a Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas (1886), por outro. A estas convenções juntam-se vários outros instrumentos de direito internacional, designadamente a Convenção de Roma relativa à proteção dos artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão (1961), o Tratado de Washington de propriedade intelectual em matéria de circuitos integrados (1989), e mais recentemente um dos pilares da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Acordo sobre Aspetos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC/TRIPS 1994).

Nos termos deste último Acordo (art. 1.º/2), a propriedade intelectual abrange os direitos de autor sobre obras literárias e artísticas, incluindo programas de computador, e os direitos conexos sobre prestações artísticas, produções fonográficas e emissões radiodifundidas, assim como marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes de invenção, topografias de circuitos integrados (produtos semicondutores), e inclusivamente a proteção de informação confidencial.

No direito interno, a lista de direitos de propriedade intelectual inclui ainda, por um lado, direitos conexos sobre produções videográficas e direitos especiais do fabricante de bases de dados e do editor de publicações de imprensa em linha, e, por outro, os direitos de propriedade industrial relativamente a modelos de utilidade, logótipos, denominações de origem, e recompensas. A informação confidencial é tratada no CPI enquanto segredos comerciais, em conformidade com a Diretiva da EU e o Acordo ADPIC.

([3]) Respetivamente Decreto-Lei n.º 252/94 de 20 de outubro e Decreto-Lei n.º 122/2000 de 20 de outubro.

1.2. Objeto e requisitos de proteção dos direitos de propriedade intelectual

Cada ramo dos direitos de propriedade intelectual tem o seu objeto específico de proteção assim como os respetivos requisitos.

Por um lado, os direitos de autor protegem obras literárias ou artísticas originais, desde as chamadas belas artes (pintura, escultura, música, literatura, dança, arquitetura, cinema), até obras mais utilitárias ou funcionais como mapas, design industrial, slogans publicitários e programas de computador. A originalidade afere-se em sentido objetivo e em sentido subjetivo. Por seu turno, os direitos conexos protegem prestações artísticas, mas também as produções fonográficas ou videográficas (fixação) e as emissões de radiodifusão sonora ou televisiva. Existem ainda alguns direitos especiais como o direito do promotor de espetáculo, o direito do editor de obra inédita já caída no domínio público, o direito do fabricante de base de dados e o novo direito do editor de imprensa de publicações em linha.

Por outro lado, no domínio da propriedade industrial, distinguem-se os direitos sobre criações do espírito humano e os direitos sobre sinais distintivos. Quanto aos primeiros, nos termos do CPI, o direito de patente protege invenções novas resultantes de atividade inventiva e suscetíveis de aplicação industrial (art. 50.º)([4]); o mesmo vale para os modelos de utilidade, embora para estes o prazo de proteção seja mais curto (art. 119.º/1-2). Depois, a propriedade industrial protege igualmente as topografias de produtos semicondutores (circuitos integrados) que resultem do esforço intelectual do seu próprio criador e não sejam conhecidas na indústria dos semicondutores, ou as que consistam em elementos aí conhecidos, desde que a combinação desses elementos, no seu conjunto, não o seja e resulte igualmente do esforço intelectual do seu próprio criador (art. 155.º/1-2). Igualmente protegidos pela propriedade industrial são os desenhos ou modelos novos que tenham caráter singular, bem como os que, não sendo inteiramente novos, realizem combinações novas de elementos conhecidos ou disposições diferentes de elementos já usados, de molde a conferirem aos respetivos produtos caráter singular (art. 175.º/1-2).

([4]) É o caso das maquinas e respetivas componentes, e outros equipamentos: telefone (Bell), Motor elétrico (Davenport), fonógrafo (Edison), rádio (Tesla, Marconi), lâmpada elétrica (Edison), transístor, gravador de vídeo (Poniatoff), MP3 (Brandenburg), helicóptero (Sikorsky), televisão (Zworykin), máquina de costura (Singer), comboio elétrico (Pirotsky), borracha sintética (Lebedev), avião (Dumont, Wright), Mac 128 k, descaroçador de algodão (este motor separa o algodão das sementes). Mas também invenções biotecnológicas, incluindo princípios ativos de medicamentos, e algoritmos, como o PageRank (Larry Page e Sergey Brin, Stanford).

Relativamente aos direitos sobre sinais distintivos, temos desde logo a proteção da marca, enquanto sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, ou de outra forma que permita determinar, de modo claro e preciso, o objeto da proteção conferida ao seu titular, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas (art. 208.º). Em termos semelhantes é protegido o logótipo, na medida em que seja adequado a distinguir uma entidade que preste serviços ou comercialize produtos, e podendo ser utilizado, nomeadamente, em estabelecimentos, anúncios, impressos ou correspondência (art. 281.º). Ou seja, enquanto a marca distingue o produto ou serviço, o logótipo distingue a entidade ou empresa que comercializa o produto ou presta o serviço.

São também protegidas as denominações de origem e indicações geográficas. As primeiras são o nome de uma região, de um local determinado ou, em casos excecionais, de um país que serve para designar ou identificar um produto originário dessa região, desse local determinado ou desse país, e *cuja qualidade ou características se devem, essencial ou exclusivamente, ao meio geográfico, incluindo os fatores naturais e humanos*, e cuja produção, transformação e elaboração ocorrem na área geográfica delimitada; o mesmo valendo para certas denominações tradicionais, geográficas ou não, que designem um produto originário de uma região, ou local determinado (art. 299.º/1-2). São exemplos de denominações de origem o queijo da Serra da Estrela, o vinho do Porto e o ananás dos Açores.

Quanto às indicações geográficas, trata-se igualmente do nome de uma região, de um local determinado ou, em casos excecionais, de um país que serve para designar ou identificar um produto originário dessa região, desse local determinado ou desse país, e cuja reputação, determinada qualidade ou outra característica podem ser atribuídas a essa origem geográfica e cuja produção, transformação ou elaboração ocorrem na área geográfica delimitada (art. 299.º/3). Exemplos de indicações geográficas são os ovos-moles de Aveiro, o pastel de Tentúgal, a cereja da Cova da Beira, a maçã de Alcobaça e a alheira de Mirandela.

A principal diferente entre as denominações de origem e as indicações geográficas é que nas primeiras a qualidade ou as caraterísticas do produto se devem, essencial ou exclusivamente, ao meio geográfico, incluindo os fatores naturais e humanos, enquanto nas indicações geográficas o meio geográfico, incluindo os fatores naturais e humanos, já não é determinante. Tanto as denominações de origem como as indicações geográficas, quando registadas, constituem propriedade comum dos residentes ou estabelecidos na localidade, região ou território (art. 299.º/4).

São também protegidas as recompensas, por ex. condecorações de mérito, medalhas, diplomas, ou quaisquer outros prémios ou demonstrações de preferência de caráter oficial (arts. 270.º e 271.º). Constituem propriedade do sujeito a quem forem conferidas (art. 272.º) e são um bem acessório do respetivo estabelecimento (art. 278.º).

A propriedade industrial abrange ainda o segredo comercial, enquanto informações secretas (no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão), com valor comercial pelo facto de serem secretas, e que tenham sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas (art. 313.º/1). A proteção incide não apenas sobre as informações secretas, *qua tale*, mas também sobre os produtos cuja conceção, características, funcionamento, processo de produção ou comercialização beneficia significativamente de segredos comerciais obtidos, utilizados ou divulgados ilicitamente (art. 313.º/2).

2. A situação e o processo de insolvência

Os titulares de direitos de propriedade intelectual ou de licenças de propriedade intelectual podem entrar em situação de insolvência por impossibilidade de cumprirem as suas obrigações vencidas ou simplesmente por terem um passivo manifestamente superior ao ativo tratando-se de pessoas coletivas de responsabilidade limitada, nos termos, respetivamente, dos números 1 e 3 do art. 3.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ("CIRE")([5]).

Dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, ou à data em que devesse conhecê-la, o devedor-empresa deve requerer a declaração da sua insolvência, exceto se, encontrando-se comprovadamente em situação económica difícil([6]) ou em situação de insolvência

---

([5]) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março (última alteração pelo Decreto-Lei n.º 87/2024 de 7 de novembro).

([6]) Considerando-se em situação económica difícil a empresa que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito (art. 17.º-B).

meramente iminente, mas que ainda possa ser recuperado, se se tiver apresentado a Processo Especial de Revitalização — PER (art. 18.º), a fim de estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes um acordo conducente à sua revitalização (art. 17.º-A).

O não cumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência por parte dos administradores da insolvente faz presumir a sua culpa grave, com as consequências legais daí resultantes (art. 186.º/3-*a*). Por força da declaração de insolvência, que tanto pode ser atual como - quando o devedor se apresente à insolvência — iminente (art. 3.º/4), o insolvente é privado dos poderes de administração e de disposição dos bens que fazem parte da massa insolvente, sendo para o efeito substituído pelo administrador de insolvência (art. 81.º/1).

2.1. Os direitos de propriedade intelectual como parte da massa insolvente

A massa insolvente constitui um património de afetação a uma finalidade específica que, de acordo com o n.º 1 do art. 46.º do CIRE, se destina à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas.

Segundo a referida norma, a massa insolvente é composta, salvo disposição em contrário, por todo o património do devedor à data em que a insolvência é declarada, nele incluídos, com algumas exceções, os bens e direitos que o mesmo devedor possa ter adquirido na pendência do processo de insolvência. Sendo que os bens isentos de penhora e os bens não absolutamente impenhoráveis só integram a massa insolvente se o devedor, voluntariamente, os apresentar para o efeito (art. 46.º/2). Fora da massa insolvente ficam, em qualquer caso, os bens absolutamente impenhoráveis (art. 46.º/2).

Em benefício da massa insolvente podem ser resolvidos os atos que lhe sejam prejudiciais e que tenham sido praticados nos dois anos anteriores ao processo de insolvência (art. 120/1), sendo tidos como prejudiciais "os atos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência" (art. 120.º/2). Presumem-se absolutamente atos prejudiciais à massa insolvente, mesmo que praticados fora dos prazos aí prescritos, atos como uma doação ou de um repúdio de herança ou legado (art. 120.º/3)([7]).

([7]) A resolução dos atos referidos no número precedente pode ser efetuada pelo administrador

2.2. A penhorabilidade dos direitos de propriedade intelectual

Para saber se os direitos de propriedade intelectual são penhoráveis vamos analisar separadamente os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial.

2.2.1. Direitos de autor e direitos conexos

Relativamente aos primeiros, estabelece o art. 47.º do CDADC que:

> "1 — Os direitos patrimoniais do autor sobre todas ou algumas das suas obras podem ser objeto de penhora ou arresto, observando-se relativamente à arrematação em execução o disposto no art. 46.º quanto à venda do penhor".

Assim, relativamente aos direitos de autor, apenas são penhoráveis os direitos patrimoniais([8]). Estabelece o art. 9.º do CDADC, sobre conteúdo do direito de autor, que:

> "1 — O direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais".

Os direitos patrimoniais consistem no "direito exclusivo de dispor da obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente" (art. 9.º/2)([9]).

Os direitos morais de autor subsistem independentemente dos direitos patrimoniais e ainda que o autor os tenha alienado ou onerado. Consistem, designadamente, no direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a sua genuinidade e integridade (art. 9.º/2), opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer ato que a desvirtue e possa afetar a honra e reputação do autor (art. 56.º/1). O direito moral de autor é inalienável, irrenunciável e imprescritível (art. 56.º/2).

---

da insolvência "por carta registada com aviso de receção nos seis meses seguintes ao conhecimento do ato, mas nunca depois de decorridos dois anos sobre a data da declaração de insolvência" (art. 123.º/1).

([8]) De igual modo, os direitos patrimoniais podem ser dados em penhor, recaindo a execução especificamente sobre cada um dos direitos que o devedor tiver oferecido em garantia relativamente à obra ou obras indicadas (art. 46.º/1-2).

([9]) Sobre a disposição ou oneração dos direitos patrimoniais, bem como sobre as diferentes formas de utilização, vd. arts. 40.º *s* e arts. 67.º *s*, assim como os regimes especiais das utilizações típicas, como a edição, a representação, a recitação e execução, a produção fonográfica ou videográfica, a produção cinematográfica, a radiodifusão e outras formas de comunicação ao público, etc.

Assim, apenas são penhoráveis direitos patrimoniais de autor, como sejam o direito de reprodução, o direito de distribuição (incluindo a venda, o aluguer e o comodato público), o direito de comunicação ao público nas suas diferentes modalidades (incluindo a colocação à disposição do público para acesso a partir do local e no momento individualmente escolhidos pelo destinatário) e os direitos de adaptação, incluindo a tradução. Pese embora a formulação de um direito geral de utilização e exploração exclusiva da obra, são discrimináveis tipos autónomos de utilização com autonomia suficiente para serem objeto de negócios *a se stante* (art. 68.º/4).

Não obstante, os direitos patrimoniais de autor podem não ser totalmente penhoráveis. Estabelece o n.º 2 do art. 46.º do CDADC que:

> "Em caso de penhora do direito patrimonial do criador da obra, aplica-se o regime fixado no Código de Processo Civil na parte relativa à penhora dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante".

Ou seja, permanecendo na esfera jurídica do criador intelectual da obra, os direitos patrimoniais são equiparados aos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante para efeitos do regime de penhora nos termos do Código de Processo Civil.

De acordo com o art. 738.º deste Código, são impenhoráveis dois terços da parte líquida desses rendimentos (1), tendo como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional (2). Ainda que com algumas adaptações, uma vez que os rendimentos de direitos de autor são considerados rendimentos auferidos no âmbito das atividades especificamente previstas na tabela a que se refere o art. 151.º do Código do IRS([10]), designadamente no que respeita ao apuramento da parte líquida dos rendimentos e ao apuramento dos limites máximo e mínimo da impenhorabilidade, e na medida em que o criador intelectual não receba prestações de qualquer natureza que assegurem a sua subsistência (8)([11]).

A equiparação dos rendimentos de direitos de autor aos rendimentos do trabalho, com as especificidades referidas, para efeitos de penhora, vale apenas se os direitos patrimoniais pertencerem ao criador intelectual.

([10]) A referida tabela do CIRS prevê, *inter alia*, artistas plásticos e assimilados, atores e músicos.

([11]) Aliás, nos termos do art. 738.º/6 do CPP: "Ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, excecionalmente e a requerimento do executado, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não superior a um ano, isentá-los de penhora".

Ora, pode acontecer os direitos patrimoniais pertencerem a terceiro, seja por acordo entre as partes (arts. 14.º, 41.º, 48.º), seja por atribuição legal, tal como sucede quando a obra é criada no âmbito de um contrato de trabalho ou por encomenda e o criador intelectual não é identificado na obra (art. 14.º/3), o mesmo valendo para as chamadas obras coletivas, ou seja, obras criadas por iniciativa e sob a direção de uma pessoa singular ou coletiva, e publicadas em seu nome (arts. 16.º/1-*b* e 19.º), como se presume suceder nos jornais e outras publicações periódicas, assim como nos programas de computador e nas bases de dados([12]).

Por outro lado, mesmo sem haver transmissão dos direitos patrimoniais, pergunta-se o que sucede aos meros titulares de autorizações de utilização das obras, como são, por exemplo, o editor e o produtor cinematográfico.

O editor é a pessoa singular ou coletiva a quem o titular dos direitos de autor autoriza a produção e a comercialização de exemplares da obra, nos termos de um contrato de edição (art. 83.º). O direito do editor é meramente obrigacional, sem prejuízo dos meios de tutela possessória de que dispõe.

Além disso, o editor de obra alheia é titular de uma empresa, que o art. 230.º do Código Comercial há muito qualifica como comercial. Os contratos de edição — ou até os direitos de autor que o editor tenha adquirido por negócio ou por lei, incluindo o usufruto, mas sendo a usucapião afastada como modo aquisitivo do direito de autor — serão provavelmente o principal ativo da empresa editorial. Empresa essa que pode entrar em insolvência ou, como se dizia antigamente, pode "ir à falência". Ora, justamente para o caso da falência do editor, estabelece o art. 102.º do CDADC:

> "1 — Se para a realização do ativo no processo de falência do editor, houver que proceder à venda por baixo preço, na totalidade ou por grandes lotes, dos exemplares da obra editada existentes nos depósitos do editor, deverá o administrador da massa falida prevenir o autor, com a antecipação de 20 dias, pelo menos, a fim de o habilitar a tomar as providências que julgue convenientes para a defesa dos seus interesses materiais e morais.
>
> 2 — Ao autor é ainda reconhecido o direito de preferência para a aquisição pelo maior preço alcançado dos exemplares postos em arrematação".

Esta norma do CDADC, que se aplica por remissão a outras formas de utilização, como a produção fonográfica ou videográfica (art. 147.º/1), deve ser observada pelo administrador de insolvência, apesar de não constar do CIRE.

([12]) Art. 3.º do DL 252/94 e do DL 122/2000.

Aliás, uma norma semelhante é prevista para a dita "falência do produtor" cinematográfico. Nos termos do art. 138.º do CDADC:

> "Em caso de falência do produtor, se houver de proceder-se à venda por baixo preço, na totalidade ou por lotes, de cópias da obra cinematográfica, deverá o administrador da massa falida prevenir do facto o autor ou coautores desta com a antecedência mínima de 20 dias, a fim de os habilitar a tomar as providências que julgarem convenientes para a defesa dos seus interesses materiais e morais e, bem assim, para exercerem o direito de preferência na aquisição das cópias em arrematação".

Poderá ocorrer também um saneamento por transmissão do estabelecimento editorial. O CIRE estabelece que o plano de insolvência pode prever a constituição de uma ou mais sociedades novas destinadas à exploração de um ou mais estabelecimentos adquiridos à massa insolvente mediante contrapartida adequada (art. 199.º). Ora, sendo o saneamento por transmissão uma via de trespasse do estabelecimento, pergunta-se se o autor se pode opor à transmissão dos seus contratos de edição ou de produção no âmbito do referido trespasse.

Relativamente ao contrato de edição, resulta do art. 100.º/1 do CDADC que, havendo trespasse, o editor pode, sem consentimento do autor, transferir para terceiros o contrato de edição. Todavia, o autor pode resolver o contrato no prazo de seis meses a contar do conhecimento do trespasse se o negócio lhe causar ou vier a causar prejuízos morais, embora tenha que indemnizar o editor por perdas e danos (art. 100.º/2).

Por seu turno, havendo trespasse do seu estabelecimento, o produtor pode transferir para terceiros os direitos emergentes do contrato sem consentimento dos autores (art. 145.º). Neste caso a lei não ressalva o direito de resolução do contrato a favor do autor por razões morais, mas parece-nos justificável a aplicação analógica do art. 100.º/2 ou pelo menos do chamado direito de retirada (art. 62.º):

> "O autor de obra divulgada ou publicada poderá retirá-la a todo o tempo da circulação e fazer cessar a respetiva utilização, sejam quais forem as modalidades desta, contanto que tenha razões morais atendíveis, mas deverá indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar".

Relativamente aos direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas, aos organismos de radiodifusão, e aos editores de publicações de imprensa em linha, previstos e regulados no Título III do CDADC, apesar do silêncio da lei sobre a situação destes direitos em processo de insolvência, parece-nos que o regime dos direitos de autor deve aplicar-se-lhes com as devidas adaptações. Aliás, o art. 191.º/1 estabelece que "As disposições sobre os modos

de exercício dos direitos de autor aplicam-se no que couber aos modos de exercício dos direitos conexos".

2.2.2. Direitos de propriedade industrial

A propriedade industrial consiste, grosso modo, no direito exclusivo de exploração económica de invenções, modelos de utilidade, topografias de produtos semicondutores, marcas, logotipos, recompensas e segredos comerciais. No caso das denominações de origem e das indicações geográficas, o direito é exclusivo, mas comum a todos os que podem beneficiar dessa proteção.

O direito exclusivo de exploração económica analisa-se num leque de direitos, como sejam a produção, a promoção e a venda de bens ou a prestação de serviços, a importação (com o limite do esgotamento no EEE), etc.

A constituição dos direitos de propriedade industrial depende de pedido do interessado e da verificação dos requisitos legais próprios de cada direito. Ao contrário dos direitos de autor, a propriedade industrial analisa-se em direitos sujeitos a registo, que a nível nacional é efetuado pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial a pedido dos interessados, verificados os requisitos de atribuição do direito exclusivo.

De um modo geral, nos termos do CPI, os direitos de propriedade industrial podem ser dados em garantia. Com efeito, os direitos emergentes de patentes e de modelos de utilidade bem como de registos de topografias de produtos semicondutores, de desenhos ou modelos e de marcas e outros sinais distintivos do comércio estão sujeitos a penhora e arresto, podendo ser dados em penhor ou sujeitos a outras apreensões de bens efetuadas nos termos legais; o mesmo vale para os direitos emergentes dos pedidos (art. 6.º/1-2).

A constituição de direitos de garantia ou de usufruto, bem como a penhora, o arresto e outras apreensões de bens efetuadas nos termos legais estão sujeitos a averbamento no INPI (art. 29.º/1-*c*). Em especial, no que diz respeito ao arresto, estabelece o art. 346.º/2 CPI que:

> "Sempre que haja violação de direitos de propriedade industrial ou de segredos comerciais, pode o tribunal, a pedido do interessado, ordenar a apreensão dos bens que se suspeite violarem esses direitos ou segredos, incluindo os bens importados a fim de prevenir a sua entrada ou circulação no mercado, ou dos instrumentos que apenas possam servir para a prática do ilícito".

Do exposto, resulta que, de um modo geral, os direitos de propriedade industrial podem integrar a massa insolvente, ficando, nessa medida,

ao serviço da satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas.

Não apenas os direitos, mas também os rendimentos da propriedade industrial farão parte da massa insolvente.

Todavia, suscitam-se algumas questões quanto à dinâmica destes direitos no processo de insolvência.

Pensando na transmissão dos direitos, é de registar, desde logo, que, nos termos do art. 30.º/1, só podem ser transmitidos, total ou parcialmente, os direitos emergentes de patentes, de modelos de utilidade, de registos de topografias de produtos semicondutores, de desenhos ou modelos e de marcas.

Além disso, alguns direitos podem ser transmitidos sem a empresa, como sucede com as patentes de invenção e as marcas, mas já não sucede, por exemplo, com os logotipos, que só podem transmitir-se com o estabelecimento, ou parte do estabelecimento, a que estão ligados (art. 295.º/1). O mesmo vale para as licenças obrigatórias de patente, já que só podem ser transmitidas com a parte da empresa ou do estabelecimento que as explore (art. 108.º/2).

Igualmente vinculadas ao estabelecimento encontram-se as recompensas, já que o registo de recompensas é recusado havendo transmissão da sua propriedade sem a do estabelecimento, ou da parte deste que interessar, quando for o caso (art. 275.º/*c*), sendo as recompensas parte acessória dos bens transmitidos (art. 278.º).

De igual modo, assim como a transmissão da totalidade da empresa implica a transmissão da marca, salvo estipulação em contrário ou se das circunstâncias decorrer claramente o contrário (art. 256.º/2), também a transmissão do estabelecimento envolve o respetivo logótipo, que pode continuar tal como está registado, salvo se o transmitente o reservar para outro estabelecimento, presente ou futuro (art. 295.º/2).

Pensamos que o mesmo vale no âmbito do processo de insolvência, quer para a transmissão individualmente dos direitos de propriedade industrial suscetíveis de transmissão, quer para a transmissão dos direitos por efeito de trespasse do estabelecimento. Aliás, o mesmo vale para a necessidade de autorização do titular de nome individual, firma ou denominação social do requerente ou titular do registo que figurar no logótipo ou na marca, pois que é necessária cláusula para a sua transmissão (art. 30.º/3).

Relativamente às licenças de direitos de propriedade industrial que integrem a massa insolvente, o administrador de insolvência poderá conceder licenças, nos termos do art. 31.º do CPI. Todavia, tratando-se não de titu-

lar do direito, mas apenas de licenciado, é de ter em conta que, salvo estipulação em contrário, o direito obtido por meio de licença de exploração não pode ser alienado sem consentimento escrito do titular do direito, o mesmo valendo para a concessão de sublicenças (art. 31.º/8-9). Além disso, é de referir, em matéria de marcas, que o administrador da massa insolvente, enquanto licenciado, "pode intervir na ação em que se alegue a violação de um direito de marca, a fim de obter reparação do seu prejuízo" (art. 258.º/4).

2.3. Efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso

Um ponto ainda relevante tem a ver com os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso, designadamente nos contratos de licença de propriedade industrial. A nosso ver, aplicam-se subsidiariamente as regras do contrato de locação, tratando-se de licenças onerosas.

Sendo insolvente o locatário, a declaração de insolvência não suspende o contrato de locação, mas o administrador da insolvência pode sempre denunciá-lo com um pré-aviso de 60 dias, se nos termos da lei ou do contrato não for suficiente um pré-aviso inferior (art. 108.º/1). Além disso, o locador não pode requerer a resolução do contrato após a declaração de insolvência do locatário com fundamento na falta de pagamento das rendas ou alugueres respeitantes ao período anterior à data da declaração de insolvência e ou na deterioração da situação financeira do locatário (art. 108.º/4).

Sendo insolvente o locador, a declaração de insolvência não suspende a execução de contrato de locação e a sua denúncia por qualquer das partes apenas é possível para o fim do prazo em curso, sem prejuízo dos casos de renovação obrigatória; além disso, a alienação da coisa locada no processo de insolvência não priva o locatário dos direitos que lhe são reconhecidos pela lei civil em tal circunstância (art. 109.º/1 e 3).

Em princípio, as licenças de propriedade intelectual e industrial não se transmitem naturalmente por efeito do trespasse, ao contrário do que sucede com o arrendamento comercial, com os contratos de trabalho e de seguro, ou com a locação financeira. Nos termos do art. 31.º/8 do CPI:

> "Salvo estipulação em contrário, o direito obtido por meio de licença de exploração não pode ser alienado sem consentimento escrito do titular do direito".

Assim, havendo transmissão do estabelecimento do licenciado em processo de insolvência, seria necessária a autorização do licenciante para

a transmissão das licenças, comprometendo-se o valor de negociação do estabelecimento.

Ao mesmo tempo, a transmissão do estabelecimento do licenciante em processo de insolvência já poderá envolver a transmissão de direitos industriais de marca e de logotipo sem necessidade de autorização do licenciante (arts. 256.º/2 — marcas e 295.º/2 — logotipos), ainda que apenas supletivamente. Ora, tendo em conta a essencialidade destes direitos, torna-se necessário proteger o estabelecimento do licenciado no caso de venda em liquidação, impedindo a cessação das licenças de propriedade intelectual e promovendo a transmissão dos direitos ao adquirente da empresa na venda da empresa insolvente em fase de liquidação. Nesse sentido aponta a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência([13]). Nos termos do considerando n.º 13 da proposta, por processos *pre-pack* entendem-se aqueles em que

> "a empresa do devedor, ou parte da mesma, é vendida como uma empresa em atividade ao abrigo de um contrato negociado a título confidencial, sob a supervisão de um supervisor nomeado por um tribunal, antes do início do processo de insolvência, seguindo-se um breve processo de insolvência no âmbito do qual a venda pré-negociada é formalmente autorizada e executada".

Em conformidade, o art. 27.º da proposta estabelece que:

> "Em fase de liquidação não dependem de consentimento da contraparte ou contrapartes do devedor, exceto se forem concorrentes, a cessão ao adquirente da empresa do devedor, ou de parte da mesma (*sic*), os contratos executórios necessários à continuação da atividade da empresa do devedor e cuja suspensão resultaria na paralisação da sua atividade./ O tribunal não pode rescindir contratos executórios relativos a licenças de direitos de propriedade intelectual e industrial mesmo que a rescisão seja do interesse da empresa do devedor ou de parte da mesma" (*sic*).

Desse modo, será imperativa ou "injuntiva" a transmissão do contrato de licença nos processos *pre-pack* segundo a Proposta de diretiva, a fim de preservar o valor da empresa, considerando a importância dos direitos de propriedade industrial e intelectual.

([13]) COM (2022) 702 final.

Conclusão

Os direitos de propriedade intelectual desempenham um papel significativo e estratégico em processos de insolvência. Por um lado, estes direitos contribuem para a preservação de valor, já que os ativos de propriedade intelectual — como patentes, marcas, direitos de autor, ou segredos comerciais — representam frequentemente uma parcela significativa do valor de uma empresa, especialmente em setores baseados em conhecimento ou tecnologia. Por isso é crucial, em caso de insolvência, preservar e gerir adequadamente a propriedade intelectual, para aumentar a recuperação de valor para os credores, alienar uma empresa em funcionamento e viável, e atrair investidores.

Em sede de reestruturação ou venda da empresa, os direitos de propriedade intelectual podem ser alienados ou licenciados para gerar receita durante a insolvência, ou transferidos como parte da venda de ativos da empresa, ou ainda retidos como ativo crítico de uma empresa reestruturada que continuará em atividade. A proteção dos interesses de todas as partes interessadas passa por uma gestão criteriosa dos direitos de propriedade intelectual em processo de insolvência, combatendo a violação desses direitos por terceiros e respeitando os contratos de licença, em especial as licenças não exclusivas ou não transmissíveis. Os credores podem ter garantias reais sobre direitos de propriedade intelectual e, em caso de insolvência, essas garantias devem ser devidamente classificadas e executadas, de modo a prevenir a subutilização de ativos essenciais da empresa.

Os direitos de propriedade intelectual são frequentemente a alma de uma empresa. Em processos de insolvência, eles devem ser identificados, valorizados, protegidos e geridos estrategicamente, de modo a prevenir a desvalorização da empresa, a perda de oportunidades para os credores e riscos jurídicos complexos.

Bibliografia

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.

Almeida, Carlos Ferreira de; Gonçalves, Luís Couto; Trabuco, Cláudia (coord.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra: Almedina, 2011.

Ascensão, José de Oliveira, *Direito Comercial*, Vol. II *Direito Industrial*, Lisboa, 1988.

____, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora: Coimbra, 1992.

____, «Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65 (2005), pp. 281-312.

Carvalho, Maria Miguel, «Contratos de transmissão e de licença de marca», in Almedina, Carlos Ferreira de; Gonçalves, Luís Couto; Trabuco, Cláudia (coord.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 477-510.

Gonçalves, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial. Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2024

Gonçalves, Luís Couto (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Coimbra: Almedina, 2021.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito de Autor*, 5.ª ed., Almedina: Almedina, 2023.

____, *Direito da Insolvência*. 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.

Marques, João Paulo Remédio, *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra: Almedina, 2008.

____, *Biotecnologia(s) e propriedade intelectual*, 2 Vols., Coimbra: Almedina, 2007.

Martins, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.

Mello, Alberto Sá e, *Manual de Direito de Autor e de Direitos Conexos*, 3.ª ed., Almedina: Almedina, 2019.

Olavo, Carlos, *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005.

Pereira, Alexandre Libório Dias, «Os efeitos da declaração de insolvência nos contratos de franquia (franchising)», *Congresso Comemorativo 20 Anos do CIRE — Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, Coimbra: Almedina, 2024.

____, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina: Almedina, 2008.

Rebello, Luís Francisco, *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, D. Quixote: Lisboa, 1994.

Serra, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, 3.ª ed., Almedina: Almedina, 2025.

Silva, Pedro Sousa e, *Direito Industrial. Noções fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019.

____, *Direito Industrial. Noções fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019.

Vicente, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2.ª ed., Almedina: Almedina, 2019.

Vieira, José Alberto, *Direito de Autor. Dogmática Básica*, Almedina: Almedina, 2020.

FIADOR-ADERENTE E FIADOR-CONSUMIDOR: O ESTADO DA ARTE DA PROTEÇÃO DO FIADOR EM CONTRATOS DE ADESÃO

Pelo Dr. Carlos Filipe Costa(*)
e Dr. André Alfar Rodrigues(**)

Sumário:

Caso prático. ***a*)** A (não) aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. ***b*)** Os fiadores como "aderentes" nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. ***c*)** Os fiadores como "consumidores" nos termos e para os efeitos da Lei n.º 24/96, de 31 de julho. ***d*)** O cumprimento dos deveres de comunicação e de informação previstos nos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro em relação ao devedor fidejussório. ***e*)** O (eventual) abuso de direito de invocação da violação dos deveres previstos nos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

"A fiança está perante novos desafios que justificariam uma análise específica dos novíssimos problemas que se deparam neste campo, desde a aplicação das regras das CCG [Cláusulas Contratuais Gerais] até à sua utilização no âmbito do direito do consumo, passando pela questão dos deveres de informação do credor ao fiador, quer antes quer no decurso da assunção fidejussória de dívida"([1]).

(*) Árbitro de conflitos de consumo.
(**) Legal Counsel na Airbus.

([1]) Gomes, Manuel Januário da Costa, "A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1997*, Vol. III — Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 79-119, em especial pp. 101-102.

Foi desta forma que Manuel Januário da Costa Gomes, já no ano de 2007 — mas com inteira atualidade —, lançou o repto para um estudo mais aturado das problemáticas colocadas pela contratação em massa que contendem com a tutela oferecida pelo ordenamento jurídico ao devedor fidejussório e mantêm importantes pontos de contacto com o Direito do Consumo.

Propondo-nos, humildemente, responder ao exigente desafio, ensaiamos uma reflexão crítica em diálogo com a literatura e, sobretudo, com a jurisprudência que, ao longo das últimas décadas, tem tomado posição sobre a aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro([2]) e da Lei n.º 24/96, de 31 de julho([3]) a contratos de crédito a consumidores com assunção fidejussória de dívida, fazendo-o a partir de um caso prático, por nós gizado, que procura refletir, de forma realística (e não puramente académica), o tipo de situação que mais frequentemente tem chegado à barra dos tribunais nacionais.

Imaginemos, então, o seguinte caso prático:

Em 07.02.2017, pelas 14 horas, António, como primeiro outorgante, Bárbara, como segunda outorgante, Caixa Portuguesa, S.A., como terceira outorgante (representada no ato pelo seu procurador José) e Dorinda e Eusébio, como quartos outorgantes, compareceram perante o Licenciado Filipe Santos, Notário do Cartório Notarial de Filipe Santos, sito na Rua José Dias da Silva, n.º 10 2600-170, Vila Franca de Xira e subscreveram a escritura pública intitulada "Compra e Venda e Mútuo com Hipoteca e Fiança", nos termos da qual, para além do mais:

— António declarou vender a Bárbara, livre de quaisquer ónus ou encargos e pelo preço de € 150.000,00 (cento e cinquenta mil euros), que já havia recebido, a fração autónoma designada pela letra "F" do primeiro andar direito do prédio urbano em propriedade horizontal sito na Praceta General Humberto Delgado, freguesia e concelho de Vila Franca de Xira, descrito na respetiva Conservatória de Registo Predial sob o n.º 2028 e inscrito na matriz sob o art. 500.º;

— Bárbara declarou aceitar a aquisição do imóvel nos termos exarados, o qual se destinava à sua habitação própria e permanente;

— A Caixa Portuguesa, S.A. declarou conceder a Bárbara um empréstimo destinado à aquisição do referido imóvel no montante de

---

([2]) Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (doravante, "LCCG").

([3]) Lei de Defesa do Consumidor (doravante, "LdC").

€ 150.000,00 (cento e cinquenta mil euros), importância de que Bárbara se confessou devedora, pelo prazo de 30 (trinta) anos, obrigando-se a pagá-la, de modo fracionado, com os respetivos juros, impostos, encargos e despesas, tudo nos termos das cláusulas constantes da escritura e de documento complementar elaborado nos termos do n.º 2 do art. 64.º do Código do Notariado, mais constituindo, para garantia do cumprimento das obrigações decorrentes do empréstimo, hipoteca sobre o imóvel adquirido e supra descrito;

— Dorinda e Eusébio declararam "que se responsabilizam, solidária e pessoalmente, como fiadores e principais pagadores por tudo quanto venha a ser devido à Caixa Portuguesa, S.A. em consequência do empréstimo aqui titulado, renunciando desde já e expressamente ao benefício da excussão prévia";

— A Caixa Portuguesa, S.A. declarou aceitar a confissão de dívida, a hipoteca e a fiança, nos termos exarados;

— O Senhor Notário fez consignar que "[e]sta escritura foi lida aos outorgantes e aos mesmos explicado o seu conteúdo, tudo em voz alta e na sua presença simultânea. Não se procedeu à leitura do documento complementar, por os outorgantes haverem declarado que já o leram e conhecem perfeitamente o seu conteúdo".

Por se ter visto colocada em situação de desemprego e, entretanto, ter deixado de auferir qualquer prestação social, Bárbara não logrou proceder ao pagamento da prestação vencida em 02.01.2025. Neste seguimento, em 10.01.2025, a Caixa Portuguesa, S.A. dirigiu missivas, de teor semelhante, a Bárbara, Dorinda e Eusébio, nas quais informou a mutuária e os fiadores do atraso no cumprimento e dos montantes em dívida, interpelou-os à regularização das responsabilidades em mora e assinalou, ainda, a possibilidade de solicitarem a integração em Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI).

Surpreendidos com o facto de, imediatamente após o primeiro atraso da sua filha no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito à habitação, a Caixa Portuguesa, S.A. estar a interpela-los para a regularização dos montantes em dívida, Dorinda e Eusébio decidiram dirigir-se ao advogado Dr. Guilherme Costa, a quem exibiram fotocópia da escritura pública e documento complementar anexo, cedida por Bárbara, e a missiva de 10.01.2025 remetida pela instituição de crédito.

Após análise dos documentos, o advogado questionou Dorinda e Eusébio se, no momento da celebração da escritura, estavam cientes dos

exatos termos em que iriam prestar a garantia de favor, nomeadamente qual o significado e consequências advenientes de nela se apresentarem como "principais pagadores (...), renunciando desde já e expressamente ao benefício da excussão prévia". Ambos responderam desconhecer o sentido e alcance de tais expressões, asseverando que não participaram nas negociações que antecederam a conclusão do acordo e que não dominam, minimamente, o jargão jurídico, pois têm, ambos, habilitações ao nível do quarto ano de escolaridade, sempre exerceram a atividade de empregados da indústria têxtil desde 1973, quando Dorinda perfazia a idade de 17 anos e Eusébio de 20 anos, e foi a primeira vez que aceitaram ser fiadores de outrem.

Em face do que lhe transmitiram os seus clientes, o Dr. Guilherme Costa, mandatado para o efeito, dirigiu missiva à Caixa Portuguesa, S.A., na qual declarou que Dorinda e Eusébio se recusavam legitimamente a responder pelo pagamento dos montantes em dívida enquanto não fossem excutidos todos os bens de Bárbara, na medida em que a instituição de crédito não possibilitou o conhecimento antecipado do conteúdo do acordo relativo à prestação da fiança nem se dignou elucidar os seus constituintes sobre o alcance das cláusulas mais complexas e mais prejudiciais desse mesmo acordo, o que lhe era exigível nos termos dos arts. 5.º, n.os 1 e 2 e 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e dos arts. 8.º, n.º 1, alíneas a) e i) e 9.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, e, por conseguinte, ali pugnou no sentido de que o segmento normativo "principais pagadores (...), renunciando desde já e expressamente ao benefício da excussão prévia" deveria considerar-se excluído do programa contratual, aplicando-se, em sua substituição, as normas legais supletivas, tudo cf. arts. 8.º, alíneas a) e b) e 9.º do mesmo Decreto-Lei n.º 446/85.

Confrontada com a posição assumida por Dorinda e Eusébio, a Caixa Portuguesa, S.A. considera que o argumentário expresso na missiva dos fiadores não é merecedor de provimento, não passando de meros subterfúgios para deixarem de honrar as suas obrigações, organizando a sua defesa em torno dos seguintes argumentos, expostos sucessiva e subsidiariamente:

1. *O acordo intitulado "Compra e Venda e Mútuo com Hipoteca e Fiança" foi celebrado por meio de escritura pública, sendo que a sua formalização foi precedida de uma fase negociatória mantida com o seu parceiro contratual, Bárbara, no âmbito da qual se discutiram e decidiram as cláusulas relativas ao montante do financiamento, à taxa de juros e ao plano de amortização, pelo que não lhe é aplicável o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro;*

2. *Ainda que assim não se entendesse, sempre se teria de concluir que Dorinda e Eusébio não são "aderentes" nos termos e para os efeitos dos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, visto que os fiadores não são devedores do credor mutuante, mas terceiros garantes das obrigações assumidas pelo devedor principal mutuário, e são devedores de uma dívida própria — a dívida fidejussória —, cujo objeto não se confunde com a dívida do devedor principal;*
3. *E, de igual modo, mostra-se desajustada a chamada à liça das normas dos arts. 8.º e 9 .º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, porque o contrato de fiança não é um contrato de consumo, logo não podem Dorinda e Eusébio reclamar a proteção especial conferida somente a consumidores, qualidade que não lhes assiste;*
4. *Sem prejuízo, admitindo-se, por mero raciocínio académico, que os fiadores eram destinatários dos deveres de comunicação e de informação, não pode colocar-se em causa — nem os devedores fidejussórios o fazem na sua carta — que o Senhor Notário leu a escritura pública em voz alta, na presença de todos os outorgantes, que o seu conteúdo foi explicado aos intervenientes e que a comunicação do teor do documento complementar não teve lugar simplesmente porque todos os outorgantes dispensaram a leitura, cientes que estavam do clausulado nele incluso. Tais factos estão cobertos pela força probatória plena dos documentos autênticos, a qual não pode ser contrariada por prova em contrário, mas apenas mediante a invocação da falsidade material ou intelectual da própria escritura pública, tudo cf. arts. 371.º, n.º 1.ª parte e 372.º do Código Civil. Logo, se Dorinda e Eusébio não estavam suficientemente esclarecidos sobre os termos em que seria prestada a fiança e, ainda assim, postergaram o competente pedido de aclaração dos aspetos que reputavam de dúbios ou obscuros do enunciado contratual e rubricaram e assinaram, sem hesitações, todas as folhas da escritura, "sibi imputet".*
5. *Sem prescindir ainda e por último, se, por absurdo, se entendesse que a Caixa Portuguesa, S.A. havia incorrido em violação dos deveres previstos nos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, no limite, não podia deixar de entender-se que a consequência jurídica — exclusão do contrato singular do segmento contratual "principais pagadores (...), renunciando desde já e expressamente ao benefício da excussão prévia" — seria*

paralisada pelo instituto do abuso do direito (art. 334.º do Código Civil), na modalidade de "venire contra factum proprium", atento o hiato temporal, superior a 8 (oito) anos, decorrido entre o momento da celebração da escritura pública e a invocação da alegada violação daqueles deveres.

À luz do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, apreciemos criticamente o mérito de cada um dos fundamentos aduzidos pela Caixa Portuguesa, S.A. para rebater a posição assumida por Dorinda e Eusébio.

a) *A (não) aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*

Em defesa da manutenção do segmento contratual colocado em crise por Dorinda e Eusébio, começa a Caixa Portuguesa, S.A. por sustentar que deve ter-se por arredada a aplicação, *in casu*, do regime jurídico do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, invocando, para tanto, que a assunção fidejussória da dívida foi formalizada solenemente através de escritura lavrada por oficial público e que o acordo intitulado "Compra e Venda e Mútuo com Hipoteca e Fiança" não reveste a natureza de contrato de adesão, porquanto, pelo menos, algumas das cláusulas relativas ao mútuo bancário resultaram de uma negociação prévia com a mutuária Bárbara.

Com o devido respeito, tal entendimento não é de acolher.

Por um lado, como bem refere o douto Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2016([4]), "[a] circunstância de o negócio se ter formalizado por escritura pública não invalida a utilização de cláusulas contratuais gerais: a intervenção do notário na celebração da escritura pública ocorre num momento posterior às negociações. O oficial público limita-se a exarar as declarações das partes, sem curar se as mesmas decorreram de negociações ou não". Donde, o simples facto de um contrato ter conhecido a intervenção de notário (ou profissional equiparado) para a sua celebração não exclui, por si só, a aplicabilidade ao seu clausulado — mesmo aos termos da vinculação das partes inseridos na escritura pública — da disciplina que dimana da LCCG.

([4]) Proferido no Processo n.º 4570/08.7TBVNG-A.P2, Relatora: Márcia Portela, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

Por outro lado, estamos em crer que a Caixa Portuguesa, S.A. está a assumir uma compreensão do âmbito material de aplicação da LCCG circunscrita aos contratos de adesão em sentido estrito (ou próprio), previstos no n.º 1 do art. 1.º do diploma em referência. Sucede que, com as alterações à LCCG promovidas por intermédio do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto e, sobretudo, do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, tendentes a assegurar a plena transposição da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993([5]), assistiu-se à superação do critério da *generalidade* das cláusulas e à adoção do critério da sua *não negociabilidade* por parte de, pelo menos, um dos contraentes para a qualificação de um contrato (ainda que *individualizado*) como *de* (ou, talvez melhor, *por*) *adesão* (cf. art. 1.º, n.os 2 e 3([6]) da LCCG)([7]).

([5]) Relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, *maxime* o n.º 2 do seu art. 3.º, que dispõe nos seguintes termos: "Considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão. ***O facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objecto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão***. Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objecto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova" [com negrito nosso].

([6]) Em face do disposto pelo n.º 3 do art. 1.º do LCCG, não vemos como possa afirmar-se — como se fez, nomeadamente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.05.2008, proferido no Processo n.º 08A1287, Relator: Fonseca Ramos, e no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03.12.2013, proferido no Processo n.º 315/12.5TJCBR-A.C1, Relatora: Maria José Guerra, ambos acessíveis em <http://www.dgsi.pt/> — que é sobre o (putativo) aderente que impende o ónus de prova dos factos pertinentes à qualificação de um contrato como *de adesão*; pelo contrário é ao alegado predisponente que, pretendendo prevalecer-se do conteúdo das estipulações contratuais, incumbe o ónus de demonstrar que as cláusulas insertas no clausulado resultaram de negociação prévia entre as partes e, como tal, não se mostram sujeitas à disciplina da LCCG. Assim, se o destinatário alegar, em relação a determinada cláusula contratual, que a mesma não foi precedida de negociação entre os contraentes ou, até, que não pôde influenciar o seu conteúdo — considerando-se, pois, abrangidos pela presunção legal do n.º 3 do art. 1.º da LCCG quer os contratos de adesão em sentido estrito, quer os contratos individualizados de adesão —, por via da inversão do ónus da prova, é sobre o predisponente — o verdadeiro e único visado com o preceito em análise — que recai o encargo de evidenciar, para além da dúvida razoável, que a cláusula não se subsume a qualquer das hipóteses previstas nos n.os 1 e 2 do art. 1.º da LCCG. Neste sentido, Carvalho, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp. 213-214 e Barros, José Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 37-41. Reconhecendo que "a expressão empregue ["quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo"], aparentemente neutra, designa, na realidade, o utilizador da cláusula, responsável pela sua inserção no contrato", mas afastando a aplicação a aplicação da norma em apreço aos contratos individualizados de adesão, Ribeiro, Joaquim de Sousa, "O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da Directiva sobre as cláusulas abusivas", in *Direito dos Contratos: Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 197-199.

([7]) Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, 6.ª ed., Coimbra,

Com efeito, posto que algumas das cláusulas relativas ao mútuo bancário tenham resultado, efetivamente, de uma negociação prévia com Bárbara — e, em relação a essas, porque moldadas no interesse de ambas as partes, em particular da mutuária, será, então, de excluir a aplicação da LCCG([8]) —, tal não invalida que o regulamento contratual seja formado, predominantemente, por cláusulas gerais predispostas pela parte economicamente dominante([9]), no seu exclusivo interesse, e insuscetíveis de serem negociadas — de que é exemplo paradigmático, nos contratos de crédito a consumidores, a cláusula-tipo em que se "estabelece que determinados outorgantes se constituem fiadores, com renúncia ao benefício da excussão prévia"([10]) —, e, como tal, se encontre sujeito ao regime protecionista do aderente que enforma a LCCG([11]).

Almedina, 2017, pp. 194-195 e 211-213. Desde já se adianta que não se acompanha o autor quando sustenta que, em contratos de adesão individualizados, a eficácia do art. 5.º da LCCG se mostra "circunscrita aos casos em que a declaração do predisponente remeta para documento separado (sem vocação contratual múltipla" (*idem*, p. 219). Com o devido respeito, seguindo de perto Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 276, cremos que o entendimento mais avisado passa por considerar que o uso da expressão "cláusulas contratuais gerais" na disposição do art. 5.º da LCCG não passa de "uma reminiscência da versão primitiva do âmbito de aplicação do Dec.-Lei n.º 446/85", o qual não obsta, porém, em obediência ao *telos* do dever de comunicação, à aplicação da disposição em referência "a todos os contratos de adesão".

([8]) Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coleção Teses de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 1999, p. 301. Mas já não assim em relação às "cláusulas *individuais*, ***não negociadas***, incluídas em contratos celebrados com consumidores" [negrito nosso] — cf. Oliveira, Nuno Manuel Pinto, "A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993", in *Scientia Ivridica*, n.º 303, Tomo LIV, Julho-Setembro, Braga, 2005, pp. 527-558, em especial p. 530.

([9]) Para Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 323-342, a situação de inferioridade do aderente — e a necessidade de tutela da sua posição através da LCCG — não se justifica pelo poder económico do utilizador. Aduz a favor do seu entendimento que a LCCG não se aplica, somente, a relações *business-to-consumer* (B2C) e que, hodiernamente, a predisposição de regulamentos contratuais padronizados não constitui uma prática exclusiva das grandes empresas. Ainda de acordo com o mesmo autor, na realidade, a disparidade de poder radica em "fatores endógenos" a este modo específico de fixação do conteúdo dos contratos e na (ausência de) liberdade conformativa inerente à utilização de cláusulas contratuais gerais.

([10]) Novamente o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2016, proferido no Processo n.º 4570/08.7TBVNG-A.P2, Relatora: Márcia Portela.

([11]) No mesmo sentido, *inter alia*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.12.2011, proferido no Processo n.º 669/07.5TBPTM-A.E1.S1, Relator: Serra Baptista, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.11.2017, proferido no Processo n.º 7429/13.2TBVNG-A.P1, Relator: José Manuel de Araújo Barros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.03.2025, proferido no Processo n.º 30454/22.8T8LSB-A.L1-8, Relatora: Fátima Viegas. Em sentido oposto, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.10.2020, proferido no Processo n.º 8963/16.8T8ALM-A.L1.S1, Relator: Olindo Geraldes. Todos os acórdãos encontram-se acessíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

Naufragando, assim, o primeiro argumento esgrimido pela Caixa Portuguesa, S.A. e, detendo-nos, em seguida, sobre a segunda questão de direito suscitada por aquela instituição de crédito no seu arrazoado de objeções à posição assumida por Dorinda e Eusébio, importa aquilatar quem é, afinal, "aderente" nos termos e para os efeitos dos arts. 5.º e 6.º da LCCG.

b) *Os fiadores como "aderentes" nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*

Em linha com uma corrente jurisprudencial mais longínqua que se posicionava no sentido da exclusão do fiador da definição de "aderente"([12]), a Caixa Portuguesa, S.A. advoga que os fiadores não são partes do contrato de mútuo por adesão, antes meros garantes do cumprimento das obrigações a cargo da devedora principal, dado que o contrato foi unicamente proposto pelo predisponente a Bárbara e apenas esta o aceitou em bloco, sendo a intervenção acessória de seus pais juridicamente autónoma, até porque o objeto da obrigação assumida pelos devedores fidejussórios não se confunde com o da obrigação afiançada. Acrescentava, ainda, a mesma tese, aplicada ao caso vertente, que a perfeição do contrato de mútuo se bastava com o acordo alcançado entre credor e devedor principal, a quem se destinava diretamente o programa contratual gizado pelo primeiro, pelo que seria contrária à proibição de aplicação analógica de normas excecionais (art. 11.º do Código Civil) qualquer tentativa de alargar o universo de sujeitos destinatários de normas que preveem deveres [ou ónus([13])] pré-contratuais qualificados([14]) aos fiadores.

([12]) Formada, designadamente, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.03.2005, proferido no Processo n.º 858/2005-8, Relator: Ilídio Sacarrão Martins, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.09.2007, proferido no Processo n.º 4890/2007-7, Relator: Luís Espírito Santo, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.04.2008, proferido no Processo n.º 08A727, Relator: Silva Salazar, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05.06.2008, proferido no Processo n.º 4032/2008-6, Relatora: Fernanda Isabel Pereira, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25.11.2008, proferido no Processo n.º 939/03.1TBFIG.C1, Relator: Falcão de Magalhães, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.11.2009, proferido no Processo n.º 4846/ /05.5TJLSB.L1-6, Relatora: Fátima Galante, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.11.2012, proferido no Processo n.º 4590/08.1TBVFX-A.L1-6, Relatora: Fátima Galante, e, ainda, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01.10.2014, proferido no Processo n.º 10610/ /11.5TBOER.L1-6, Relator: Tomé Almeida Ramião, todos acessíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

([13]) É conhecida a querela doutrinal em torno da melhor qualificação das posições jurídicas passivas do predisponente face ao aderente previstas nos arts. 5.º e 6.º da LCCG. Para Almeida, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 119, "(…) não é exacto dizer que uma

Não é este, porém, o entendimento hoje dominante nos nossos tribunais superiores, o que facilmente se compreende se se tiverem em devida consideração alguns dos principais corolários da regra de *acessoriedade* que constitui um traço característico — e o único imperativo([15]) — da fiança (art. 627.º, n.º 2 do Código Civil), os quais surgem bem sintetizados em douto Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.11.2009([16]): para além da regra de equiparação formal([17]) prevista no n.º 1 do art. 628.º do Código Civil, é de ressaltar, sobretudo, a relação de "dependência estrutural e funcional"([18]) que liga a obrigação fidejussória e a obrigação

---

das partes *deva* comunicar à outra os termos em que contratou. A comunicação constitui antes um *ónus* para quem pretenda a inclusão de um certo elemento no conteúdo contratual". Reiterando idêntico entendimento em *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, p. 204, acrescenta, nesta obra, que "[o] predisponente tem, além disso, um *dever de informação prévia* sobre o sentido e alcance das cláusulas contratuais gerais", o qual, quanto aos seus efeitos, se destaca do dever geral previsto no art. 227.º do Código Civil, "porque, em vez do dever de indemnizar, estabelece a cominação radical de ineficácia das cláusulas" (*idem*, pp. 205-206). Também Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I — Introdução. Da Constituição das Obrigações, 16.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 33-34 considera que "[e]stas exigências constituem apenas *ónus* cujo não cumprimento, mesmo que não culposo, acarreta sempre a consequência da exclusão das cláusulas contratuais gerais do contrato singular" [itálico nosso], embora, em seguida, não deixe de reconhecer que "é, porém, possível visualizar ainda a possibilidade de a sua violação acarretar danos à outra parte, pelo que, havendo culpa do utilizador de cláusulas contratuais gerais, se poderia equacionar a sua constituição no dever de indemnizar", o qual, todavia, ainda segundo o mesmo autor, "terá por fonte apenas a disposição do art. 227.º [do Código Civil], e não os arts. 5.º e 6.º da LCCG, que têm natureza estruturalmente distinta". Já Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, pp. 226-227, 266-268 e 306, considera que os arts. 5.º e 6.º da LCCG não consagram meros ónus, mas verdadeiras *obrigações*, não resultando afastada, em relação a qualquer daqueles deveres, a aplicação de uma "sanção indemnizatória" (além da exclusão das cláusulas contratuais gerais que resulta expressamente prevista no art. 8.º da LCCG) em caso de inadimplemento pelo predisponente, nos termos do regime geral da responsabilidade civil por culpa *in contrahendo* ou, sendo o lesado um consumidor, ao abrigo do art. 8.º, n.os 1 a 3 e 5 da LdC. Na proposta de resolução do caso prático, com arrimo na *littera legis*, utilizaremos as designações "dever de comunicação" e "dever de informação".

([14]) Melo, Daniel Bessa de, "Das Cláusulas Confirmatórias nos Contratos de Adesão. Perspetivas Acerca da Autorresponsabilidade do Aderente no Confronto dos Deveres de Informação do Predisponente", in *Revista Julgar (online*), dezembro de 2021, pp. 1-53, em especial pp. 32-33.

([15]) Isto porque a outra característica da fiança — a *subsidiariedade* —, consistente na possibilidade de invocação, pelo fiador, do benefício da excussão prévia é suscetível de renúncia expressa ou tácita (neste caso, quando o fiador assume a obrigação de *principal pagador*), cf. arts. 638.º e 640.º, alínea a), ambos do Código Civil, e, ainda que vigore o *benefitium*, ele só terá relevo se o fiador o quiser invocar (*ex facultate fideiussoris*) — cf. Gomes, Manuel Januário da Costa, "A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime", pp. 100-101.

([16]) Proferido no Processo n.º 4925/07.4TBVFR-A.P1, Relator: Filipe Caroço, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

([17]) Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 12.ª reimpressão da 7.ª ed. de 1997, Coimbra, Almedina, 2017, p. 482.

([18]) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantia das Obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 109.

principal, presente em todo o ciclo de vida da garantia pessoal, desde a sua constituição — a fiança não é válida se o não for a obrigação principal([19]) e o âmbito da dívida do fiador molda-se pelo conteúdo da obrigação principal [abarcando as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor([20])], verificando-se, as mais das vezes, uma identidade quantitativa e qualitativa entre as duas obrigações (podendo, é certo, a prestação do *fideiussore* — normalmente de natureza pecuniária — ser contraída por quantidade menor ou em condições menos onerosas, mas nunca em termos que superem a dívida afiançada) — até à sua extinção — a extinção da obrigação principal determina a extinção da fiança —, passando, inclusive, pelos meios de defesa que o fiador pode opor ao credor([21]) (tudo cf. arts. 631.º, 634.º, 637.º e 651.º, todos do Código Civil).

Ainda de acordo com a orientação hoje constante e pacífica do Supremo (e das Relações)([22]), o gérmen do conflito jurisprudencial a que se assistiu durante a primeira década do século em curso([23]) residia em

---

([19]) Salvo na eventualidade de a obrigação principal ser anulada por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor, caso em que a fiança pode não ver a sua validade afetada, assim o fiador conhecesse a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada (cf. art. 632.º, n.º 2 do Código Civil).

([20]) Compreendendo, pois, a reparação de prejuízos resultantes do incumprimento culposo ou a pena convencional que, porventura, se haja estipulado, a que se referem, respetivamente, os arts. 798.º e 810.º do Código Civil — cf. Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2009, p. 889, corpo e nota 1.

([21]) Salvo se forem incompatíveis com a obrigação fidejussória, sob pena de o fiador incorrer num *venire contra factum proprium*.

([22]) Na qual se perfilam, nomeadamente, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01.06.2010, proferido no Processo n.º 1162/09.7TBPFR.P1, Relator: Ramos Lopes, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.07.2010, proferido no Processo n.º 3458/08.6TJCBR.C1, Relator: Carlos Gil, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2013, proferido no Processo n.º 6466/05.5TVLSB.L1-1, Relatora: Maria Adelaide Domingos, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.03.2014, proferido no Processo n.º 400/12.3TBCNF.P1, Relator: João Proença, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2015, proferido no Processo n.º 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, Relatora: Ana Paula Boularot, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08.02.2018, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1, Relatora: Margarida Sousa e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra, todos acessíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

([23]) No sentido da inoponibilidade, pelo fiador ao mutuante, do incumprimento dos deveres de comunicação e de informação previstos na LCCG enquanto meio de defesa próprio do garante, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.03.2005, proferido no Processo n.º 858/2005-8, Relator: Ilídio Sacarrão Martins, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.04.2008, proferido no Processo n.º 08A727, Relator: Silva Salazar, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05.06.2008, proferido no Processo n.º 4032/2008-6, Relatora: Fernanda Isabel Pereira, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25.11.2008, proferido no Processo n.º 939/03.1TBFIG.C1, Relator: Falcão de Magalhães, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.11.2009, proferido no Processo n.º 4846/05.5TJLSB.L1-6, Relatora: Fátima Galante; assumindo, já então, a tese oposta, o

diferentes formas de configuração da relação jurídica em que um sujeito assume pessoalmente, com todo o seu património([24]), a obrigação de satisfação do direito de crédito do credor: de um lado, uma construção redutora que identificava somente mutuante e mutuário como partes de um negócio jurídico bilateral de empréstimo; do outro lado, uma visão mais abrangente do conjunto contratual que, não distinguindo entre partes principais e acessórias, inclui o fiador como parte de uma relação trilateral([25]) e "ade-

---

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05.02.2002, proferido no âmbito do Recurso n.º 12954/01-7, Relator: Abrantes Geraldes, acessível na *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XXVII, Tomo I — 2002, Coimbra, Associação de Solidariedade Social "Casa do Juiz", pp. 98-101, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.04.2003, proferido no âmbito do Recurso n.º 10366/02-2, Relatora: Graça Amaral, também acessível na *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XXVIII, Tomo II — 2003 Março/Abril, pp. 120-122, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15.02.2005, proferido no Processo n.º 0520315, Relator: Alberto Sobrinho, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02.11.2006, proferido no Processo n.º 8488/2006-8, Relator: Salazar Casanova, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.11.2006, proferido no Processo n.º 0634738, Relator: Amaral Ferreira, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16.11.2006, proferido no Processo n.º 0635482, Relator: Amaral Ferreira, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.12.2006, proferido no Processo n.º 12138/2005-6, Relator: José Eduardo Sapateiro, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.05.2009, proferido no Processo n.º 5651/04.1TVPRT.P1, Relator: Manuel Pinto dos Santos, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.11.2009, proferido no Processo n.º 4925/07.4TBVFR-A.P1, Relator: Filipe Caroço, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.11.2009, proferido no Processo n.º 4242/06.7TVLSB.C1, Relator: Jorge Arcanjo. Todos os acórdãos sem outra indicação encontram-se acessíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

([24]) Embora seja possível, por convenção das partes, limitar a responsabilidade do fiador a alguns dos seus bens no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida (cf. art. 602.º do Código Civil) — cf. Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 889.

([25]) Como nota Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantia das Obrigações*, p. 108, "[a]pesar de a fiança ser normalmente originada num contrato entre duas partes, ela é sempre elemento de uma relação trilateral entre o fiador, o credor e o devedor". E prossegue o mesmo autor: "Efetivamente, o devedor e o fiador têm que ser pessoas diferentes, já que seria sem valor alguém se vincular como fiador de uma dívida própria, uma vez que o devedor já responde com todo o seu património pelas obrigações que contraiu. Já o credor da obrigação principal tem necessariamente que ser o mesmo credor da obrigação do fiador, sem o que a fiança perderia a sua função de garantia". A propósito da trilateralidade da situação fidejussória, Bastos, Miguel Brito, "Deveres acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V (2013), n.os 1-2, Coimbra, Almedina, pp. 181-281, em especial pp. 185-186, refere que "[n]a configuração mais frequente no tráfego, a fiança é prestada pelo fiador em execução de um contrato, ou de um acordo carecido de vinculatividade jurídica, previamente celebrado com o devedor, mediante o qual este último se vincula, perante o primeiro, a garantir uma ou várias obrigações suas perante o credor. Nesta configuração, a constituição da situação triangular de fiança dá-se através da celebração cumulativa de três negócios diferentes: o negócio constitutivo da relação de valuta, o negócio celebrado entre devedor principal e fiador, e o contrato de fiança *proprio sensu* celebrado entre o fiador e o credor. Existe interação negocial entre todos os intervenientes. No caso de a promessa de fiança feita pelo fiador ao devedor principal ser desprovida de vinculatividade jurídica, essa constituição passa necessariamente pela celebração de dois negócios jurídicos e de um acordo vinculativo perante ordens normativas extrajurídicas, havendo, contudo, entre esses sujeitos uma interação para-negocial. Este *iter* constitutivo da situação fidejussória, ainda que predominante no comércio jurídico,

rente", tal como o mutuário, às cláusulas contratuais gerais que definem e delimitam o crédito garantido — e, por conseguinte, o risco assumido — por meio de fiança.

Sendo a segunda visão aquela que, considerando a relação de acessoriedade entre a obrigação assumida por Dorinda e Eusébio como fiadores e a contraída por Bárbara para com a Caixa Portuguesa, S.A., de facto, melhor reflete o complexo obrigacional previsto no conjunto de todo o clausulado do contrato de mútuo, é de acrescentar, a este propósito, que inexiste justificação atendível para tratar, diversamente, os casos em que os garantes pessoais subscrevem o mesmo instrumento através do qual se constituiu o mútuo bancário — como sucede na situação em apreço — ou se vinculam àquele contrato por meio de um documento autónomo que para ele remete([26]).

De resto, pode identificar-se uma terceira linha de força para sufragar a aplicação, mesmo que por extensão, dos arts. 5.º e 6.º da LCCG ao fiador: como enfatiza Manuel Januário da Costa Gomes, a fiança é "um negócio de risco para o prestador de garantia"([27]), sendo mesmo "um dos tipos contratuais que recebem o seu específico sentido e fim (*Sinn und Zweck*) do elemento risco"([28]), o qual não é equiparável à álea que subjaz a todo e qualquer vínculo obrigacional, antes se revela "um risco anormal, já que o fiador pode ter que ser chamado a suportar o esforço de satisfação do credor, sem que lhe possa exigir qualquer correspectivo, correndo, depois, por sua conta, o subsequente esforço de obter, junto do devedor, *grosso modo*, a reintegração do que realizou, sem ter certezas quanto à respectiva efectivação"([29]).

Donde decorre, afinal, que, mais até do que por apelo a um argumento de identidade de razão (*a pari*), será mesmo a partir de uma interpretação assente num argumento de maioria de razão (*a fortiori*) que deve

---

não corresponde, como é pacífico, ao cumprimento de qualquer condição de validade. Nada impede que a fiança seja constituída através de contrato trilateral celebrado simultaneamente entre credor, devedor e fiador. Também aqui, e como é evidente, existe necessariamente interação negocial entre as três partes da situação fidejussória".

([26]) Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2013, proferido no Processo n.º 6466/05.5TVLSB.L1-1, Relatora: Maria Adelaide Domingos; aparentemente em sentido contrário, surge-nos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.11.2009, proferido no Processo n.º 4846/05.5TJLSB.L1-6, Relatora: Fátima Galante.

([27]) Gomes, Manuel Januário da Costa, "A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime", p. 90.

([28]) *Idem,* p. 95, a partir do ensinamento de Henssler, Martin, "Risiko als Vertragsgegenstand", in *Jus Privatum*, 6, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, pp. 14-15.

([29]) *Idem*, *ibidem*.

concluir-se pela necessidade de integração do fiador no espectro de proteção das normas que integram o sistema de "regras de caráter formal-procedimental"([30]) do Capítulo II da LCCG. Tanto mais se, como resulta do segmento contratual posto em causa por Dorinda e Eusébio, os fiadores surgirem ao lado do devedor como "principais pagadores" e se responsabilizarem, em primeira linha, por "uma obrigação alheia cujas vicissitudes no decurso do cumprimento ele[s] não controla[m]"([31]).

Tomando de empréstimo, com a devida vénia, as palavras do douto Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.05.2009([32]), «*(...) que diferença qualitativa existe entre um devedor principal e um fiador que renunciou ao benefício da excussão prévia no relacionamento com o credor? Parece-nos que nenhuma, pois ambos respondem solidariamente e em pé de igualdade perante este, em caso de mora ou incumprimento contratual por parte do devedor principal (a questão da sub-rogação do fiador que cumpre a obrigação, estabelecida no art. 644.º do CCiv., só se coloca na relação fiador — devedor, e em nada colide com o que acaba de referir-se), sendo certo que enquanto este último (o devedor principal) até obteve algum benefício do contrato por ter usado e fruído da "coisa" que do mesmo foi objecto (até ao momento em que o credor procedeu à respectiva resolução contratual), tal já não acontece com o fiador que apenas contrai obrigações ao afiançar a dívida do mesmo*».

Colocada, desta forma, em evidência a posição de acentuada fragilidade do fiador, "mais gravosa do que a posição dos devedores, pois que, ao contrário destes, não obteve qualquer benefício, designadamente pela utilização da quantia mutuada"([33]), parece-nos de meridiana clareza a conclusão de que "as razões que estiveram na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente transponíveis para a fiança acoplada a tais contratos"([34]). Razões essas que podem

---

([30]) Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 370.

([31]) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02.11.2006, proferido no Processo n.º 8488/2006-8, Relator: Salazar Casanova.

([32]) Proferido no Processo n.º 5651/04.1TVPRT.P1, Relator: Manuel Pinto dos Santos.

([33]) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.11.2009, proferido no Processo n.º 4925/07.4TBVFR-A.P1, Relator: Filipe Caroço.

([34]) Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.11.2006, proferido no Processo n.º 0634738, Relator: Amaral Ferreira, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16.11.2006, proferido no Processo n.º 0635482, Relator: Amaral Ferreira, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.11.2009, proferido no Processo n.º 4925/07.4TBVFR-A.P1, Relator: Filipe Caroço, e, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2013, proferido no Processo n.º 6466/05.5TVLSB.L1-1, Relatora: Maria Adelaide Domingos, todos na esteira de Gomes, Manuel

encontrar-se no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, do qual se extrai, a respeito do problema suscitado pelos contratos redigidos unilateralmente com recurso a técnica das cláusulas contratuais gerais, o seguinte trecho significativo: "[a]í se encontrou estímulo para um articulado desenvolto, inclusive, abrangendo situações que ultrapassam os meros consumidores ou utentes finais de bens e serviços. Encarou-se a questão das cláusulas contratuais gerais com abertura. À jurisprudência e à dogmática jurídica pertence extrair todas as virtualidades dos dispositivos legais agora sancionados. Aquelas não ficam, de resto, como se impõe, encerradas num sistema rígido que tolha a consideração de novas situações e valorações de interesses, resultantes da natural evolução da vida".

Concorrendo, deste modo, o elemento racional (ou teleológico) e o elemento histórico da hermenêutica jurídica em sentido favorável à conclusão já adiantada, há espaço, por último, para lançar mão de outra regra de exegese nos textos legais que brota do art. 9.º do Código Civil, vocalizada pelo brocardo latino "onde a lei não distingue, o intérprete não deve distinguir" (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*): na verdade, bem vistas as coisas, o preceito do art. 5.º, n.º 1 da LCCG refere-se, simplesmente, a "aderentes", não introduzindo qualquer distinção entre "aderentes principais" e "aderentes acessórios", e a regra do art. 6.º do mesmo compêndio alude à "outra parte" (por referência, claro, ao "contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais"), também aqui sem esta-

---

Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coleção Teses de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 103-104, quando aí refere que "(…) a utilização da solidariedade passiva para um fim de garantia não pode abrir mão da necessidade de "garantir" que o novo devedor (secundário) está informado do conteúdo da sua vinculação, independentemente de, ao caso concreto, ser ou não aplicável a regulamentação das cláusulas contratuais gerais. Por outras palavras, deve o aproveitamento da solidariedade passiva para fins de garantia ser controlado pela necessidade de ser assegurado que o devedor solidário em garantia sabe que não está a prestar (uma simples) fiança, ou seja, que se está a desviar — perigosamente — do modelo de garantia pessoal regulado na lei". E mais acrescenta, na mesma obra e local, nota 427, que «[a] aplicação das regras das cláusulas contratuais gerais revela-se de particular e decisiva importância para a caracterização da garantia no âmbito das relações de empresas (v.g. bancos) com particulares: independentemente da aplicação doutros aspectos de regime, a "opção", por parte do predisponente, por uma solidariedade passiva, nos casos em que o particular não tem interesse na operação e que, tradicionalmente — de acordo com a ideia que o comum dos cidadãos tem destas operações — são "resolvidas" com fianças, corporizará a utilização duma *cláusula-surpresa* [art. 8/*c*) LCCG]». Também na doutrina, pronunciando-se favoravelmente à aplicação, mesmo que por extensão, dos arts. 5.º e 6.º da LCCG ao fiador, *vide* Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos I — Conceito. Fontes. Formação*, p. 204, Antunes, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 133-134 e 157, e Barros, José Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Anotado e Comentado*, pp. 74-75 e 86.

belecer destrinça alguma entre "parte principal" e "parte acessória"([35]). Nem o elemento literal constitui, afinal de contas, um óbice à aplicação dos arts. 5.º e 6.º da LCCG aos demais co-responsáveis pelo cumprimento da obrigação do devedor principal.

Ainda que se conceda que, numa visão espartilhada do quadro negocial, "o fiador, sendo devedor, é-o de uma dívida própria: a dívida de fiança ou dívida fidejussória"([36]) e, como tal, "a sua relação (de interioridade obrigacional) se constitua relativamente ao devedor, este sim o portador da relação principal perante o credor"([37]), uma análise global e unitária do acordo encimado de "Compra e Venda e Mútuo com Hipoteca e Fiança", que retrata mais fielmente a dependência genética, funcional e extintiva da fiança em relação à obrigação principal, conduz-nos a que sejamos da opinião que "os deveres de comunicação e de informação decorrentes da LCCG abrangem as cláusulas das quais resultam obrigações para o fiador, sendo irrelevante que as mesmas tenham como destinatário principal e originário o devedor principal"([38]).

Neste conspecto, passemos, de pronto, à apreciação da terceira questão levantada pela Caixa Portuguesa, S.A. na alegação produzida em defesa da correção do seu ponto de vista. Partindo, em coerência com o que antecede, do entendimento de que mutuante, mutuário e fiador se acham ligados por um contrato trilateral (no caso, síncrono, na medida em que a adesão do fiador foi simultânea ao acordo entre os dois primeiros sujeitos intervenientes enunciados), cumpre aquilatar *se* e *em que medida* pode um fiador ficar investido na qualidade de consumidor.

([35]) Assim, também, os já referidos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 19.05.2009 e de 12.11.2009, proferidos, respetivamente, nos Processos n.º 5651/04.1TVPRT.P1 (Relator: Manuel Pinto dos Santos) e n.º 4925/07.4TBVFR-A.P1 (Relator: Filipe Caroço).

([36]) Gomes, Manuel Januário da Costa, "A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime", p. 83, dissentindo do entendimento dominante — como o próprio reconhece — para o qual o fiador é devedor de uma dívida alheia, a dívida do devedor principal. Para o autor, embora a dívida de fiança se encontre "moldada *per relationem*" nos termos da dívida principal, tal peculiaridade «não transforma o fiador em devedor da prestação do devedor principal ou num mero "responsável pelo cumprimento da obrigação do devedor"; o fiador só é responsável pelo cumprimento da obrigação do devedor na medida em que, sendo o devedor responsável, ele assumiu um dever de cumprir especialmente conotado com o dever de cumprir do devedor. O fiador passa a dever o mesmo (o *idem*) que deve o devedor e não aquilo (*id*) que por este é devido».

([37]) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.01.2014, proferido no Processo n.º 6466/ /05.5TVLSB.L1.S1, Relator: Gabriel Catarino, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

([38]) Assim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2015, proferido no Processo n.º 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, Relatora: Ana Paula Boularot e, na sua esteira, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra.

c) *Os fiadores como "consumidores" nos termos e para os efeitos da Lei n.º 24/96, de 31 de julho*

Se atentarmos na legislação e regulamentação específica que vigoravam à data da celebração do acordo em causa na situação vertente — nomeadamente, o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro([39]), o Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2010([40]) e a Instrução do Banco de Portugal n.º 45/2012([41]) —, não se identifica qualquer menção ao "consumidor" como destinatário da normação que regulava, então, os deveres de informação a observar pelas instituições de crédito na negociação e celebração de contratos de crédito à habitação, mas tão-somente alusões ao "interessado"([42]) e ao "cliente"([43]), que, como é manifesto, têm em vista a pessoa do mutuário.

Já não assim no instrumento de Direito derivado da União Europeia que veio a ser transposto pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho (em vigor desde 01.01.2018([44]) e até aos dias de hoje) — a Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação([45]) —, onde a definição de "consumidor" se prevê por remissão

---

([39]) Estabelece o regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria. Os seus arts. 5.º, 6.º, 7.º-A, 7.º-B, 18.º a 22.º, 23.º-B, 24.º, 28.º-A e 30.º-A foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho — cf. art. 46.º, n.º 1, alínea *a*) deste diploma —, que contém, hoje, em larga medida, o regime jurídico aplicável aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados a habitação.

([40]) Publicado na 2.ª Série do *Diário da República*, de 16 de abril de 2010. Estabelecia deveres mínimos de informação a observar pelas instituições de crédito na negociação, celebração e vigência de contratos de crédito à habitação e de crédito conexo. Foi revogado pelo Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2017.

([41]) Publicada no *Boletim Oficial do Banco de Portugal*, de 17 de dezembro de 2012. Estabelecia que a informação pré-contratual que as instituições de crédito estavam obrigadas a prestar aos seus clientes nos termos previstos no art. 4.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 2/10 devia ser prestada através de Ficha de Informação Normalizada (FIN), de acordo com o modelo constante de Anexo à Instrução. Também foi revogada pelo Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2017, publicado na 2.ª Série do *Diário da República*, de 22 de setembro de 2017.

([42]) Arts. 4.º, alínea *a*), 7.º, n.º 2, 8.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), 11.º, n.º 7, alínea *b*) do Decreto-Lei n.º 349/98, definido, pelo primeiro dos preceitos destacados do referido diploma, como "toda a pessoa que pretenda adquirir, construir e realizar obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação para habitação permanente, secundária ou para arrendamento ou adquirir terreno para construção de habitação própria permanente".

([43]) Arts. 2.º, alíneas *e*), *h*), *i*), *o*), *p*) e *q*), 3.º, n.º 1, 4.º, n.os 1, 2 e 5, 5.º, n.º 1, 6.º, alínea *h*), 7.º, n.º 1, proémio e alíneas *f*) e *g*) e n.os 2, 3 e 5 e 8.º, n.os 1 a 3 do Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2010. Também o n.º 1 da Instrução do Banco de Portugal n.º 45/2012.

([44]) Art. 47.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 74-A/2017.

([45]) Entretanto revogada pela Diretiva (UE) 2023/2225 do Parlamento Europeu e do Conse-

expressa para o art. 3.º, alínea *a*), da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores (transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho), correspondendo, desta forma, à "pessoa singular que, nas transações abrangidas pela presente diretiva, atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais".

E se é certo que a referência ao "consumidor" nos dois principais diplomas indígenas que disciplinam a concessão de crédito aos consumidores tem em ponto de mira o devedor principal que preenche os elementos subjetivo e teleológico (ou finalístico) que notabilizam o conceito operatório chave para a caracterização de uma relação jurídica (como sendo) de consumo, não menos verdade é que em ambos os textos legais se assumiu expressamente como desígnio — sem que as Diretivas transpostas o impusessem — alargar ao fiador medidas destinadas a promover o conhecimento efetivo do projeto negocial ou já do clausulado a que mutuário e garante se acabam de vincular:

— no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, que mais releva para o nosso caso prático [e não descurando que as suas normas sobre o conteúdo das relações obrigacionais, uma vez entradas em vigor, são de aplicação imediata — cf. art. 12.º, n.º 2 do Código Civil(46)], "considerando a frequência com que, no mercado hipotecário português, se recorre à garantia da fiança, estende-se, em alguma medida, esta proteção também ao consumidor que atua enquanto fiador — e que também assume um compromisso financeiro" (como pode ler-se no seu Preâmbulo), estabelece-se, imperativamente, que "[n]os casos em que, nos termos da proposta contratual a apresentar ao consumidor, o crédito deva ser garantido por fiança, o mutuante deve entregar simultaneamente a cópia da FINE(47) e da minuta do contrato ao fiador e prestar-lhe as explicações adequadas, assegurando-lhe um período mínimo de refle-

---

lho, de 18 de outubro de 2023, sobre os contratos de crédito aos consumidores, com efeitos a partir de 20.11.2026 (art. 47.º da Diretiva (UE) 2023/2225).

(46) Como nota Duarte, Rui Pinto, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017): Uma Apresentação*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 8, pelo que as regras sobre relações obrigacionais previstas no Decreto-Lei n.º 74-A/2017 se aplicam a todos os contratos que integram o âmbito de aplicação daquele diploma celebrados antes de 01.01.2018 — cf. o seu art. 47.º, n.º 1 — e que se mantiveram em vigor para além dessa data.

(47) Ficha de Informação Normalizada Europeia, cujo modelo, instruções a adotar no preenchimento do referido modelo e conteúdo da Informação Adicional a disponibilizar ao consumidor foram aprovados pela Instrução do Banco de Portugal n.º 19/2017.

xão igual ao previsto no número anterior([48]), antes da celebração do contrato de crédito" (art. 13.º, n.º 6);

— por sua vez, no Decreto-Lei n.º 133/2009, prescreve-se que "[t]odos os contraentes, incluindo os garantes, devem receber um exemplar do contrato de crédito, sendo que, no caso de contratos de crédito celebrados presencialmente, o exemplar deve ser entregue no momento da assinatura do contrato de crédito", uma exigência que, se inobservada em relação ao garante, importa a nulidade da garantia (cf. arts. 12.º, n.º 2 e 13.º, n.º 2).

Estas são manifestações legislativas de uma preocupação de proporcionar ao fiador um tratamento idêntico ao do cliente do mutuante([49]) e que, por isso, salvo melhor opinião, concorrem favoravelmente no sentido da atribuição, por equiparação, da qualidade de consumidor ao *fideiussore*.

A tal não se opõe a definição de consumidor adotada nos dois instrumentos normativos nacionais a que nos vimos referindo (decalcada da definição da Diretiva 2008/48/CE)([50]), que permite nela abrigar o garante pessoal, nem sequer aqueloutro conceito plasmado no n.º 1 do art. 2.º da LdC([51]), desde que, como nos parece que não pode deixar de ser, se encare a formulação do elemento objetivo ("[a quem] sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos") na sua redação como visando alcançar toda e qualquer relação jurídica de consumo (no

---

([48]) Onde se prevê um período de reflexão mandatório, antes da celebração do contrato de crédito, de 7 (sete) dias contados a partir da data da apresentação da proposta contratual pelo mutuante-profissional ao mutuário-consumidor.

([49]) Idênticas manifestações podiam encontrar-se no Projeto de 2008 de *Código do Consumidor* elaborado pela Comissão presidida pelo Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro, cf. art. 316.º, por via do qual se promovia uma extensão do regime previsto nos arts. 283.º a 288.º (dever de cuidado na concessão de crédito; dever de prestação de informações pré-contratuais, dever de esclarecimento e assistência; requisitos de forma) e no art. 295.º (direito de arrependimento) ao contrato de fiança destinado a garantir a satisfação de créditos resultantes dos contratos de crédito previstos na Secção II do Capítulo II do Título V do Código, com as necessárias adaptações. O Projeto de Código do Consumidor encontra-se acessível em linha no endereço <https://cdc.fd.uc.pt/wp-content/uploads/2024/03/ProjectodoCodigodoConsumidor-Junho2008.pdf>.

([50]) Art. 4.º, n.º 1, alínea *d*) do Decreto-Lei n.º 74-A/2017 e art. 4.º, n.º 1, alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 133/2009, onde pode ler-se que, para efeitos de cada um dos diplomas, "consumidor" é "a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional".

([51]) Nos termos do art. 2.º, n.º 1 da LdC, "[c]onsidera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios".

caso, o contrato de mútuo com hipoteca e fiança encarado como relação plurilateral, reitera-se), sem qualquer restrição sobre o seu âmbito de aplicação material segundo o tipo de contrato de consumo em causa.

Ademais, e com especial relevo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, vinculativa para todos os órgãos jurisdicionais nacionais, já se pronunciou no sentido que aqui preconizamos.

Concretizando: no Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.03.1998, proferido em sede de reenvio prejudicial, no caso *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG contra Edgar Dietzinger*([52]), depois de sublinhar "o estreito vínculo entre o contrato de crédito e a fiança que garante a sua execução, bem como o facto de a pessoa que se compromete a garantir o reembolso de uma dívida poder ter a qualidade de co-devedor solidário ou de fiador" (n.º 20), o órgão jurisdicional máximo da União veio abrir caminho ao tratamento do fiador como "consumidor" (no caso, então, para efeitos da Diretiva 85/577/CEE, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais), fazendo depender, todavia, tal representação pelo intérprete-aplicador do preenchimento cumulativo de dois requisitos: *primo*, em harmonia com a definição europeia de consumidor, o fiador tem de ser uma pessoa singular que "se comprometeu com objectivos que podem ser considerados alheios à sua actividade profissional"; *secondo*, a fiança tem de ser "acessória a um contrato pelo qual um consumidor se comprometeu, (…), em relação a um comerciante para dele obter bens ou serviços" (n.º 22)([53]).

Revertendo, de novo, à situação de que aqui curamos, não subsistem dúvidas acerca da verificação dos dois pressupostos pela *fiança intrafamiliar*([54]) prestada por Dorinda e Eusébio a favor de Bárbara, sua filha, para contratação, por esta, de um crédito destinado à aquisição de um imóvel

---

([52]) Processo C-45/96, acessível em <http://curia.europa.eu/>.

([53]) Seguimos aqui, de perto, Oliveira, Nuno Manuel Pinto, "O caso das fianças revisitado: em torno do acórdão do STJ de 9 de julho de 2015)", in *Revista Julgar (online*), setembro de 2016, pp. 1-59, em especial pp. 37 e 56-57.

([54]) No mesmo artigo científico, criticando a posição que fez vencimento no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2015, proferido no Processo n.º 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, Relatora: Ana Paula Boularot, Nuno Pinto Oliveira conclui que o referido aresto, "ao pretender que as fianças prestadas *dentro* da família são em tudo semelhantes às fianças prestadas *fora* da família — ao considerar que as fianças *intrafamiliares* eram em tudo semelhantes às fianças *extrafamiliares* —, está a pretender uma *reformalização* do conceito de autonomia privada, tornando-o *insensível* aos *contextos de facto (contextos sociais) em que a autonomia há-de concretizar-se*". E remata de forma contundente: "[o]ra uma *afirmação formal* do *princípio da autonomia privada*, insensível aos contextos de facto em que a autonomia há-de realizar-se, significa (só) a sua *negação*" (*idem*, p. 59).

para habitação própria permanente. Assim sendo, não assiste mais uma vez razão à Caixa Portuguesa, S.A., pelo que o melhor entendimento passa por considerar pertinente a convocação dos arts. 8.º, n.º 1, alíneas *a*) e *i*) e 9.º, n.º 1 da LdC([55]), em benefício da adoção de uma decisão *livre* e *esclarecida* pelos garantes([56]).

d) *O cumprimento dos deveres de comunicação e de informação previstos nos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro em relação ao devedor fidejussório*

Aqui chegados, impõe-se escalpelizar o quarto argumento cogitado pelo mutuante para infirmar a posição assumida pelos fiadores na sua missiva, o qual se reconduz a uma controvérsia que animou o nosso mais alto tribunal e deu azo, inclusive, à prolação de uma decisão em sede de recurso de revista excecional, concretamente, o douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça([57]) de 17.11.2020([58]).

Em síntese, a magna questão dirimida no aresto consistiu em saber se os deveres de comunicação e de informação a cargo da instituição de crédito, enquanto predisponente de um contrato de adesão composto por cláu-

---

([55]) Em sentido contrário, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2015, proferido no Processo n.º 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, Relatora: Ana Paula Boularot, com a (escassa) motivação que ora se reproduz: "(…) a Recorrida não é consumidora, na verdadeira asserção do termo, por isso não lhe sendo aplicável, quer aquela específica legislação [no caso, o Decreto-Lei n.º 133/2009], porquanto a mesma afasta expressamente a compra e venda de imóveis, nem tão pouco lhe são aplicáveis as normas decorrentes da Lei de Defesa do Consumidor, Lei 24/96, de 31 de Julho".

([56]) Afinal, na formulação lapidar de Monteiro, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coleção Teses de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 1989, p. 359, "[u]ma decisão verdadeiramente livre tem de ser esclarecida". De resto, como nota Oliveira, Nuno Manuel Pinto, "O caso das fianças revisitado: em torno do acórdão do STJ de 9 de julho de 2015)", p. 38, "(…) há alguma *semelhança* entre a protecção do *consumidor* e a protecção do *fiador*: em *contratos de consumo* e em *contratos de garantia concluídos no contexto de relações familiares*, há ou, pelo menos, pode haver uma *afectação considerável da possibilidade fáctica de autodeterminação*". E o princípio da autodeterminação surge, em ambos os casos, como fundamento dos deveres de informação que recaem sobre o profissional e o credor fidejussório em benefício da formação de uma vontade esclarecida pelo sujeito ativo dos deveres, sendo "indiferente" a existência (ou não) de uma "situação subjetiva de confiança na transmissão dessa informação no espírito do beneficiário" — cf. Bastos, Miguel Brito, "Deveres acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador", pp. 213-219.

([57]) A que nos referiremos, doravante, através da sigla "STJ".

([58]) Proferido no Processo n.º 8963/16.8T8ALM-B.L1.S1, Relatora: Maria Clara Sottomayor, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

sulas contratuais gerais, entre as quais figurava a cláusula relativa à renúncia ao benefício da excussão prévia, se devem ter por cumpridos por via da declaração constante da escritura, da autoria de oficial dotado de fé pública [arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1 do Código do Notariado([59])], que atesta a leitura e explicação, pelo notário, do seu conteúdo aos outorgantes([60]).

Numa tentativa de exposição das posições flutuantes superiormente reveladas pelos acórdãos em confronto naquela revista excecional, principiamos por aquela que, na prática, considera que o cumprimento, pelo notário ou outro oficial provido de fé pública, dos deveres previstos nos arts. 46.º, n.º 1, alínea *l*), 50.º, n.os 1 e 3 e 64.º, n.º 3, todos do Código do Notariado([61]), constitui um sucedâneo dos arts. 5.º e 6.º da LCCG (e dos arts. 8.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1 da LdC), pelo que o predisponente do programa contratual padronizado pode prevalecer-se da força probatória plena do documento autêntico (arts. 363.º, n.º 2, 371.º, n.º 1, 1.ª parte do Código Civil), tão-só ilidível com base na sua falsidade (art. 372.º do Código Civil) para arredar a possibilidade de uma situação patológica de inadimplemento, pelo mesmo, daquelas regras pré-negociais([62]/[63]).

([59]) Aprovado e publicado em Anexo ao Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de agosto.

([60]) Desta forma se cumprindo, na perspetiva da instituição de crédito, o ónus de prova da comunicação adequada e efetiva das cláusulas contratuais gerais, tal como expressamente previsto no n.º 3 do art. 5.º da LCCG.

([61]) ***Artigo 46.º (Formalidades comuns)***

1 — O instrumento notarial deve conter:

(...) l) A menção de haver sido feita a leitura do instrumento lavrado, ou de ter sido dispensada a leitura pelos intervenientes, bem como a menção da explicação do seu conteúdo; (...).

Artigo 50.º (Leitura e explicação dos atos)

1 — A leitura prevista na alínea l) do n.º 1 do art. 46.º é feita pelo notário, ou por oficial perante o notário, em voz alta e na presença simultânea de todos os intervenientes. (...)

3 — A explicação do conteúdo dos instrumentos e das suas consequências legais é feita pelo notário, antes da assinatura, em forma resumida, mas de modo que os outorgantes fiquem a conhecer, com precisão, o significado e os efeitos do ato.

Artigo 64.º (Documentos complementares)

(...) 3 — Os documentos a que se referem os números anteriores devem ser lidos juntamente com o instrumento e rubricados e assinados pelos outorgantes a quem diretamente respeitem, que possam e saibam fazê-lo, e pelo notário, sem prejuízo do disposto no art. 51.º. (...).

([62]) Posição esta seguida, nomeadamente, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.11.2017, proferido no Processo n.º 7429/13.2TBVNG-A.P1, Relator: José Manuel de Araújo Barros, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/ /14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.10.2020, proferido no Processo n.º 8963/16.8T8ALM-A.L1.S1, Relator: Olindo Geraldes, e, ainda, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.01.2022, proferido no Processo n.º 520/ /19.3T8SRE-A.CL, Relatora: Maria João Areias, todos acessíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

([63]) Trata-se, pois, de uma hipótese com uma nuance não despicienda — mas não decisiva, adiantamos — em relação à *vexata quaestio* do valor probatório das cláusulas confirmatórias ou de

Escorando-se na ideia segundo a qual "*uma intervenção notarial na celebração de actos e negócios jurídicos impõe um correspondente grau de segurança e certeza jurídicos que não é compatível com uma abordagem jurisprudencial que, de alguma forma, coloque em causa, de modo*

---

confirmação comummente inseridas nos contratos de adesão. Sobre esta questão controvertida, merece realce a posição assumida por Monteiro, António Pinto, "A Resposta do Ordenamento Jurídico Português à Contratação Bancária pelo Consumidor", in *Boletim de Ciências Económicas — Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Vol. LVII, Tomo II, Coimbra, FDUC, 2014, pp. 2331--2332: para o insigne Mestre, "[u]ma declaração dessas, por si só, pode não chegar como meio de prova de que os deveres de informação (…) foram adequadamente cumpridos", porém, "também não pode ficar-se indiferente a ela, como se não existisse", daí que, na sua perspetiva, em obséquio ao princípio da autorresponsabilidade, a declaração de confirmação "*inverte*, em princípio, *o ónus da prova*: terá de ser o cliente, que assina uma declaração a dizer que lhe foram prestadas todas as informações de que necessitava, que conhece e compreende o sentido do contrato que celebrou e que está consciente dos riscos que corre, (…), a *ter de vir a provar o contrário do que afirma nessa declaração*". Muito embora o autor não o afirme terminantemente, ressalvando a necessidade de prudência e de uma aferição casuística nesta matéria — "devendo ser-se especialmente cauteloso se, por exemplo, o declarante afirma ter conhecido e compreendido perfeitamente expressões de elevada sofisticação e rigor técnico, que pressupõem, além do mais, uma importante formação económico-financeira, quando a formação dele não passou da instrução primária", refere mesmo —, com todo o respeito, que é muito, não podemos acompanhar tal entendimento, pois "se fossemos a admitir, como sufraga Pinto Monteiro, que uma declaração pelo qual um particular atesta ter tido conhecimento integral do programa contratual inverte o ónus da prova quanto ao cumprimento dos deveres pré-contratuais a cargo do predisponente, então estaríamos a assacar ao aderente a prova (diabólica) de um facto negativo (a não comunicação ou o desconhecimento das cláusulas que integram o contrato de adesão", pelo que "sempre esbarraríamos na proibição constante dos termos conjugados dos arts. 344.º, n.º 1, e 345.º, n.º 1, ambos do Código Civil, que vedam que por convenção *inter partes* se possa inverter o ónus da prova quando essa torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício da sua posição jurídica" — assim, Melo, Daniel Bessa de, "Das Cláusulas Confirmatórias nos Contratos de Adesão. Perspetivas Acerca da Autorresponsabilidade do Aderente no Confronto dos Deveres de Informação do Predisponente", pp. 48-49. Com este último autor, somos da opinião que "sempre que o contrato de adesão for, simultaneamente, um contrato de consumo, ancorar o valor probatório de uma declaração mediante a qual se atesta o conhecimento integral do contrato em causa no mero argumento (porventura fantasioso) de que é o produto da livre e espontânea vontade do declarante é, no mínimo, introduzir uma clara disfunção no sistema jurídico", porquanto "a espontaneidade da subscrição das cláusulas confirmatórias — elas mesmo de cariz manifestamente estandardizado — deve sempre ser encarada com algum ceticismo, especialmente diante contratos tecnicamente complexos, quer pelo seu objeto contratual, pela extensão das suas cláusulas ou pela forma como estas se apresentam redigidas" (*idem*, pp. 50-51). Donde, em conclusão, parece-nos que a posição mais prudente — chamando, nós também, a depor aquela virtude cardeal — passa por relevar as ditas declarações de confirmação como mero princípio de prova. Neste sentido concorre, aliás, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18.12.2014, proferido em sede de reenvio prejudicial, no âmbito do Processo C-449/13 (*CA Consumer Finance SA contra Ingrid Bakkaus e o.*), acessível em <http://curia.europa.eu/>, no qual se declarou que as disposições da Diretiva 2008/48/CE "se opõem a que, em razão de uma cláusula-tipo, o julgador deva considerar que o consumidor reconheceu a plena e correta execução das obrigações pré-contratuais que incumbem ao mutuante, uma vez que assim tal cláusula implica uma inversão do ónus da prova da execução das referidas obrigações suscetível de comprometer a efetividade dos direitos reconhecidos pela Diretiva", pelo que "essa cláusula-tipo constitui um indício que incumbe ao mutuante corroborar através de um ou mais elementos de prova relevantes" (n.º 30).

desequilibrado ou pouco exigente, o teor ou o conteúdo do que é atestado quanto à (...) representação e compreensão do que aí ocorreu e dos termos em que as partes se vincularam ao contratado"(64), para a posição que ora se expõe, forçoso é pressupor que os factos atestados pelo oficial público tiveram efetivamente lugar e, nessa medida, assumir que os todos os outorgantes ficaram cientes e informados do conteúdo e significado das estipulações vertidas no regulamento contratual genericamente predisposto, pois, de outra forma, estar-se-ia a contrariar a força probatória do instrumento notarial e a descaraterizá-lo enquanto documento autêntico, considerando que foram as próprias partes que pretenderam sujeitar o negócio a uma forma solene(65).

A conclusão por meio de um ato formal e solene encerra, ainda para a mesma tese, uma outra consequência lógica: a intensificação dos "*contra-deveres*" de diligência e de autorresponsabilização do aderente — correspetivos às obrigações que recaem sobre o predisponente(66) — quanto ao conhecimento e compreensão das cláusulas contratuais gerais a que o mesmo aceita vincular-se. Desta forma — prosseguindo com a corrente jurisprudencial em referência —, se, durante a leitura da escritura pública, o aderente exprime, de alguma forma percetível para o tabelião, que foi

---

(64) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra.

(65) Subscrevem tal ponto de vista o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.10.2020, proferido no Processo n.º 8963/16.8T8ALM-A.L1.S1, Relator: Olindo Geraldes, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.03.2025, proferido no Processo n.º 30454/22.8T8LSB-A.L1-8, Relatora: Fátima Viegas. Contra, Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 282, nota 839.

(66) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/ /14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra. Com o devido respeito por opinião diversa, esta convocação dos ditames da diligência e da autorresponsabilidade do aderente surge, amiúde, alheada do diferente envolvimento das partes na modelação do conteúdo do contrato. Ora, como salienta Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 287, "[a] imputação, por igual, a cada uma das partes, com fundamento na sua autonomia e auto-responsabilidade, do conteúdo contratual que declararam aceitar parte, todavia, do pressuposto de que os participantes no tráfego têm, em suficiente medida, efectiva possibilidade de tomar consciência e avaliar correctamente os riscos a que se expõem e de decidirem livremente quanto à sua vinculação. A imposição dos efeitos negociais decorre da possibilidade de autotutela dos interesses pessoais, de afirmação, perante a contraparte, de uma vontade própria a ter em conta na conformação do conteúdo do contrato". Porém, como nota o mesmo autor em seguida, "(…) essa situação presumida pelo princípio da autovinculação negocial não se verifica, tipicamente, na adesão a ccg [cláusulas contratuais gerais]", pelo que "(…) dentro do condicionalismo gerado pela contratação com base em ccg, da inteira iniciativa do seu utilizador, na prossecução de objectivos de racionalização e uniformização que lhe são próprios, o aderente vê-se impossibilitado, na prática, de cumprir os ónus de conduta negocial normalmente colocados às partes num contrato" (*idem*, p. 288).

surpreendido com a inclusão de alguma cláusula ou não apreendeu claramente o sentido e alcance de certa palavra ou locução, o notário "*deverá sustar o acto e conceder-lhe prazo para reflectir sobre o alcance da obrigação que vai assumir*"([67]).

Temos, pois, que, de acordo com o entendimento acabado de expender, os deveres pré-contratuais de comunicação e de informação, enquanto emanações do princípio da boa-fé pré-contratual [art. 227.º do Código Civil), ter-se-iam por observados com a leitura do instrumento notarial e do documento complementar — suscetível, em ambos os casos, de dispensa pelos intervenientes no ato de outorga da escritura pública (cf. arts. 50.º, n.º 2 e 64.º, n.º 4 do Código do Notariado([68])] — pelo notário, em momento imediatamente antecedente à assinatura do acordo, e com a prestação, por aquele, dos esclarecimentos solicitados pelos contratantes, não se impondo um "*ónus adicional de demonstração*"([69]) ao predisponente por conta dos comandos legais constantes da LCCG e da LdC.

Salvo melhor julgamento, cremos, em sintonia com a orientação que fez vencimento no douto Acórdão do STJ de 17.11.2020([70]), que a posição acima explanada incorre no equívoco de considerar sobreponíveis os deveres a cargo do notário e do utilizador de cláusulas contratuais gerais, quando, na verdade, um cotejo analítico dos preceitos já destacados do Código do Notariado e da legislação de proteção do aderente e consumidor obriga a uma conclusão diversa.

Quedando-nos, por ora, no domínio do confronto das exigências legais impostas por cada um dos blocos normativos, uma primeira consta-

---

([67]) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.11.2017, proferido no Processo n.º 7429/13.2TBVNG-A.P1, Relator: José Manuel de Araújo Barros.

([68]) ***Artigo 50.º (Leitura e explicação dos atos)***

(...) 2 — A leitura do instrumento lavrado pode ser dispensada se todos os intervenientes declararem que a dispensam, por já o terem lido ou por conhecerem o seu conteúdo, e se o notário não vir inconveniente. (...).

Artigo 64.º (Documentos complementares)

(...) 4 — A leitura dos documentos a que se referem os números anteriores é dispensada se os outorgantes declararem que já os leram ou que conhecem perfeitamente o seu conteúdo, o que deve ser consignado no texto do instrumento.

([69]) Novamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra.

([70]) Orientação esta adotada, igualmente, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2016, proferido no Processo n.º 4570/08.7TBVNG-A.P2, Relatora: Márcia Portela, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.09.2016, proferido no Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, Relator: Alexandre Reis (o acórdão-fundamento que desencadeou a revista excecional decidida no âmbito do Processo n.º 8963/16.8T8ALM-B.L1.S1), e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08.02.2018, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1, Relatora: Margarida Sousa.

tação que se impõe é a de que o dever de conteúdo positivo previsto no art. 5.º da LCCG não se satisfaz, de pleno, com a comunicação oral e na íntegra do regulamento contratual uniforme se forem descuradas as exigências legais quanto ao tempo (*quando*) e à forma (*quo modo*) que também se extraem do preceito do n.º 1 daquele artigo e diploma, quando aí se prescreve que "[a] comunicação deve ser realizada *de modo adequado* e com a *antecedência necessária*"(71). Socorrendo-nos da lição de Almeno de Sá, "[c]om efeito, a comunicação não só deverá ser completa, abrangendo a globalidade das condições negociais em causa, como deverá igualmente mostrar-se idónea para a produção de um certo resultado: tornar possível o real conhecimento das cláusulas pela contraparte. Deste modo, para além de ter de dar a conhecer ou transmitir ao parceiro contratual as condições gerais que pretende inserir no contrato, o utilizador deverá ainda preocupar-se com o modo como dá cumprimento a essa exigência, pois, sendo certo que este pode variar na sua configuração concreta, e mesmo no que concerne ao momento em que é realizado, permanece como fundamental o imperativo de proporcionar à contraparte a possibilidade de, razoavelmente, tomar conhecimento do clausulado"(72).

Por outras palavras, muito embora este dever de comunicação corresponda a uma obrigação de meios(73) (e não a uma obrigação de resultado), a atividade que é exigível ao predisponente para colocar o aderente em posição de poder conhecer o concreto teor das cláusulas contratuais gerais tem de ser aferida casuisticamente, em função da "importância do contrato" e da "extensão e complexidade das cláusulas", não devendo o primeiro, em qualquer caso, perder de vista a especial preocupação de salientar as estipulações que resultem mais desfavoráveis para o segundo(74), de

---

(71) Itálicos nossos. Sustentando, de igual modo, que "(…) a circunstância de o notário ter declarado ter lido e explicado as cláusulas do contrato não é susceptível de colmatar a falta de comunicação, já que esta exige alguma antecedência", surge-nos o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2016, proferido no Processo n.º 4570/08.7TBVNG-A.P2, Relatora: Márcia Portela.

(72) Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª ed. revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2001, p. 60.

(73) Costa, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 25. Não rejeitando esta qualificação, mas manifestando as suas reservas quanto à sua aparente linearidade, Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 268, enfatiza que na norma do n.º 2 do art. 5.º da LCCG "há um resultado caracterizado legalmente — a possibilidade de conhecimento —, o que não é comum nas obrigações de mera diligência", para, em seguida, assinalar que "a peculiaridade desta, relativamente às comuns obrigações de meios, reside no facto de a diligência exigível o ser em função e proporcionalmente ao resultado que tem de ser alcançado".

(74) Nunes, Pedro Caetano, "Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (coord. José Lebre de Freitas, Rui Pinto

molde a que se cumpra a finalidade tuteladora visada pela LCCG (e pela LdC) de "potenciar a formação consciente e ponderada da vontade negocial"([75]).

Neste seguimento, tal como se enfatizou no douto Acórdão do STJ de 13.09.2016([76]), à apreciação que venha a realizar-se sobre o cumprimento do dever de comum diligência que impende sobre o aderente de procurar inteirar-se do conteúdo do programa contratual que lhe foi proposto([77]) e em cuja preparação e redação não teve qualquer intervenção — indiscutivelmente também este um dever que decorre do princípio da boa-fé —, precede logicamente o exame da observância do dever de comunicação que onera a parte mais forte e obedece a "parâmetros qualitativos e quantitativos"([78]) que não se impõem ao notário. A não entender-se desta forma, na peugada do mesmo aresto, estar-se-ia, a final, a incorrer numa

---

Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira das Neves, Marta Tavares de Almeida), Vol. II, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 507-534, em especial p. 531.

([75]) Novamente nas palavras de Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, p. 234, «[p]retende-se, assim, criar os pressupostos de uma incorporação consciente das condições gerais no contrato singular. Não basta, neste contexto, a pura notícia da "existência" de cláusulas contratuais gerais, nem a sua indiferenciada "transmissão". Exige-se ainda que à contraparte do utilizador sejam proporcionadas condições que lhe permitam aceder a um real conhecimento do conteúdo, a fim de, se o quiser, formar adequadamente a sua vontade e medir o alcance das suas decisões", nunca olvidando que "não é o cliente quem deve, *por iniciativa própria*, tentar efetivamente conhecer as condições gerais" — em cumprimento de um suposto "*ónus de autoinformação*" —, mas "é ao utilizador que compete *proporcionar-lhe condições para tal*" (*idem*, p. 242). Neste sentido, como sintetiza Antunes, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, p. 132, "a apreciação do cumprimento do dever de comunicação não prescinde de uma análise casuística, ponderadas todas as circunstâncias concretamente relevantes na situação particular".

([76]) Proferido no Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, Relator: Alexandre Reis.

([77]) O grau de diligência do aderente deve ser "apreciado *in abstracto*, mas de acordo com as circunstâncias típicas de cada caso, como é usual no Direito Civil" — cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.03.2011, proferido no Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca, acessível em <http://www.dgsi.pt/> e Costa, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, p. 25. Para estes efeitos, considera-se imprestável o critério do *consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido*, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, desde o célebre Acórdão de 16.07.1998, proferido no Processo C-210/96 (*Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt — Amt für Lebensmittelüberwachung*), acessível em <http://curia.europa.eu/>. Tal como defende, entre nós, Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 375, «(…) o contraente pressuposto não é o sujeito "crítico-activo", denodadamente empenhado numa laboriosa leitura, compreensão e confrontação dos conteúdos de várias ccg, mas antes o sujeito justificadamente desmotivado de qualquer esforço nesse sentido".

([78]) Ribeiro, Joaquim de Sousa, "Direito dos Contratos e Regulação do Mercado", in *Direito dos Contratos: Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 61.

"*inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente*"([79]).

Desta forma, e sem que tal redunde, a nosso ver, num paternalismo deslocado da *ratio* da LCCG (e da LdC) — a qual, recorde-se, consiste, numa fórmula simples mas expressiva, em "melhorar a qualidade do consentimento do consumidor-aderente, o equilíbrio das prestações e a justiça interna do contrato"([80]) —, no caso que nos ocupa, por não se verificar uma consunção entre o dever geral de comunicação do notário e o dever especial e qualificado de comunicação([81]) do profissional predisponente, não deve

---

([79]) Secundando este entendimento, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08.02.2018, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1, Relatora: Margarida Sousa e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.11.2020, proferido pelo Processo n.º 8963/ /16.8T8ALM-B.L1.S1, Relatora: Maria Clara Sottomayor. Ainda nas palavras do referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.09.2016, proferido no Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, Relator: Alexandre Reis, "*(...) as exigências especiais da promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente transmissão ou comunicação, decorrentes dos deveres que oneram o predisponente, para que estes possam ser completamente cumpridos, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação: deste se espera um comportamento leal, correcto e diligente, nomeadamente pedindo esclarecimentos,* ***uma vez materializado que seja o seu efectivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas****. Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo,* ***até para que o mesmo possa exercitar aquele seu dever de diligência****, p. ex., pedindo esclarecimentos*" [negritos nossos]. Ou, em extrema síntese, como se declarou, uma e outra vez, nos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto tirados em 09.11.2006 e de 16.11.2006, respetivamente nos Processos n.º 0634738 e 0635482, ambos relatados pelo Juiz Desembargador Amaral Ferreira, "constitui pressuposto da conduta razoável ou exigível do cliente que o proponente cumpra o seu ónus de comunicação".

([80]) Como pode ler-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.11.2020, proferido pelo Processo n.º 8963/16.8T8ALM-B.L1.S1, Relatora: Maria Clara Sottomayor, a partir do ensinamento de Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coleção Teses de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 1995, p. 423.

([81]) Nunes, Pedro Caetano, "Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais", pp. 529-532. Nas palavras deste autor, "[r]eclama-se do predisponente não apenas que não agrave os custos de investigação e a assimetria de informação do aderente, mas também que contribua para a diminuição dos custos de investigação e da assimetria de informação do aderente, dessa forma promovendo a concorrência e limitando o «efeito dos limões» nos mercados onde sejam utilizadas cláusulas contratuais gerais". O «efeito dos limões» foi descrito por George Akerlof, a propósito do equilíbrio de mercado ineficiente provocado pela assimetria de informação *interpartes* sobre o valor do bem a transacionar, conduzindo a que os bens de qualidade inferior («limões») expulsem do mercado os bens de qualidade superior («pêssegos»), o que, em matéria de utilização de cláusulas contratuais gerais, se coloca, *mutatis mutandis*, em relação a predisponentes que, através daquela técnica de contratação em massa, reduzem os seus custos e prejudicam os aderentes, conseguindo expulsar do mercado os demais predisponentes que, usando da mesma técnica, não reduzem os seus custos e não prejudicam os aderentes — *idem,* pp. 526-527.

ter-se por cumprido este último dever com a declaração constante da escritura pública em que a Caixa Portuguesa, S.A. se refugiou para desvalorizar a sua postura de inércia na promoção do efetivo conhecimento do trecho da norma convencional colocado em crise pelos fiadores Dorinda e Eusébio.

Procurando expor as razões em que se estriba o juízo valorativo acabado de formular, convoca-se a melhor atenção, desde logo, para o facto de os fiadores terem sido arredados de qualquer intervenção, ainda que meramente passiva, nos preliminares e formação do negócio, não tendo, por conseguinte, tomado conhecimento das cláusulas contratuais gerais que mais direta e imediatamente lhes diziam respeito — em especial, daquela que os colocava a responder solidariamente, ao lado da sua filha, por toda e qualquer responsabilidade emergente do contrato de mútuo — em momento antecedente ao ato de outorga da escrita pública. Em conformidade com os critérios legais que concorrem para a definição do grau e intensidade do dever de comunicação, frisamos, ademais, que em causa estava a assunção de compromisso de longo prazo, consubstanciado em obrigações pecuniárias cujo valor era suscetível de ascender, no pior dos cenários (incumprimento contratual com perda do benefício do prazo pela devedora principal e pelos fiadores), às centenas de milhares de euros, por parte de dois sujeitos com mais de 60 anos, pais da cliente bancária, de parcas habilitações escolares e, tudo leva a crer, de posses humildes (ambos empregados da indústria têxtil)([82]). Por último, na ausência de informação precisa sobre a exata extensão do clausulado preordenado, parece-nos que, num juízo lhano e arraigado à realidade sociocultural nacional, não pode deixar-se de entender que expressões como "principal pagador" e "renúncia ao benefício da excussão prévia" revestem de complexidade técnico-jurídica cuja compreensão não está, de todo, ao alcance do comum aderente português([83]), muito menos de um sujeito com a pre-

---

([82]) Um dos casos em que Gomes, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, pp. 584-587, em especial p. 585, considera impor-se um dever positivo de informação e esclarecimento da instituição de crédito ao fiador, com fundamento no princípio da boa-fé, é, precisamente, «o dever do banco de informar o "fiador rústico", ou seja, aquele fiador que, pela sua origem social, pouca instrução (…), muito provavelmente não abarca o significado ou a dimensão da sua vinculação". Ainda de acordo com o autor, a afirmação de tal dever não reclama do credor "a necessidade de desenvolver diligências ou actividades que excedam o que é razoável e ético-socialmente exigível".

([83]) A tal não se opondo — nem deve confundir-se com — a constatação, asseverada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.12.2011, proferido no Processo n.º 669/07.5TBPTM-A.E1.S1, Relator: Serra Baptista, no encalço do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.05.2007, proferido no Processo n.º 06B1650, Relator: Pires da Rosa, acessível em <http://www.dgsi.pt/>, de que "a ideia de fiança e de fiador está, desde há muito, no domínio do senso comum,

paração cultural de Dorinda e Eusébio, tanto mais que nunca haviam estado, até então, investidos na qualidade de fiadores no domínio de um negócio jurídico([84]).

Tudo quanto vai dito só resulta reforçado se integrarmos na nossa análise uma abordagem sociológica do fenómeno da contratação em massa levada a cabo pelos profissionais junto dos consumidores. Como eloquentemente flui do douto Acórdão do STJ de 17.11.2020, respaldado na lição de Ana Prata([85]), "a comum diligência exigida tem de ser de baixo nível, por força da impossibilidade prática de o aderente influir no conteúdo do contrato e de uma atitude generalizada de confiança ou conformismo, que faz com que as pessoas se demitam de um esforço que sabem ser inglório"([86]). Ao recurso a uma técnica de contratação que, com economia de

---

sabendo qualquer pessoa que se é fiador de alguém é chamado a pagar quando esse alguém não cumpre a obrigação a que se vinculou". Partilhando a mesma ideia acerca da dificuldade de apreensão por um comum aderente das expressões "principal pagador" e "renúncia ao benefício da excussão prévia", posicionam-se, *inter alia*, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.05.2009, proferido no Processo n.º 5651/04.1TVPRT.P1, Relator: Manuel Pinto dos Santos, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2016, proferido no Processo n.º 4570/08.7TBVNG-A.P2, Relatora: Márcia Portela, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.09.2016, proferido no Processo n.º 1262/ /14.1T8VCT-B.G1.S1, Relator: Alexandre Reis, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08.02.2018, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1, Relatora: Margarida Sousa; no sentido oposto, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.05.2008, proferido no Processo n.º 08A1287, Relator: Fonseca Ramos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.12.2011, proferido no Processo n.º 669/07.5TBPTM-A.E1.S1, Relator: Serra Baptista, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.03.2014, proferido no Processo n.º 400/12.3TBCNF.P1, Relator: João Proença. Na doutrina, Gomes, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, pp. 714-715, não deixa, inclusive, de assinalar que a expressão "principal pagador" não prima pelo maior rigor técnico-jurídico, na medida em que "sugere, falsamente, que o (principal) devedor, continuando, embora, vinculado, deixaria de ser devedor principal, tudo se explicando então através de uma assunção de dívida *sui generis* em que o devedor passaria a beneficiar — como se fiador fora — de um benefício de ordem", mais defendendo, ao arrepio do entendimento dominante, que "[a] assunção da obrigação de principal pagador (…) no contrato de fiança (…) não corporiza, em rigor, situaç[ão] de *renúncia ao benefício da excussão*", atento o disposto pela alínea *a*) do art. 640.º do Código Civil e, sobretudo, o "carácter unilateral da renúncia".

([84]) Como refere Monteiro, António Pinto, "Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 46 — III (dezembro 1986), pp. 733-769, em especial p. 750, tendo em vista quer o dever de comunicação de que ora se trata, quer o dever de informação previsto no art. 6.º da LCCG, constituem circunstâncias relevantes a ponderar "o facto de existirem já anteriores relações contratuais ou de o aderente ser uma empresa ou um simples consumidor final".

([85]) Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 269.

([86]) No mesmo sentido, Ribeiro, Joaquim de Sousa, "Direito dos Contratos e Regulação do Mercado", p. 63, frisando que "[p]or razões que a análise económica dos custos de informação explica convincentemente, o aderente não encontra motivação bastante — nem, em regra, isso seria racional — para se deter no estudo do conteúdo das condições gerais da transação e, muito menos, para se dedicar a um exame comparativo das condições oferecidas pela contraparte com as de empresas concorrentes".

tempo e custos, habilita o contraente mais poderoso a predispor unilateralmente um regulamento com proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos singulares concluídos com contrapartes mais débeis que se limitam a ele aderir([87]), tem o ordenamento jurídico que responder com mecanismos reguladores capazes de contrabalançar, tanto quanto possível, as desigualdades provocadas por potenciais abusos de regulamentação([88]), o que sucede, justamente, com a opção legislativa de fazer depender a inclusão das cláusulas contratuais gerais da sua comunicação nos termos do art. 5.º da LCCG — e, ainda, como veremos adiante —, do cumprimento do dever, complementar mas distinto([89]), de informação, previsto no art. 6.º do mesmo diploma —, para tal não bastando a mera aposição da assinatura do aderente([90]) nem sequer a entrega de uma cópia do contrato em momento posterior à sua celebração([91]).

Razões aquelas que o autor identifica em seguida: "[n]ão funcionando o mecanismo individual de autotutela de interesses, dada a impossibilidade de comparticipação do aderente na modelação do conteúdo, nem o mecanismo colectivo da concorrência, dada a falta de garantias estruturais de selectividade das melhores condições, essa categoria de contraentes encontra-se numa situação contratual que o sujeita, como a prática eloquentemente tem demonstrado, a conformações abusivas e desequilibradas" (*idem*, pp. 63-64). Daí que "a fundamentação de uma reacção legislativa, em sua tutela, passa pelo reconhecimento de que a desmotivação do aderente em conhecer e pesar com rigor os riscos a que se submete é objectivamente justificada, não merecendo censura à luz dos parâmetros normativos de uma conduta negocial responsável — cf. Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 349-364.

([87]) Ou, nas palavras de Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, p. 208, «[v]ai aqui implícita uma certa "posição de poder" do utilizador, *resultante do próprio modo de formação do contrato*, e lhe permite perseverar num regulamento negocial próprio, independentemente da interiorizada concordância do seu parceiro negocial».

([88]) Referindo-se à "*especificidade* dos contratos de adesão, determinante de medidas adequadas para enfrentar com êxito os perigos que acarretam", escreveu Monteiro, António Pinto, "Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", pp. 742-743: "[e]stando deles [dos contratos de adesão] ausente uma fase negociatória no «iter negotii», faltando, pois, um debate prévio com a função das negociações contratuais, é natural que o aderente *desconheça*, muitas vezes, aspectos importantes da regulamentação contratual. E, mais grave do que isso, acontecerá frequentemente que a empresa, valendo-se da situação de força que a sua posição no mercado lhe confere e da forma como este contrato é estabelecido, aproveita para inserir cláusulas *abusivas* ou *injustas*, sem consideração pelos interesses da contraparte, *maxime* se o aderente não passa de simples consumidor final, explorando, assim, a situação débil deste. Daí que a necessidade de controlo sobre os contratos de adesão se faça sentir não só ao nível da *tutela da vontade* do aceitante, como também ao nível de uma *fiscalização do conteúdo* das condições gerais do contrato, ditada por razões de justiça comutativa".

([89]) Barros, José Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Anotado e Comentado*, pp. 82-83.

([90]) No mesmo sentido posiciona-se, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04.10.2017, proferido no Processo n.º 2632/14.0T8BRG.G1, Relatora: Sandra Melo, acessível em <http://www.dgsi.pt/>, onde se proclamou que "*[c]onsiderar que a prova desta comunicação [de cláusula contratual geral] se basta com a apresentação do documento assinado pelo contratante*

Numa linguagem mais coloquial, dir-se-ia que este é o "preço a pagar" pelos profissionais por conta do aproveitamento das "alterações de

---

implicaria fazer letra morta do disposto nos arts. 5.° e 6.° do DL 44[6]/85, subvertendo completamente o regime legal querido pelo legislador, de proteção da parte que está numa maior fragilidade, face à superioridade e poder económico da parte que apresenta e impõe as cláusulas"; na doutrina, Morais, Fernando de Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 144, referindo que "[a] mera subscrição do negócio pouco ou nada reflecte quando ao dever [de comunicação ao fiador] em causa", e Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, p. 244, nota 253, frisando que "[s]e é certo que as cláusulas contratuais gerais se incluem no contrato singular pela aceitação (art. 4.º), não é menos exacto que tal inclusão só se concretiza juridicamente quando observados os requisitos particulares a que se referem os arts. 5.º e seguintes da lei das condições gerais", como decorre do segmento "com observância do disposto neste capítulo" constante da parte final do mesmo art. 4.º da LCCG. Mais aturado na explicação dos efeitos limitados da aceitação é Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 303-304: partindo da premissa, já antes firmada, segundo a qual o aderente não tem a possibilidade real de influenciar o conteúdo das cláusulas contratuais geral e, como tal, não se lhe podem colocar "exigências de conduta auto-responsável que ele, por razões estruturais, não está em condições de satisfazer", considera o autor que «[o] seu consentimento não possui aqui a completa "substância normativa" que lhe é própria, dirige-se apenas à inserção, não à concreta formulação dessas cláusulas, não pressupondo nem o conhecimento, nem, muito menos, a aprovação do seu conteúdo», porquanto, "[n]as circunstâncias em que é tipicamente emitida, não é de presumir que a vontade de celebrar o contrato se estenda também à conformação dada pelo predisponente às ccg" e, como tal, à declaração de aceitação não se lhe pode atribuir "o efeito de legitimação que, em geral, lhe cabe". Por sua vez, Nunes, Pedro Caetano, "Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais", pp. 519-524, estribando-se na extensa e qualificada literatura de Carlos Ferreira de Almeida, conclui que "a aceitação de cláusulas contratuais gerais, para efeitos do art. 4.º da LCCG, significa a sua reprodução no enunciado negocial único (que gera as declarações negociais conjuntas ou uma das declarações negociais) ou uma conexão do enunciado negocial que contém as cláusulas contratuais gerais com o enunciado negocial nuclear (que gera uma das declarações negociais ou as declarações negociais conjuntas)", a qual precede, logicamente, a comunicação das cláusulas contratuais gerais a que se refere o art. 5.º da LCCG. Com interesse, *vide*, ainda, o art. 2:104 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (*Principles on European Contract Law* ou "PECL"), sob a epígrafe "Termos não negociados individualmente", *maxime* o seu n.º 2, que reza assim: "A mera referência feita a uma cláusula por um documento contratual não chama a atenção da contraparte para ela de forma satisfatória, mesmo quando esta última assinou o documento". Contra, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.03.2011, proferido no Processo n.º 1582/ /07.1TBAMT-B.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca, onde se fez constar, além do mais, que "*[u]ma vez que a assinatura da oponente, que rubricou a 1.ª folha, se encontra aposta no final dos contratos, dos quais constavam todas as cláusulas, mostra-se cumprido pela CGD o dever de comunicação a que alude o art. 5º, na medida em que proporcionou à recorrente a possibilidade de ler e pedir os esclarecimentos que entendesse necessários e de, por esse modo, tomar real e efectivo conhecimento do seu teor, nomeadamente das expressões «solidários» e «principais pagadores» constantes da cláusula 20.ª*".

(91) Considerando que "os requisitos de inclusão [das cláusulas contratuais gerais] devem estar cumpridos no momento da celebração do contrato" — cf. Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, p. 242. E mesmo "a entrega de um exemplar do modelo contratual impresso ao possível aderente" — logo, em momento anterior à conclusão do contrato —, conquanto possa assumir-se como «um elemento interessante para a tomada de conhecimento deste, não pode ser considerada suficiente para alcançar a finalidade legal de tornar "possível o seu [do contrato] conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência" — cf. Prata, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 249.

vulto" impostas pela nova ordem económica aos "parâmetros tradicionais da liberdade contratual" — como pode ler-se no Preâmbulo da LCCG —, as quais importaram, em larga medida, um esvaziamento prático do poder negocial dos consumidores em relação à modelação do conteúdo dos contratos que têm por objeto mediato os bens e serviços de que necessitam para a sua vida quotidiana.

As mesmas razões que nos levam, assim, a concluir que a declaração de confirmação feita consignar pelo Senhor Notário Dr. Filipe Santos não tem a virtualidade prática de exonerar a Caixa Portuguesa, S.A. de alegar e demonstrar o cumprimento do dever de comunicação da cláusula contratual geral que representou o afastamento da regra (supletiva) da subsidiariedade da fiança valem, *mutatis mutandis*, em relação à obrigação de informação a que se refere o art. 6.º da LCCG, também ela uma "obrigação personalizada"(92), porém, com um âmbito de aplicação e conteúdo próprios.

Quanto ao âmbito de aplicação, como insinua a própria formulação legal da norma do n.º 1 do art. 6.º da LCCG, o dever de informação não respeita à globalidade das cláusulas contratuais gerais que compõem a proposta de programa negocial, antes se reporta tão-só a "aspetos" compreendidos nas cláusulas que, "de acordo com as circunstâncias", carecem de aclaração. Não se impondo, pois, de modo inexorável, ao proponente(93), não deve, contudo, negligenciar-se — como cremos suceder, aqui e acolá, em alguns acórdãos dos nossos tribunais superiores(94) —, que esta obrigação de transmissão de informação se desdobra, na verdade, em duas dimensões — o *dever de esclarecimento* e o *dever de informação em sentido próprio* —, às quais correspondem, respetivamente, cada um dos preceitos do art. 6.º da LCCG(95), reclamando a primeira das referidas dimen-

---

(92) Fabre-Magnan, Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 221, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 418.

(93) Como se refere no ponto 3. do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.01.2016, proferido no Processo n.º 4055/13.0TJCBR.C1, Relator: Carlos Moreira, acessível em http://www.dgsi.pt/, "*(...) o dever de informação assume, por via de regra e salvo casos de complexidade técnica ou obscuridade redatorial das cláusulas, cariz residual e parcelar*".

(94) De que constitui exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.03.2012, proferido no Processo n.º 97/10.5T2SVV.C1, Relatora: Regina Rosa, acessível em <http://www.dgsi.pt/>, mormente quando nele se expressa a seguinte afirmação: "E não se argumente que por o conteúdo dos documentos não ter sido explicado aos RR., a autora violou o dever de informação. Para tal, seria necessário demonstrar que os RR tivessem solicitado a prestação de esclarecimentos à autora, o que não se verificou, nem tão pouco foi alegado, sendo que neste caso o ónus da prova recaía sobre os RR. Aderentes".

(95) Neste sentido, na doutrina, Oliveira, Nuno Manuel Pinto, "A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993", p. 540 e Barros, José Manuel de

sões uma conduta pró-ativa do utilizador de cláusulas contratuais gerais — independente de qualquer iniciativa da sua contraparte no sentido de solicitar esclarecimentos(96) — tendente a iluminar o aderente sobre o significado e as consequências das normas convencionais que, pela sua complexidade técnica ou jurídica ou obscuridade, não sejam facilmente apreensíveis por uma pessoa com o "*nível de diferenciação académica e/ou cultural*"(97) do destinatário.

À semelhança do que sucede com o dever de comunicação, também esta dimensão da obrigação de informação caracteriza-se pela sua elasticidade, pelo que conhece uma extensão e intensidade variáveis em função não só da *natureza e condição do outro contraente* — impondo-se, naturalmente,

---

Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Anotado e Comentado*, p. 85. Se bem que não a propósito do art. 6.º da LCCG, a mesma distinção pode encontrar-se em Costa, Mariana Fontes da, "O dever pré-contratual de informação", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 367-394, em especial pp. 374-375, a partir do ensinamento de Monteiro, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, p. 359, nota 65, e em Bastos, Miguel Brito, "Deveres acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador", pp. 191-193, com vastas referências doutrinais nacionais e germânicas. Embora adotando uma fórmula diversa de distinção das duas dimensões do dever de informação, pela limpidez do que se deixou exarado, a este propósito, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no âmbito do Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra, tomamos a liberdade de reproduzir o trecho que segue: "*[o] dever de informação, que pressupõe a efectivação da comunicação, dirige-se essencialmente à percepção do conteúdo e corresponde à explicação desse conteúdo quando não seja de esperar o seu conhecimento real pelo aderente. Impõe-se, nesta circunstância, a prestação espontânea de informação dos aspectos das cláusulas que exijam aclaração, sem prejuízo da prestação de todos os esclarecimentos razoáveis que sejam solicitados pelo próprio aderente. Desdobra-se, portanto, em duas vertentes: a* ***iniciativa de informar*** *por parte do predisponente, em relação a aspectos que justifiquem aclaração; a* ***obrigação de informar****, em resposta aos esclarecimentos razoáveis que lhe sejam solicitados pelo aderente*" [negritos nossos]. No mesmo sentido, na literatura jurídica, em termos deveras eloquentes, Bastos, Miguel Brito, "Deveres acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador", p. 237, enfatiza que "[p]or regra, havendo uma carência informativa por parte do beneficiário do dever, não se pode condicionar a adstrição do respetivo sujeito passivo à prévia inquirição pela sua contraparte: se o beneficiário do dever desconhece a existência dos factos objeto desse dever, por regra, não terá sequer uma base informativa suficiente para *deliberar inquirir a sua contraparte*. Os deveres de informação em sentido estrito — i.e. as situações de sujeição de uma parte a, sendo inquirida pela contraparte, ver constituído na sua esfera o dever de responder com verdade à pergunta colocada — restringem-se, assim, àquelas situações em que o beneficiário do dever, não obstante encontrar-se numa situação de carência informativa, tem conhecimento de informação suficiente para deliberar inquirir o sujeito passivo sobre os factos potencialmente objeto do dever".

(96) Dito de uma forma incisiva, tal como no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08.02.2018, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1, Relatora: Margarida Sousa, "*não é o aderente que tem, por sua iniciativa, de se informar, querendo, sendo, sim, quem propõe as cláusulas, quem tem que as explicar*".

(97) Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06.02.2025, proferido no Processo n.º 3550/23.7T8GMR-A.G1, Relatora: Maria João Matos, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

em maior medida em presença de um consumidor com instrução escolar básica e humilde condição social —, mas também das *características do contrato* (tipo de negócio e elementos que normativamente o caracterizam), *densidade da linguagem empregue* no texto do documento em que aquele se materializa — "exigindo-se mais esclarecimentos quanto mais difícil possa ser a compreensão das questões jurídicas e não jurídicas abrangidas pelas cláusulas"([98]) — e, ainda, da *importância das concretas estipulações* no quadro da justiça comutativa do acordo — devendo o aderente ser elucidado "de forma clara e categórica"([99]) sobre as soluções que comportem a exposição a um risco material ou jurídico para a sua esfera pessoal ou patrimonial([100]).

Ante o exposto, e aproximando-nos do caso prático em discussão, entendemos que também o dever de esclarecimento a cargo do profissional, que reclama uma atitude espontânea da sua parte, não é exaurido pelo

---

([98]) Carvalho, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, p. 229.

([99]) *Idem, ibidem*.

([100]) A tal não se opõe o argumento fundado numa suposta realocação *ex post* de riscos contratualmente definidos por via da imposição de deveres de informação ao credor fidejussório. Como dilucida Bastos, Miguel Brito, "Deveres acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador", p. 246 (a partir do ensinamento de Breidenbach, Stephan, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München, C.H. Beck, 1989, p. 12), o argumento ora trazido à liça redunda numa confusão entre *conhecimento do risco* e *alocação de riscos*, visto que os "[o]s deveres de informação apenas visam permitir ao fiador conhecer factos relevantes para a aferição do risco", porém, este conhecimento é "irrelevante para a determinação sobre a alocação desse risco". Em suma, "[e]stamos perante dois planos diferentes das relações entre credor fidejussório e fiador que não se interseccionam". Prosseguindo com o mesmo autor, na verdade, "[a] relação entre a assunção contratual de riscos e a cominação de deveres de informação é, pelo contrário, uma relação de, pelo menos tendencial, implicação. Precisamente por o fiador cobrir riscos exógenos ao contrato celebrado com o credor fidejussório, estará numa posição particularmente propensa a carências informativas sobre factos relativos à probabilidade de concretização desse risco. O conhecimento da extensão das suas potenciais responsabilidades, de factos que permitam avaliar a probabilidade de se verificarem os pressupostos de que depende a sua chamada ao cumprimento da obrigação garantida, bem como daqueles cuja verificação é constitutiva da possibilidade da invocação de meios de defesa ou de desvinculação que lhe assistam, é essencial para o fiador se autodeterminar". Por outro lado, também não procede a alegação assente numa ideia de subsidiariedade da prestação de informações pelo credor fidejussório face à prestação de informações pelo devedor principal. Desde logo, porque como aqui sustentamos, "existe lei estrita (…) constitutiva de uma pretensão informativa do fiador contra o devedor principal" (*idem*, p. 262); mas ainda que assim não fosse e muito embora exista "uma ligação especial entre fiador e devedor principal, não estão preenchidos os pressupostos da cominação de qualquer dever de informação a este último" (*idem*, p. 258): a constituição como "principal pagador" de todas as obrigações advindas do contrato de mútuo bancário em caso de incumprimento pelo devedor principal constitui um facto relevante para o fiador, que este desconhece e relativamente ao qual não tem uma pretensão informativa contra o devedor principal (*idem*, p. 262); já o credor fidejussório conhece aquele facto e a sua transmissão ao devedor fidejussório, com a antecedência necessária à constituição da situação jurídica fidejussória de estrutura triangular, não encerra uma adstrição significativa da liberdade geral de ação do sujeito passivo do dever (*idem*, pp. 259-260).

dever de "explicação do conteúdo dos instrumentos e das suas consequências legais"([101]) assumido pelo notário e cujo cumprimento é atestado, com força plena, pela declaração de confirmação da realidade fática que se verifica na sua presença([102]).

Em abono do que aqui se sustenta, consideramos da maior pertinência trazer à liça o que o Senhor Juiz Conselheiro Júlio Gomes deixou dito em declaração de voto de vencido ao Acórdão do STJ de 09.07.2015([103]) e que constitui exemplo superlativo da adesão à realidade prática que deve enformar toda e qualquer exercício de aplicação do Direito: partindo do pressuposto — já aqui também colocado em relevo — segundo o qual "*[o]s deveres de comunicação e de informação não se reduzem, estamos em crer, a um dever de prestar esclarecimentos se os mesmos forem solicitados (que corresponde apenas a uma faceta do dever de informação prevista no n.º 2 do art. 6.º)*", reconhece o Colendo Juiz Conselheiro que "*o momento da escritura não é, na realidade, o adequado para pedir grandes esclarecimentos*", nomeadamente sobre o significado e alcance de locuções como "principal pagador" e "renúncia ao benefício da excussão prévia" — as quais, nas sugestivas palavras do subscritor da declaração de voto de vencido em referência, pertencem ao universo da «*"algaraviada" jurídica*» — seja porque uma atuação nesse sentido poderia fazer perigar a celebração da escritura pública e, por essa via, inviabilizar a concretização de um negócio de suma importância para a mutuária — aquilo a que Júlio Gomes se refere como "*pressão social*" —, seja porque revelar-se-ia "*delicado nesse momento colocar os cenários do incumprimento em cima da mesa*", abalando a confiança do mutuante na concessão do crédito([104]).

([101]) Art. 50.º, n.º 3 do Código do Notariado.

([102]) Contra, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.03.2025, proferido no Processo n.º 30454/22.8T8LSB-A.L1-8, Relatora: Fátima Viegas, respaldando-se, sobretudo, na doutrina firmada pelo já referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.06.2019, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra.

([103]) Proferido no Processo n.º 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, Relatora: Ana Paula Boularot.

([104]) Esta argumentação foi acolhida pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.11.2020, proferido pelo Processo n.º 8963/16.8T8ALM-B.L1.S1, Relatora: Maria Clara Sottomayor, onde mais se considerou que "*[a] outorga da escritura deve ser a etapa final de um processo de negociação, não o momento em que a informação ou os esclarecimentos são fornecidos pela primeira vez. No dia da escritura, o adquirente quer sempre assiná-la para poder beneficiar do bem ou serviço em causa, não sendo possível, para um leigo em direito, ter qualquer consciência das questões técnico-jurídicas levantadas pelas cláusulas mais complexas, se não recebeu informação anterior da contraparte. Limita-se assim a confiar que a execução do contrato vai correr bem e ao mesmo tempo conforma-se com a impossibilidade prática de alterar as cláusulas que eventualmente o prejudiquem, como é típico neste tipo de contratação*". Também na doutrina encontramos suporte ao entendimento que, aqui, se deixa expresso: retratando a "barreira de informação" que se ergue diante do aderente

No encalço do que antecede, cremos que, tal como se prevê *expressis verbis* em relação ao dever de comunicação, o cumprimento efetivo do dever de informação se subordina, de igual modo, a um requisito temporal de antecedência mínima razoável em relação ao momento da conclusão do acordo de vontades([105]). Isto porque, tal como se constatou em douto Acórdão do STJ de 02.06.2015([106]), "*a pré-formulação unilateral da parte predisponente coloca, por via de regra, o «sujeito passivo» que a recebe numa situação de desigualdade, quer formal, quer substancial, que não é eliminada pelo ato, quase sempre de natureza mecânica, de não colocação imediata de dúvidas ou questões sobre o seu conteúdo, que pressupõe algum estudo e reflexão sobre o respetivo texto*".

Deste modo, na situação vertente, não tendo a Caixa Portuguesa, S.A. curado de informar, *sponte sua* e de antemão, com recurso a um discurso acessível a sujeitos com as qualificações e a categoria profissional (esta última, pelo menos, certamente não desconhecida pela instituição de crédito) de Dorinda e Eusébio sobre a "*estrutura prático-jurídica do negócio*"([107]) e o significado e potenciais consequências, particularmente gravosas para a sua esfera jurídico-patrimonial, de uma vinculação como "principais pagadores (…), renunciando desde já e expressamente ao benefício da excussão prévia" — que representa um desvio em relação à solução legal prevista no art. 638.º do Código Civil e se aplica na ausência de estipulação contratual em sentido diverso, pelo que era legítimo que os fiadores, à partida, contassem com o benefício da subsidiariedade da fiança —, forçoso é aderimos à posição manifestada pelos garantes na missiva dirigida à mutuante, com as legais consequências([108]).

---

quando confrontado com um texto formado por cláusulas contratuais gerais para mera adesão, Ribeiro, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 345, faz notar que "[a]s próprias circunstâncias da celebração do contrato" são, sob este ponto de vista, "desfavoráveis, pois, pelo menos nos negócios do dia-a-dia, que requerem uma conclusão imediata", o aderente não dispõe do «tempo e condições "ambientais" para uma leitura reflectida das ccg, impossibilitando-o, na prática, da ponderação do seu conteúdo".

([105]) Como se declarou no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08.02.2018, proferido no Processo n.º 3416/14.1T8GMR-A.G1, Relatora: Margarida Sousa, "*[n]a verdade, não basta ler, dar a conhecer o conteúdo das cláusulas ao aderente, sendo necessário esclarecê-lo acerca do seu conteúdo e* ***fazê-lo com antecedência****, sob pena de o cumprimento do dever de informação ser puramente aparente, formal, assim se frustrando o objetivo do legislador*" [negrito nosso].

([106]) Proferido no Processo n.º 109/13.0TBMLD.P1.S1, Relator: Hélder Roque, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

([107]) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.04.2010, proferido no Processo n.º 3501/06.3TVLSB.C1.S1, Relator: Lopes do Rego, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

([108]) Sendo aplicável, por *analogia legis*, ao dever de informação a regra de repartição do ónus de prova prevista para o dever de comunicação no n.º 3 do art. 5.º da LCCG — cf. Barros, José

E quais são as consequências impostas pela LCCG para casos em que se mostram violados os deveres de comunicação e de informação? Preenchidas que estão as hipóteses previstas nas alíneas *a*) e *b*) do art. 8.º da LCCG, opera a estatuição do proémio desta disposição legal, ou seja, tem-se por excluído (*rectius*, não incluído) do contrato singular o segmento normativo "principais pagadores (…), renunciando desde já e expressamente ao benefício da excussão prévia", vigorando, nesta parte, a norma supletiva do art. 638.º do Código Civil([109]).

e) *O (eventual) abuso de direito de invocação da violação dos deveres previstos nos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*

Prefigurando a possibilidade de se alcançar a conclusão acima externada, a Caixa Portuguesa, S.A. sustentou que o resultado que dela dimanaria sempre se teria de julgar intolerável para a ordem jurídica, esbarrando no limite imposto pelo instituto do abuso do direito (art. 334.º do Código Civil), pois, de outra forma, estar-se-ia a dar respaldo legal a um comportamento (*venire*) de dois sujeitos, concretizado apenas ao fim de 8 (oito) anos, que configura uma contradição flagrante com a atuação (*rectius*, omissão de qualquer pedido de esclarecimentos) pelos mesmos protagonizada no momento da celebração da escritura pública (*factum proprium*).

Sem embargo de, à primeira vista e deixando-nos capturar pelo efeito persuasivo que a duração do intervalo temporal entre o momento da celebração da escritura pública e a invocação da violação dos deveres de comunicação e informação exerce na nossa mente, até podermos ser levados a afirmar que a conduta dos fiadores ofende o sentimento geral de justiça([110]), numa apreciação mais cuidada, devemos concluir que, no dissídio em apreço, não se mostra configurada, afinal, uma situação conflituante com os ditames da boa-fé em sentido objetivo.

Manuel de Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais — Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Anotado e Comentado*, p. 84.

([109]) Tal como se entendeu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.06.2016, proferido no Processo n.º 4570/08.7TBVNG-A.P2, Relatora: Márcia Portela, "*(...) seria desproporcionado e contrário à boa fé excluir a cláusula relativa à fiança do contrato na sua totalidade, quando apenas o segmento relativo à excussão prévia estava fora da compreensão exigível aos apelantes*".

([110]) E, inclusive, se verifica em algumas decisões dos nossos tribunais superiores, de que é exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04.03.2013, proferido no Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1, Relator: Filipe Caroço, acessível em <http://www.dgsi.pt/>.

Recuperando, *hic et nunc*, a jurisprudência firmada pelo douto Acórdão do STJ de 13.09.2016, "o «factum proprium» apto a violar a boa-fé ou a confiança da outra parte [no nosso caso, da Caixa Portuguesa, S.A.] pressuporia, enquanto facto voluntário, a ciência e a vontade dessa violação", o que não pode dar-se como verificado num cenário em que o predisponente comprovadamente negligenciou os deveres de comunicação e de informação cuja observância, nos devidos termos legais, teria propiciado o conhecimento efetivo da cláusula contratual geral relativa às condições, especialmente desvantajosas, de prestação da garantia de favor([111]).

Falhando, assim, os elementos cognitivo e volitivo de que dependeria a configuração de uma hipótese de violação de *situação objetiva de confiança* fundada na conduta omissiva de Dorinda e Eusébio no ato de celebração da escritura pública, acrescente-se, ainda, com arrimo, novamente, na referida declaração de voto de vencido do Senhor Juiz Conselheiro Júlio Gomes ao Acórdão do STJ de 09.07.2015([112]), que "*[a] passagem de muitos anos de execução do contrato antes de a questão ser suscitada [pelos fiadores] não nos impressiona sobremaneira e não parece que corresponda a qualquer atitude abusiva porque, precisamente, só quando interpelad[os] pelo banco para cumprir é que [os fiadores] se pode[m] ter apercebido da dimensão e reais contornos do encargo que assumi[ram]*"([113]).

([111]) De igual modo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.12.2013, proferido no Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1, Relator: Maria Clara Sottomayor, acessível em <http://www.dgsi.pt/>, onde se afastou o funcionamento do instituto do abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, para paralisar a exclusão de cláusula relativa à cobertura de invalidez predisposta em contrato de seguro, por incumprimento do dever de comunicação da mesma: "*(...) sendo o factum proprium um facto voluntário, ao qual se aplicam as disposições respeitantes às declarações de vontade, deve entender-se que um factum proprium, que foi praticado num contexto de falta de liberdade negocial e de falta de informação, pode ser contraditado, sem que tal signifique violação da boa fé ou da confiança da outra parte*". E na doutrina, Guimarães, Maria Raquel, "As cláusulas contratuais gerais bancárias na jurisprudência recente dos tribunais superiores", in *II Congresso de Direito Bancário* (coord. Luís Miguel Pestana de Vasconcelos), Coimbra, Almedina, 2017, pp. 197-226, em especial pp. 210-211.

([112]) Proferido no Processo n.º 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, Relatora: Ana Paula Boularot.

([113]) A mesma ideia já havia sido expressa no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.12.2013, proferido no Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1, Relator: Maria Clara Sottomayor, nos seguintes termos: "*(...) os aderentes não se preocupam com o conteúdo destas cláusulas [que os prejudicam], que conhecem mal ou de todo não conhecem, dada a complexidade das mesmas e a perda de tempo que implica o seu estudo para um leigo, num contexto em que é inútil a sua negociação, pois, como se sabe, o aderente não tem mais poder do que o de assinar ou não o contrato, não gozando de qualquer liberdade de fixação do conteúdo do mesmo. Daí que seja completamente natural e nada abusivo nem contraditório, que o cidadão assine o contrato, confiando que não vai encontrar percalços na sua execução e reaja apenas quando esses percalços, normalmente imprevisíveis na data da celebração do contrato, surgem*".

Em suma, inexistindo uma verdadeira relação de oposição entre condutas digna de uma censura ético-jurídica e, como tal, não havendo legítimas expectativas criadas pela instituição de crédito merecedoras de tutela, soçobra a tentativa de subsumir o comportamento dos fiadores à figura do abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium* e, em consequência, devem produzir-se, *de pleno*, os efeitos práticos da violação dos deveres de comunicação e de informação previstos nos arts. 5.º e 6.º da LCCG.

Por conseguinte, encontrando-se os fiadores Dorinda e Eusébio num plano diverso da devedora principal Bárbara (e não como "principais pagadores"), por ausência de estipulação que integre o contrato singular que reze em sentido diverso do regime legal supletivo, aqueles só podem ser chamados a responder por responsabilidades emergentes do contrato de mútuo bancário depois de excutido o património da sua filha([114]).

([114]) Assim, também, no âmbito de processo executivo, nos termos do art. 745.º do CPC. O benefício da excussão prévia não obsta, contudo, a faculdade de o credor demandar o fiador conjuntamente com o devedor principal em ação declarativa para obtenção de título executivo oponível a qualquer dos dois sujeitos (art. 641.º, n.º 1, 1.ª parte do Código Civil).

O OUROBOROS FISCAL:

Litigância fiscal, novos conflitos e a confiança no sistema([1])

Pelo Dr. José Avilez Ogando([2])

Sumário:

1. Considerações iniciais: determinação do objeto de estudo. 1.1. O preço da confiança dos administrados. **1.2.** A litigância fiscal excessiva, indesejável, patológica ou intrassistémica. **1.3.** As causas e a transformação prudencial da administração. **2. As causas da litigância fiscal excessiva, indesejável, patológica ou intrassistémica. 2.1.** Instabilidade e complexidade legislativa. **2.2.** Incertezas interpretativas e ausência de diálogo prévio. **2.3.** Desadequada conceção de interesse público. **2.4.** Morosidade processual. **2.5.** Perceções de parcialidade e desconfiança. **2.6.** Em busca de um novo paradigma. **3. O modelo *tax compliance by design* na realidade portuguesa. 3.1.** O novo paradigma. **3.2.** Os quatro pilares da digitalização da administração fiscal portuguesa. *3.2.1. Reporting* e transparência digital. *3.2.2.* Análise avançada de dados e gestão de risco. *3.2.3.* Cooperação e transparência internacional. *3.2.4.* Interação digital e justiça fiscal. **3.3.** Contributos para a diminuição da litigância fiscal. **4. Os riscos associados: novos focos de litigância e inadequação dos instrumentos de tutela. 4.1.** Opacidade algorítmica e risco de litigância reativa. **4.2.** A desprocedimentalização digital: o caso do e-Balcão. **4.3.** Caminhos de tutela e propostas de reforma. **5. Fechar o círculo: de novo, o eterno retorno**.

([1]) Este texto surgiu no contexto de um convite a participar no ACONCARF Itinerante, uma iniciativa da Associação dos Conselheiros Representantes dos Contribuintes no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda do Brasil, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, nos dias 8 e 9 de outubro de 2025. Integrou o painel subordinado ao tema "*as causas da litigância fiscal e a importância do compliance*", tendo ainda beneficiado do debate em curso no NOVA Tax Research Lab, em especial com a Dra. Carla Valério, a quem o autor agradece a leitura crítica deste texto.

([2]) Advogado na Seabra, Cunha, Távora e Associados, Sociedade de Advogados, mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, doutorando em Direito na NOVA School of Law, membro da equipa de coordenação da NOVA Tax Research Lab.

Resumo:

O texto apresenta a análise da litigância fiscal como um ouroboros, ligando-a à atual transformação em curso nas relações entre administração e contribuintes. Propõe-se, como primeiro passo metodológico, a distinção entre uma litigância fiscal constitutiva do Estado de Direito, convertendo controvérsias em comunicação pública e verificável e testando a legalidade e a justiça, de uma litigância patológica, gerada pelo próprio sistema, compreendida como excessiva ou indesejável. A investigação organiza-se em três blocos. Primeiro, apresenta-se um diagnóstico das causas que alimentam litigância excessiva: instabilidade e complexidade legislativa, incerteza interpretativa e ausência de diálogo pré-contencioso, conceção adversarial do interesse público, morosidade processual e perceções de parcialidade e desconfiança. Segundo, descreve-se a transição para o modelo tax compliance by design*, analisado a partir do caso português, mapeando os seus quatro pilares: reporting e transparência digital, análise avançada de dados e gestão de risco, cooperação e transparência internacional e interação digital e justiça fiscal. Mostra-se como estes instrumentos podem reduzir litígios por erro ou omissão e melhorar a seletividade da intervenção administrativa, desde que enquadrados por garantias adequadas. Em terceiro lugar, identificam-se novos focos de conflito trazidos pela digitalização, como a opacidade de instrumentos e decisões automatizadas, a inadequação dos meios tradicionais de tutela para reagir a atos baseados em algoritmos e grandes cruzamentos de dados e a sua insuficiente integração nas novas ferramentas digitais, essencialmente pensadas para maximizar a eficiência da administração. O trabalho conclui pela necessidade de impor níveis mínimos de transparência sobre algoritmos e decisões automatizadas, mecanismos de correção e participação efetiva a montante e tutela jurisdicional efetiva como última âncora de confiança e legalidade. A sua contribuição central reside em clarificar a necessidade de diferentes abordagens para diferentes tipos de litigância, como forma de evitar que as notáveis transformações do presente acabem, sob a aparência de progresso, por substituir os antigos conflitos por novos conflitos digitais.*

Palavras-chave:

litigância fiscal; Estado de Direito; confiança fiscal; *compliance by design*; digitalização tributária; tutela jurisdicional efetiva; transparência algorítmica.

Abstract:

The text presents the analysis of tax litigation as an ouroboros, linking it to the current transformations in the relationship between the tax administration and taxpayers. It proposes, as a first methodological step, a distinction between tax litigation that is constitutive of the rule of law, transforming controversies into public and verifiable communication and testing legality and justice, and pathological litigation, generated by the system itself, understood as excessive or undesirable. The research is organised into three parts. First, it presents a diagnosis of the endogenous causes that fuel excessive litigation: legislative instability and complexity, interpretative uncertainty and the absence of pre-litigation dialogue, an adversarial conception of the public interest, procedural delays, and per-

ceptions of partiality and distrust. Second, it describes the transition towards the tax compliance by design model, analysed through the Portuguese case, mapping its four pillars: digital reporting and transparency, advanced data analytics and risk management, international cooperation and transparency and digital interaction and tax justice. It shows how these instruments may reduce litigation arising from errors or omissions and enhance the selectivity and proportionality of administrative action, provided they are framed by adequate safeguards. Third, it identifies the new sources of conflict brought about by digitalisation, such as the opacity of automated instruments and decisions, the inadequacy of traditional legal remedies to challenge algorithmic or data-driven acts, and their insufficient integration into new digital tools, primarily designed to maximise administrative efficiency. It concludes by emphasising the need for minimum levels of transparency on algorithms and automated decisions, effective mechanisms for early correction and participation, and judicial protection as the final anchor of legality and trust. Its central contribution lies in clarifying the need for different approaches to different kinds of litigation, to prevent that the remarkable transformations of the present do not end up, under the guise of progress, replacing old conflicts with new digital ones.

Keywords:

tax litigation; rule of law; fiscal trust; compliance by design; tax digitalisation; effective judicial protection; algorithmic transparency.

1. Considerações iniciais: determinação do objeto de estudo

1.1. O preço da confiança dos administrados

Longe de ser um fenómeno homogéneo, o termo *litigância fiscal* assume diferentes expressões e significados no contexto dos atuais Estados de Direito democráticos([3]). Enquanto manifestação da possibilidade institucionalmente garantida de submeter a escrutínio as atuações no exercício dos poderes tributários, ela converte as controvérsias em comunicação pública e verificável, servindo de teste à legalidade, à proporcionali-

([3]) Apesar de em Portugal preferir-se normalmente o uso do vocábulo "*contencioso*", este tanto pode referir-se ao conjunto dos meios de proteção jurídica individual, como a um litígio, ou mesmo à generalidade dos litígios, razão porque preferimos manter neste trabalho o termo "*litigância*", que se refere especificamente à realidade de que se pretende falar, que é a conflitualidade fiscal concretamente existente.

dade e à justiça do sistema. E nessa medida, garante uma certa medida de equilíbrio entre eficácia na arrecadação de receita e os direitos fundamentais daqueles que sustentam o Estado fiscal.

Podemos assim apreciar que onde não existe litigância fiscal, não há Estado de Direito, sendo aquela antes de tudo, um sintoma do que está a correr bem. Significa que os administrados têm ao seu dispor meios para questionar os atos que lhes dizem respeito, que em alguma medida é dada expressão aos seus direitos, e que são assegurados fluxos comunicativos entre administração, administrados poder judicial e poder legislativo. Assim, a litigância fiscal comprova a existência de tais debates institucionalizados, participados pelos diferentes protagonistas do sistema fiscal, onde o entendimento que temos sobre o conteúdo e âmbito das normas aplicáveis é continuamente problematizado, reinterpretado e atualizada a sua compreensão.

Nesta perspetiva, ao assegurar a sindicabilidade das atuações legislativa e administrativa([4]), o conjunto de garantias em que assenta o contencioso fiscal reforça a confiança pública, garantindo que a cobrança de impostos decorra segundo padrões de legalidade, proporcionalidade e justiça distributiva. Nessa medida, pode dizer-se que a litigância fiscal é expressão da vitalidade do sistema e do próprio Estado de Direito e sinal da sua abertura a discursos que contribuem para o aperfeiçoamento das suas soluções.

Tanto mais relativamente a impostos, que implicando uma delimitação na esfera privada, buscam uma legitimidade reforçada([5]), que impõe primeiro a determinação por meio de normas gerais e abstratas, discutidas e aprovadas por representantes democraticamente eleitos, e depois, que essas normas sejam dotadas de especial densidade normativa, a ponto de conterem os critérios materiais de decisão([6]), impondo que a sua aplicação corresponde ao exercício de poderes essencialmente vinculados.

Este é, no fundo, o preço da confiança dos administrados: os pressupostos de leis parlamentares prévias dotadas de elevado nível de predeterminação normativa, de uma administração imparcial e comprometida com a realização da legalidade fiscal gerada nesses termos e o controlo da sua constitucionalidade e aplicação, assegurada por tribunais independentes, céleres e acessíveis a todos.

([4]) J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª ed., p. 496.

([5]) José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, 1997, p. 345.

([6]) Arts. 103.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, al. *i*) da CRP.

1.2. A litigância fiscal excessiva, indesejável, patológica ou intrassistémica

Mas quando essa litigância é promovida ou mesmo criada por disfunções estruturais, endógenas ao próprio sistema, a litigância converte-se em fator de erosão da confiança dos contribuintes, o que além de comprometer a eficiência na arrecadação de receita, compromete também perceções públicas sobre a legitimidade do Estado fiscal.

Pode por conseguinte afirmar-se a existência de uma litigância fiscal *desejável*, caracterizada pela utilização de mecanismos de comunicação institucionalizados, próprios do Estado de Direito, e uma litigância fiscal *indesejável*, que é aquela que nasce, não da tutela direitos e interesses legalmente protegidos, mas de fatores patológicos do sistema, tais como a sua excessiva complexidade e a excessiva instabilidade legislativa, com sucessivas alterações e normas interpretativas que geram incerteza. Manifesta-se também na opacidade procedimental e na inexistência de um diálogo prévio e eficaz com a administração, ampliada por atuações informadas mais por uma deslocada autocompreensão da administração como cobradora de receitas públicas, e menos como garante da legalidade fiscal, como sucede quando esta adota uma atitude adversarial face aos contribuintes, utilizando os meios graciosos apenas como formalidade, recusando rever as suas posições, mesmo perante jurisprudência consolidada em sentido diverso. Nestes casos, o litígio resulta de uma evitável escalada de posições entre a administração e os contribuintes, e mais do que facilitar o diálogo ou de dar expressão às garantias destes, agrava custos de contexto, contribui para o desperdício de recursos públicos, e desincentiva a colaboração e o investimento.

Sendo assim, neste texto não se pretende discutir a litigância fiscal gerada pelo legítimo recurso dos contribuintes a tutela jurisdicional, mas as causas de uma litigância fiscal intrassistémica, gerada pelo próprio sistema, seja pela forma como as leis fiscais são produzidas ou pela sua aplicação a situações individuais e concretas, pela administração, pelos contribuintes ou pelos tribunais. A litigância capaz de enfraquecer a confiança dos contribuintes no sistema, e em consequência, desincentivar os comportamentos espontâneos de cumprimento das obrigações fiscais([7]).

([7]) Naturalmente que, como nem sempre ocorre a sobreposição entre ambas as formas, é possível afirmar-se simultaneamente a supressão desta forma de litigância e a preservação da litigância aqui qualificada como constitutiva do Estado de Direito.

1.3. As causas e a transformação prudencial da administração

O ouroboros é um conhecido e antigo símbolo mítico, presente em múltiplas culturas e períodos, representando uma serpente ou um dragão que devora a própria cauda([8]). Como símbolo, serve de metáfora para a autorreferencialidade dos sistemas, na sua recursividade e no seu percurso de destruição e renovação, em ciclos de eterno retorno([9]). Similarmente, a litigância em matéria de impostos pode ser vista como um verdadeiro *ouroboros fiscal*: (*i*) o legislador cria uma pluralidade de normas, frequentemente densas, instáveis e de discutível coerência com o sistema a que pertencem, (*ii*) a administração aplica-as segundo o entendimento que delas faz, (*iii*) os contribuintes reagem exercendo os seus direitos, (*iv*) os quais são tutelados pelos tribunais, que julgam esses litígios, trazendo clareza ao conteúdo das leis e das obrigações fiscais, (*v*) que, ao declarar a ilegalidade dos atos impugnados, devolvem à administração ou até ao legislador, a necessidade de correção dos seus atos.

Este processo circular resulta da convivência de um processo legislativo *top down,* com um outro, discreto e implícito, e por isso frequentemente desvalorizado — mas não menos presente — que funciona numa lógica *bottom up*, num ciclo de renovação e unidade. Aqui, o conflito que nasce dentro do próprio sistema, também o renova, conduzindo-o a reinterpretar-se, clarificar-se e relegitimar-se. Pelo que, tal como o ouroboros, o contencioso fiscal deve ser compreendido, não apenas um subproduto do sistema, mas ainda como um seu elemento constitutivo e legitimador.

Donde a chave desta discussão não será tanto a procura de uma *bala de prata* para o fim de todos os litígios fiscais, mas antes isolar aqueles que nascem de um pobre desenho institucional, de procedimentos opacos e de interpretações administrativas resistentes à correção. O ponto de partida deste texto centra-se nas tradicionais causas da litigância deste tipo, relacionando-as com o modelo *compliance by design* a que o sistema atualmente se dirige, que tirando partido da tecnologia, fluxos de dados em tempo real, análises preditivas e cooperação transfronteiriça, procura incorporar no quotidiano dos contribuintes mecanismos que visam tornar o cumprimento fácil, verificável e previsível. Um movimento que nos últimos anos tem vindo a transformar as datadas conceções de uma administração controladora e repressiva para a nova administração, informada por

---

([8]) Platão, *Timeu*, trad. Rodolfo Lopes, Imprensa Universidade de Coimbra, 2013, 32*c*-34*a*.

([9]) Panos Merkouris, "*Debating the Ouroboros of International Law*", International Community Law Review, Apr 2007, pp. 1-31, Carl Jung, *Psicologia e alquimia*, Vozes, 1990, p. 136, *passim*.

um modelo essencialmente de supervisão e prevenção, mas que carrega consigo inevitáveis novos problemas. Problemas muitas vezes não antecipados, para cuja resolução os meios contenciosos tradicionais apresentam-se inadequados, devendo por isso ser repensados, sob pena de os ganhos de eficiência acabarem, por falta de adequadas salvaguardas de conceção e acompanhamento, sendo cancelados por aumentos de conflitualidade e perdas de confiança no sistema.

Este estudo assume como eixo esta tensão, organizando-se em três blocos: primeiro, um diagnóstico sobre as principais causas intrassistémicas da litigância fiscal([10]), passando depois a uma descrição do novo modelo *compliance by design*, determinante de um profundo reposicionamento da administração, analisado a partir do caso português, mapeando os principais instrumentos dessa transformação, e mostrando como estes podem assistir na redução da litigância fiscal e melhorar a seletividade da intervenção administrativa. Por fim, proceder-se-á a uma clarificação dos novos riscos e focos de conflito associados ao novo modelo, recolocando a litigância fiscal, não como falha do sistema, mas como como espaço institucional de concretização da lei fiscal, onde é continuamente problematizada, reinterpretada e atualizada a sua compreensão.

2. As causas da litigância fiscal excessiva, indesejável, patológica ou intrassistémica

2.1. Instabilidade e complexidade legislativa

Uma das principais causas da litigância fiscal intrassistémica é a frequentemente apontada excessiva complexidade e instabilidade da legislação([11]). Complexidade e instabilidade exponenciadas por uma certa displi-

---

([10]) A este respeito, acompanhar-se-á as conclusões do recente relatório *Litigância Tributária em Portugal, Análise de questões práticas*, Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF — Centro de Investigação em Direito Económico, Financeiro e Fiscal, 2025, e ainda do relatório de 2017 do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, *Justiça e eficiência, O caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais*, coordenado por Conceição Gomes.

([11]) *Litigância Tributária em Portugal, Análise de questões práticas*, Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF — Centro de Investigação em Direito Económico, Financeiro e Fiscal, 2025, p. 62; Justiça e eficiência, O caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Conceição Gomes (coord.), Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2017, p. 171.

cência legislativa face à circunstância de os poderes tributários serem daqueles que mais frequentemente desafiam os direitos e liberdades fundamentais.

A excessiva complexidade do sistema — com múltiplas normas de elevada densidade, mal formuladas, sem uniformidade terminológica, com desnecessárias remissões cruzadas e em permanente mutação e sujeitas a normas interpretativas — a vários títulos apenas acessível a especialistas e exigindo constantemente a intervenção aclaratória dos tribunais superiores, tem sido identificada como um fator([12]). Além disso, as frequentes alterações legislativas em matéria fiscal geram incerteza e imprevisibilidade([13]), sofrendo todos os códigos fiscais em média mais de uma alteração por ano. Esta volatilidade normativa compromete a segurança visada pelo sistema e impede uma compreensão clara e consistente das obrigações fiscais, criando desconfiança nos contribuintes quanto ao regime que no futuro lhes será aplicável. Desconfiança que não só gera resistências ao comportamento conforme, como é impeditiva do estabelecimento de diálogos desbloqueadores que aproximem contribuintes e administração, frequentemente conduzindo os contribuintes ao contencioso para esclarecer dúvidas e contrariar aplicações da lei consideradas retroativas ou manifestamente deficientes ou irrazoáveis.

A evidência empírica aponta para um excesso de litigância ancorado em fragilidades do sistema, originadas pelo próprio legislador fiscal([14]). O peso incomum de invocações de inconstitucionalidade como objeto de recurso([15]), tais como reserva de lei, proibição de retroatividade, proteção da confiança, delimitação de tipos de imposto e de competências, associa-se a uma qualidade legislativa deficitária e geradora de tensões mal resolvidas. Quando, num Estado de Direito consolidado, continuam a chegar

---

([12]) *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, p. 15. Ver ainda todos Ana Paula Dourado, *O Princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, 2007, pp. 576-592, Klaus Tipke e Joachim Lang, *Direito Tributário*, trad. Luiz Doris Furquim, Ed. Sérgio Antonio Fabri 2008, pp. 174, 178.

([13]) Klaus Tipke e Joachim Lang, *Direito Tributário*, trad. Luiz Doris Furquim, Ed. Sérgio Antonio Fabri 2008, pp. 55-56. Por exemplo, a Lei Geral Tributária (LGT) foi alterada 59 vezes desde a sua aprovação em 1998 e o Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) 46 vezes desde 1998.

([14]) Justiça e eficiência, O caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Conceição Gomes (coord.), Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 171, 185.

([15]) *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, pp. 16, 34.

com frequência ao topo da jurisdição fiscal questões sobre retroatividade, tipicidade e limites constitucionais, é sinal que existe incerteza estrutural gerada pela própria arquitetura legislativa, convertendo divergências interpretativas em contenciosos recorrentes.

A par destes focos de litigância, nota-se uma excessiva relevância de temas processuais e de forma como expressão de ineficiências legais alimentadas pelo próprio ordenamento, em detrimento de questões de mérito que deveriam orientar um sistema coerente de jurisprudência([16]). O resultado é uma complexidade sistémica: normas que carecem de depuração e coordenação, processos que privilegiam incidentes formais e um terreno fértil para objeções de prazo e de constitucionalidade. Esta dispersão processual funciona como multiplicador de litigância, alimentando recursos sobre questões formais e não ajudando a clarificar as obrigações de imposto ou o direito material objeto de controvérsia.

A instabilidade e a complexidade legislativa manifestam-se sobretudo através: (*i*) da sobre representação de discussões sobre constitucionalidade e prazos, (*ii*) da dispersão do contencioso para incidentes processuais e (*iii*) da mensagem sistémica de que o legislador não está suficientemente atento aos direitos dos contribuintes, impondo ao sistema judicial uma função corretiva que deveria ser mitigada a montante.

2.2. Incertezas interpretativas e ausência de diálogo prévio

Intimamente ligada à excessiva complexidade e instabilidade legislativa, é a incerteza na interpretação das normas fiscais e a falta de mecanismos de diálogo pré-contencioso, entre a administração e os contribuintes. Estudos da OCDE destacam há vários anos que a complexidade e instabilidade do sistema fiscal português traduzem-se em custos de cumprimento excessivos e incerteza para empresas e particulares, desencorajando o investimento de longo prazo([17]). Normas pouco claras ou ambíguas dão azo a entendimentos divergentes, sendo comum que a administração mantenha uma determinada interpretação da lei, mesmo

---

([16]) *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, p. 15.

([17]) Relatório OCDE *Portugal: Consolidação da Reforma Estrutural para o Apoio ao Crescimento e à Competitividade*, julho de 2014, p. 41.

após os tribunais superiores considerarem-na reiteradamente ilegal, conduzindo os contribuintes a litigar para ver reconhecida a interpretação correta, entretanto aceite por todos exceto pela administração([18]). Esta situação, além de descredibilizar a legitimidade democrática da administração, revela a ausência de canais eficazes de esclarecimento e consenso pré-contencioso([19]).

Mesmo assim, a tendência a que hoje se assiste é a de desinvestimento em canais de contacto informal direto, que salvo raras exceções([20]), foram tornados incipientes como os demais canais de consultas prévias com a administração. Na prática, das muitas questões que poderiam ser resolvidas presencial ou procedimentalmente acabam por escalar para reclamações e impugnações judiciais ou arbitrais, quando não se dão os frequentes casos de os contribuintes simplesmente resignarem-se, desen-

---

([18]) Veja-se, a título ilustrativo, a persistência da Autoridade Tributária em aplicar a presunção prevista no art. 6.º, n.º 4, do código do IRS, qualificando como adiantamentos por conta de lucros quantias recebidas pelos sócios em nome da sociedade, mesmo na ausência de lançamentos em conta-corrente do sócio escrituradas na sociedade, mesmo após a jurisprudência reiteradamente os afirmar como pressuposto para a presunção operar, como sucedeu nos acórdãos do TCA Sul de 10-12-2003 (proc. 00592/03), 31-03-2016 (proc. 06368/13), 7-05-2020 (proc. 596/04.8BESNT), de 31-01-2019 (proc. 1244/06.7BESNT), 30-09-2019 (proc. 2314/07.0BELSB), de 24-03-2022 (proc. 1955/09.5 BELRS) e do TCA Norte de 21-03-2024 (proc. 00457/08.1BEBRG). Cf. *Litigância Tributária em Portugal, Análise de questões práticas*, Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF — Centro de Investigação em Direito Económico, Financeiro e Fiscal, 2025, pp. 14-25. Outro exemplo paradigmático está na tributação das mais-valias imobiliárias dos não residentes: a administração continuou a liquidar imposto sobre 100% da mais-valia, recusando aplicar a regra do art. 43.º, n.º 2, do código do IRS que para os residentes apenas considera a mais-valia em 50% do seu valor, não obstante a jurisprudência do acórdão Hollmann proferido pelo TJUE (em 11-10-2007, proc. C-443/06), que consideraram tal prática contrária à livre circulação de capitais nos termos do art. 63.º do TFUE, e a jurisprudência pacífica e uniforme do STA em diversos acórdãos, designadamente de 16-01-2008 (proc. 0439/06), de 22-03-2011 (proc. 01031/10), de 03-02-2016 (proc. 01172/14), de 20-02-2019 (proc. 0901/11.0BEALM) e de 17--11-2023 (proc. n.º 11/2023).

([19]) O consenso pré-contencioso é perfeitamente compatível com a indisponibilidade do crédito tributário (art. 30.º, n.º 2 da LGT), já que se esta pressupõe a certeza sobre a obrigação de imposto, a verdade é que esta é frequentemente marcada pela incerteza, que abre o espaço para consensos que atenuem ou eliminem o "*conflito de apreciações quanto à existência e conteúdo da obrigação de imposto*" (Alberto Xavier, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, 1972, p. 544). Atualmente, o espaço procedimental existente entre a notificação do ato e a reclamação graciosa é atualmente, no essencial, uma *terra de ninguém*, pautada pelo silêncio da administração designadamente sobre a declaração de substituição apresentada pelo contribuinte e onde impera o indeferimento tácito. Muitas divergências meramente documentais ou de cálculo poderiam resolver-se com uma troca formal ou uma reunião técnica, conducentes à fixação da matéria que fica assente e do que resta controvertido e de eventuais elementos em falta. A procedimentalização de uma fase de triagem ou saneadora deste tipo sobretudo evitaria a degeneração de muitas divergências em controvérsias ou facilitaria a sua resolução ainda em fase administrativa, subtraindo-as aos tribunais.

([20]) Com sucede com os contribuintes que integram a lista dos grandes contribuintes.

corajados pela ausência de respostas satisfatórias e compreensíveis e pela inoperância ou morosidade dos meios supostamente ao seu dispor.

Esta ausência de uma instância operante de esclarecimento e consensualidade pré-contenciosa revela-se como uma importante causa estrutural de muita da litigiosidade existente. Litigiosidade que o sistema fiscal podia facilmente evitar, caso fossem consideradas as causas sistémicas de incompreensão entre contribuintes e administração, atualmente mais autocompreendidos como adversários do que como parceiros alinhados na prossecução do objetivo comum da realização da prestação tributária resultante dos critérios legais.

A insuficiente utilização ou operância de vias administrativas prévias é um fator decisivo na transformação de divergências interpretativas em litígios judiciais. Em 73% dos recursos analisados no STA não houve recurso administrativo prévio ou não foi possível identificá-lo, amputando oportunidades de resolução a montante da via judicial([21]). Em termos funcionais, isto significa que a primeira verdadeira discussão da legalidade dos atos tributários ocorre já em tribunal, aumentando os gastos do Estado com a sua resolução. A par disso, a excessiva relevância de questões procedimentais sinaliza a dificuldade de resolução de disputas na fase anterior. A Autoridade Tributária não cumpre os prazos legais de decisão e frequentemente não assegura o direito de participação dos contribuintes nas decisões que lhes digam respeito. Quando formalmente reconhece esse direito, desconsidera os fundamentos aduzidos pelo contribuinte na decisão final, limitando-se a afirmar a sua insuficiência para alterar a decisão, escusando-se frequentemente a fundamentar essa conclusão. Quando decide, tende a sustentar leituras enviesadas no sentido da arrecadação da maior prestação de imposto possível, vendo-se os contribuintes obrigados a recorrer aos tribunais para obter a decisão credível e imparcial que não creem possível obter na fase administrativa. Sem uma triagem eficaz conseguida através de diálogos pré-contenciosos, as incertezas aplicativas da lei são desproporcionadamente transferidas para a fase judicial, inflacionando o número e a morosidade dos processos entregues aos tribunais([22]).

([21]) *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, p. 38.

([22]) Quando o contribuinte apresenta declaração de substituição e a administração entenda que deve solicitar-se elementos adicionais, deve haver um procedimento saneador, com uma função essencialmente de esclarecimento e clarificação. Este visaria remover a incerteza sobre a obrigação de imposto, e produzir: (*i*) um ato de liquidação aquilo que foi possível apurar, e ou (*ii*) um ato listando os temas em que há incerteza ou divergências. Como é um processo de verificação de documentos e liqui-

Na arquitetura procedimental atual, a administração falha em filtrar os casos que podem ser resolvidos consensualmente, como os de simples correção de erros ou verificação documental, empurrando para o topo litígios que deveriam ser resolvidos a montante e extrajudicialmente. Apesar de o legislador anunciar um *duplo grau de decisão* (art. 47.º, n.º 1 do CPPT), a prática antes tolera e normaliza múltiplos momentos de reapreciação administrativa com sucessivas decisões sobre o mesmo ato tributário([23]). Estas diluem a predisposição para o encontro de soluções, transformando-se em rituais confirmatórios da posição inicial, não trazendo qualquer ganho de substância para qualquer uma das partes.

O resultado é um contencioso de *pirâmide invertida*, onde a base não depura adequadamente os casos que devia resolver, e o topo acaba por acumular casos que nunca deviam chegar a tribunal. A ausência de um mecanismo procedimental claro e vinculativo de diálogo pré-contencioso explica, em larga medida, esta ineficiência estrutural. Sem esse *primeiro travão*, as divergências interpretativas e questões documentais triviais são projetadas para a tutela jurisdicional, consumindo tempo, saturando o sistema e degradando a sua capacidade para resolver os problemas de maior complexidade. Um pré-contencioso dotado de um maior grau de procedimentalização revela-se deste modo como condição para o reequilíbrio da pirâmide, reservando aos tribunais tributários os litígios que apenas estes podem solucionar.

2.3. Desadequada conceção de interesse público

A própria forma como a administração atua face aos contribuintes, sugerindo por vezes uma verdadeira *mentalidade de cerco*, coloca em crise a segurança jurídica, conduzindo ela própria ao aumento da litigiosidade([24]). Não sendo a consensualidade incompatível com a indisponibili-

---

dação, este procedimento deve decorrer em sessenta dias, implicando a suspensão da cobrança coerciva, que poderia estender-se se o incumprimento daquele prazo não se dever a conduta imputável ao contribuinte. Após esta fase já fará sentido apresentar reclamação graciosa da liquidação que sai deste procedimento, já com argumentos de facto e de direito sobre a questão que previamente foi possível destilar.

([23]) Podemos desde logo encontrar os seguintes cinco: (*i*) após declaração, a decisão de liquidação; (*ii*) após declaração de substituição, a nova liquidação ou a convolação daquela em reclamação graciosa; (*iii*) a decisão da reclamação graciosa; (*iv*) a decisão em recurso hierárquico; e, já em juízo, (*v*) a reapreciação prévia à contestação apresentada pela Representação da Fazenda Pública.

([24]) FMI/OECD, *Progress Report on Tax Certainty*, Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, 2019, p. 9.

dade dos créditos tributários([25]), a adoção de uma postura colaborante e conciliadora e o apoio aos contribuintes no cumprimento das suas obrigações fiscais([26]), permitiriam impedir a escalada de muitas controvérsias desnecessárias para litígios judiciais ou arbitrais.

Muito embora as estatísticas agregadas revelem uma percentagem significativa de deferimentos na fase contenciosa administrativa([27]), a verdade é que, dada a ausência de outros canais eficazes de esclarecimento e consenso pré-contencioso, a larga maioria destes casos refere-se essencialmente a simples discrepâncias ou lapsos manifestos, suscetíveis de serem corrigidos pelos próprios funcionários que intervieram no procedimento. Como vimos, tantas ocasiões de reapreciação acabam por ter o resultado inverso: a administração tende a confirmar o ato do serviço que o precedeu, sendo as questões levantadas muitas vezes tratadas numa ótica de blindagem da posição inicial. Ao invés da responsabilização de quem decide, o que se obtém é o entrincheiramento e a polarização de posições entre as partes. Os meios graciosos de anulação acabam por ser utilizados pelos contribuintes por *default*, para resolver bagatelas que deviam ser previamente assentes, e nos restantes casos são tratados pela administração defensivamente, como instâncias de reafirmação da posição inicial. Existe aliás a perceção, confirmada pela experiência e evidenciada pelas estatísticas relativas a recursos hierárquicos([28]), de que, sobretudo nos casos de maior complexidade ou valor, a administração opera em modo de fecho cognitivo, só alterando a sua posição se judicialmente compelida a fazê-lo.

Verifica-se assim que a administração, ao invés de imparcial e comprometida com a realização da legalidade fiscal, adota uma postura confrontacional, frequentemente confundindo o interesse público secundário de administrar os impostos segundo critérios de legalidade([29]), com o interesse público primário satisfazer as necessidades financeiras do Estado através da arrecadação de receita a todo o custo. Exigem-se dos contri-

---

([25]) Cf. o referido na nota 19.

([26]) Art. 2.º, n.º 2, al. *h*) do Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15 de dezembro, que aprovou a orgânica da Autoridade Tributária e Aduaneira.

([27]) Em 2024 67,7% das decisões tomadas em sede de reclamação graciosa tiveram provimento a favor do contribuinte. Cf. *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 134.

([28]) Em 2024, os recursos hierárquicos concluídos representaram 3,78% do contencioso administrativo de anulação. Em 2014, apenas 19,7% das decisões de mérito em recursos hierárquicos foram favoráveis ao contribuinte, sendo o seu prazo médio de decisão de 16,82 meses. Cf. *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 132-137.

([29]) Trata-se, por conseguinte, de uma competência funcionalizada ao princípio da legalidade [art. 266.º, n.º 2 da CRP e arts. 8.º, n.º 2, al. *a*) e 55.º da LGT].

buintes documentos comprovativos de factos ao dispor da administração, baseiam-se decisões com a não exibição de documentos nunca solicitados e não exigidos por lei, frequentemente privilegiando-se a defesa intransigente de liquidações sem base factual sólida ou assente em meras perceções, e insistindo-se em teses desconformes à jurisprudência dos tribunais superiores([30]). Além de frequentemente desconsiderarem-se presunções legais e o dever de investigação com vista à descoberta da verdade material, um dever que apesar de postulado pela necessidade de assegurar a aplicação da lei apenas aos casos a que se destina([31]), sofre por falta de meios, num sistema que privilegia a tributação de rendimentos reais, assente no princípio capacidade contributiva. Uma atuação que acaba por prejudicar não só aqueles que assim são sujeitos a desnecessários contenciosos, dispendiosos em dinheiro e em tempo das suas vidas, como o Estado, que assim vê consumidos recursos, que de outro modo seriam canalizados para a mais célere e eficaz resolução dos litígios verdadeiramente inevitáveis, a coesão social e a confiança dos cidadãos no Estado fiscal.

A verdade é que este não é um problema sem solução. O repensar do procedimento, com a aposta, por um lado, na procedimentalização da fase pré-contenciosa, destinada à resolução de erros manifestos e à obtenção de elementos de prova, onde impere o esclarecimento, a verificação e a consensualidade, e por outro, na redução dos múltiplos níveis decisórios com a substituição do recurso hierárquico por uma regulamentação da timidamente existente reapreciação prévia à contestação, após a abertura da fase judicial — muito à semelhança do que já sucede na fase procedimental arbitral (art. 13.º do RJAT) — seria um importante instrumento para reduzir redundâncias, responsabilizar a administração e otimizar a sua eficiência criando distintos níveis de complexidade de decisão([32]). O que traria

---

([30]) Justiça e eficiência, O caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Conceição Gomes (coord.), Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 186-189.

([31]) José Avilez Ogando, "*Procedimento e verdade material como extensões da reserva de lei fiscal*", Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano XIV, 1/4, 2023.

([32]) Sendo o primeiro nível junto do próprio funcionário que praticou o ato, em resultado da declaração de substituição, com a fixação pré-contenciosa dos factos tributários apurados e a apurar, num procedimento saneador, com uma função essencialmente de esclarecimento e clarificação; o segundo nível, em sede de reclamação graciosa da liquidação que sai deste procedimento, da análise por superior hierárquico ao nível de órgão periférico local ou regional, das pretensões de facto e agora também de Direito do caso previamente decantado; e um terceiro nível, quando o contribuinte decida recorrer aos tribunais, em que a administração, já na posse de todos os elementos, e sabendo que se nada fizer o assunto será decidido pelos tribunais, é chamada a decidir se pretende impedir o litígio judicial ou arbitral, e em caso negativo, sem obrigação de produzir qualquer ato formal. Esta reapreciação deve ser feita já ao nível de Direção de Serviço, por órgão capaz de ponderar questões jurídicas

melhores prospetos à confiança nos serviços e à subtração aos tribunais dos litígios que podem e devem ser resolvidos a montante.

2.4. Morosidade processual

A morosidade processual fragiliza a eficiência do sistema fiscal e a confiança dos contribuintes([33]), sinalizando um acoplamento imperfeito entre as normas fiscais substantivas e os meios ao dispor do Estado para assegurar a sua aplicação. A ausência de uma triagem administrativa compreensiva e eficaz empurra para os tribunais conflitos que poderiam ser resolvidos por contacto direto ou procedimentalmente, porventura por referência a jurisprudência consolidada.

Para o contribuinte, a morosidade significa o prolongamento da incerteza, com imobilização de recursos, necessidade de garantias, custos de representação, risco reputacional, potenciais juros ou perda de oportunidades de investimento. Para a administração e os tribunais, significa o acumular de processos para lá das suas capacidades de resposta, consumindo tempo e recursos, agora mais direcionados para a sua mitigação do que para o incremento da qualidade das suas decisões. Neste contexto, a entidade incumbida da tarefa de arrecadação de receita acaba por consumir uma grande parte dela, não impedindo a transferência para os tribunais de um elevado volume de litígios que dispensariam intervenção judicial, agravando as perceções de parcialidade e ineficiência que ainda mais degradam a confiança dos contribuintes na administração.

Em 2024, 31% dos recursos hierárquicos pendentes tinham mais de dois anos([34]), excedendo largamente o prazo de sessenta dias, legalmente previsto para a sua decisão([35]). No contencioso judicial, a situação não é

---

complexas, como da aplicação de parâmetros de nível superior, tais como casos de aplicação de lei inválida, de violações de direitos fundamentais, aplicação do princípio do mínimo de existência, questões de Direito Europeu, entre outras.

([33]) *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, p. 12, nota de rodapé 6; Justiça e eficiência, O caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Conceição Gomes (coord.), Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 347-353.

([34]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 136.

([35]) Art. 66.º, n.º 5 do CPPT. A morosidade da administração foi também notada pela OCDE no seu relatório *Portugal: Consolidação da Reforma Estrutural para o Apoio ao Crescimento e à Competitividade*, julho de 2014, p. 42.

melhor: os dados empíricos mostram que a duração total dos processos desde a primeira instância até ao seu trânsito em julgado em instância de recurso, o tempo médio ultrapassa os quatro anos (1770 dias), chegando a atingir extremos superiores a 15 anos em alguns processos. No entanto, a dispersão dos dados apresentados no estudo em análise — de 51 a 5.679 dias — sugere que na sua contagem, já de si elevada, foram incluídos os processos urgentes, o que permite supor tempos médios largamente superiores([36]).

Este panorama de morosidade crónica da jurisdição tributária([37]) significa que os contribuintes ficam durante anos de capitais imobilizados, ficando em muitos casos o Estado privado de arrecadar a prestação devida a final ou obrigado a restituir quantias pagas indevidamente, acrescida de juros avultados.

A morosidade procedimental é em si mesma uma causa de litigância fiscal([38]), na medida em que prolonga a incerteza do contribuinte sobre a sua situação, incentivando o recurso aos meios judiciais por formação do indeferimento tácito ou pela motivação dos contribuintes em provocar na administração a decisão que esta tarda em dar. Já a morosidade processual, não dando causa direta a nova litigância é, no entanto, um seu multiplicador na medida em que congestiona os tribunais, reduzindo a eficiência da justiça fiscal e a confiança que nela depositam contribuintes e investidores. Mitigá-la requer uma abordagem combinada: (*i*) de prevenção, reforçando os canais de diálogo pré-contencioso, (*ii*) de gestão, adotando soluções de gestão ativa e ferramentas de gestão processual, e (*iii*) na decisão, designadamente simplificando a fundamentação das decisões. Resolver o problema dos tempos da justiça fiscal significa remover um obstáculo crónico e transformá-lo num importante ativo de credibilidade para o sistema.

([36]) Os dados dos estudos que temos vindo a acompanhar sugerem que os tempos médios neles indicados estarão muito subestimados. Desde logo, cerca de 30% das observações não permitiram calcular o tempo total por falta do número do processo de 1.ª instância. Cf. *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, p. 87.

([37]) Note-se incidentalmente que, utilizando como amostra os acórdãos mencionados na nota de rodapé n.º 16, que sejam identificados pelo seu número de processo inicial — os acórdãos do TCA Sul de 7-05-2020 (proc. 596/04.8BESNT), de 31-01-2019 (proc. 1244/06.7BESNT), de 30-09-2019 (proc. 2314/07.0BELSB), de 24-03-2022 (proc. 1955/09.5 BELRS), do TCA Norte de 21-03-2024 (proc. 00457/08.1BEBRG) e do STA de 20-02-2019 (proc. 0901/11.0BEALM) — podemos concluir que o respetivo tempo médio de pendência é de 13 anos.

([38]) Justiça e eficiência, O caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Conceição Gomes (coord.), Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2017, p. 185.

2.5. Perceções de parcialidade e desconfiança

Outra importante causa da litigância fiscal intrassistémica, indesejável ou excessiva é a erosão da confiança dos contribuintes na imparcialidade do sistema fiscal. Quando os contribuintes encaram a administração e mesmo o legislador fiscal como parciais ou pouco legítimos, tendem privilegiar a resistência ao cumprimento sobre a adesão espontânea, contestando as decisões por desconfiança de que os seus direitos e a sua situação individual e concreta estão a ser considerados na devida medida.

Essa perceção resulta dos vários fatores atrás apontados: (*i*) a excessiva complexidade e constantes mudanças legislativas que frustram expectativas legítimas, (*ii*) procedimentos opacos e demorados, e (*iii*) decisões administrativas invariavelmente favoráveis ao fisco em casos complexos. E traduz-se num défice de legitimidade da administração, menos percecionada como neutro executante da legalidade fiscal, e mais como agente cobrador de receita([39]).

Adicionalmente, os resultados do contencioso podem reforçar essa impressão, já que em decisões tomadas pelo STA entre os anos de 2018 e 2019, a administração saiu vencedora em cerca de 46% dos casos, contra 35% de decisões favoráveis ao contribuinte([40]). Embora tais números não reflitam necessariamente um enviesamento, do ponto de vista do contribuinte, alimentam a sensação de desequilíbrio em seu desfavor.

([39]) Como noutro lugar se escreveu, os incentivos laborais legalmente instituídos para os funcionários e agentes da Autoridade Tributária têm por objetivo "*estimular e compensar a produtividade do trabalho*" desses mesmos funcionários e agentes (art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 335/97, de 2 de dezembro), a qual é medida em função "*das cobranças coercivas derivadas de processos instaurados nos serviços* (…) *bem como das receitas de natureza fiscal arrecadadas*" (art. 1.º, n.º 2 da Portaria n.º 132/98 de 4 de março). Pelo que para o Governo, e por decorrência, para a administração, a conceção de *adequado exercício da sua função*, determinante dos incentivos salariais dos funcionários e agentes da Autoridade Tributária, depende, não da produtividade procedimental orientada à concretização da legalidade fiscal, mas do montante de cobranças coercivas e receitas arrecadadas pelos serviços, métrica que afinal exprime um interesse de natureza financeira. Cf. José Avilez Ogando e Duarte Canau, "*O nevoeiro fiscal e a transparência devida aos contribuintes*", Nova Tax Research Series, Vol. 3, 2025, p. 199-200.

([40]) *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, pp. 13, 87.

2.6. Em busca de um novo paradigma

A excessiva e evitável litigância fiscal a combater é, assim, aquela que é sintoma (*i*) da complexidade e instabilidade do sistema fiscal; (*ii*) de uma incerteza agravada pela inoperância dos meios de comunicação entre a administração e o contribuinte, (*iii*) de erradas conceções de interesse público, (*iv*) de uma excessiva morosidade dos meios de tutela da legalidade, e (*v*) de perceções de parcialidade e desconfiança.

Este contencioso excessivo, volumoso e demorado, acarreta elevados custos de contexto e retração económica, representa um dispêndio de recursos, para os contribuintes e para o Estado, que poderiam ser canalizados para atividades produtivas ou para a melhoria dos serviços públicos. E atua ele próprio como causa de maior litigiosidade fiscal, na medida em que o descontentamento e as entropias por ele criadas alimentam por sua vez a renovação do ciclo de conflitos. Quando a legislação é ambígua e muda constantemente, não havendo canais eficazes de diálogo e aproximação, e a administração adota uma postura adversarial e pouco colaborativa, é natural que às disputas inevitavelmente presentes no sistema, acrescentem-se outras que podiam ser evitadas. Todos os esses fatores apontam para uma importante carência, no sistema fiscal, do enfoque preventivo e colaborativo pretendido com uma abordagem orientada ao cumprimento.

Neste contexto, há que fazer referência a importantes transformações que o sistema fiscal atualmente atravessa, a começar pela alteração do paradigma orientador da atividade das administrações fiscais. Deste modelo espera-se a mitigação dos casos de litigância intrassistémica, gerando mecanismos capazes de promover: (*i*) elevados índices de cumprimento espontâneo (*ii*) uma comunicação transparente e aberta entre a administração e os contribuintes, e (*iii*) procedimentos administrativos transparentes, participados e abertos à jurisprudência dos tribunais superiores. Vejamos em consiste este novo modelo e qual o atual estado da sua implementação em Portugal.

3. O modelo *tax compliance by design* na realidade portuguesa

3.1. O novo paradigma

3.1.1. Nos últimos anos temos assistido a uma lenta, mas inexorável alteração de paradigma na atividade de gestão fiscal, que tira partido da natural evolução do Direito fiscal, mas mais recentemente, (*i*) da digitalização da economia, (*ii*) do acesso da administração a tecnologia e a dados, e (*iii*) do aprofundamento das formas de cooperação transnacional. De uma concentração de recursos em inspeções tributárias e em intervenções repressivas *a posteriori*, temos vindo a assistir a uma transição, visível na programação do sistema fiscal e na atuação da administração, para uma lógica *compliance by design*. Neste modelo, o cumprimento das obrigações fiscais é integrada nativamente nas práticas quotidianas das empresas e nas rotinas dos cidadãos, com as operações em que estes intervêm, colocadas, quase em tempo real, ao dispor da administração([41]). Esta abordagem aproveita ferramentas como a faturação certificada, a contabilidade eletrónica, o *cloud computing*, a interconexão de dados, a inteligência artificial e a cooperação com intermediários, instrumentos que viabilizam o acompanhamento de fluxos massivos de dados, facilitando análises preditivas de risco, e possibilitando a correção imediata de omissões e desconformidades.

Mais do que tratamento de declarações fiscais, seguida de uma atuação repressiva dos contribuintes incumpridores, a nova abordagem permitirá à administração assumir uma intervenção preventiva([42]), implicando a permanente interação entre contribuintes e administração, com contínuo acesso e gestão da informação([43]). De um modelo em que a relação fiscal é vista numa lógica de *transmissão de bens*, em que o valor é realizado com a entrega pelos contribuintes de declarações e da prestação devida, passa-se ao modelo de uma administração prestadora de serviços, onde o valor pode ser encontrado no contínuo acompanhamento dos contribuintes, suportada pela integração das obrigações fiscais com os seus sistemas e processos quotidianos([44]).

([41]) Relatório OCDE, *Tax Compliance by Design: Achieving Improved SME Tax Compliance by Adopting a System Perspective*, 2014, pp. 3, 7, 30.

([42]) Relatório OCDE, *Tax Compliance by Design: Achieving Improved SME Tax Compliance by Adopting a System Perspective*, 2014, pp. 21-23.

([43]) Relatório OCDE, *Tax Compliance by Design: Achieving Improved SME Tax Compliance by Adopting a System Perspective*, 2014, p. 30.

([44]) Relatório OCDE, *Tax Compliance by Design: Achieving Improved SME Tax Compliance by Adopting a System Perspective*, 2014, pp. 23-24.

Em Portugal, assistimos à implementação deste paradigma quando a lei prevê a obrigatoriedade de faturação eletrónica através de programas certificados, a partilha de SAF-T Contabilidade, a utilização de algoritmos de risco e inteligência artificial no tratamento desses dados. Mas vemo-lo também quando a lei coloca ao dispor de contribuintes pessoas singulares ferramentas como emissão de recibos, e-Fatura, *QR Code* e declarações pré-preenchidas, tornando-os parceiros no tratamento desses dados, dando-lhes incentivos, sob a forma de deduções fiscais, à colaboração no registo e classificação de faturas emitidas por terceiros([45]).

3.1.2. No seu *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras* de 2024([46]), a Autoridade Tributária defende a adoção de um modelo piramidal na relação com os contribuintes, que parte da sua classificação em função da atitude revelada perante o cumprimento de obrigações fiscais, com vista a calibrar a sua resposta segundo critérios de eficiência. O modelo postula uma atuação administrativa sensível à relação inversa entre o número de contribuintes e o grau de relutância no cumprimento: quanto menor a disposição para colaborar, menor o número de sujeitos passivos e maiores os custos de controlo e de cumprimento associados.

A base da pirâmide é composta pela generalidade dos contribuintes, aqueles que cumprem espontaneamente as suas obrigações fiscais e apresentam menores custos de cumprimento. Para este grupo, a estratégia da administração deveria em tese centrar-se na simplificação, na presunção de cumprimento e no apoio proativo, tornando o cumprimento fácil, rápido e intuitivo. Num nível intermédio estão os contribuintes que querem cumprir, mas nem sempre conseguem, seja por desconhecimento das regras, dificuldades técnicas ou constrangimentos económicos. Para estes, a administração disponibiliza apoio acrescido, designadamente através de mecanismos de regularização ou correção de falhas, prevenindo que estas situações degenerem em incumprimento e libertar recursos humanos, melhor alocados para outros fins. Mais acima na pirâmide surgem os contribuintes que hesitam em cumprir ou que procuram explorar zonas cinzentas da lei. Face a estes, a intervenção é mista: combina-se a monitorização reforçada com incentivos ao cumprimento voluntário, introduzindo-se medidas de dissuasão, auditorias dirigidas por algoritmos de risco, comu-

---

([45]) Arts. 31.º, n.º 13, 78.º-B, n.º 1 e 5, 78.º-C, n.º 1, 78.º-D, n.º 1, 78.º-E, n.º 2, 78.º-F, n.os 1, 3, 7 e 8 e 84.º, n.º 1 do código do IRS.

([46]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 20-21.

nicação proativa de divergências detetadas em tempo real e a aplicação de sanções dissuasoras de comportamentos de risco. Por fim, no topo da pirâmide estão os contribuintes que não querem cumprir e adotam deliberadamente práticas de fraude ou evasão, exigindo da administração um verdadeiro esforço de cobrança. Para este grupo restrito, a administração reserva os instrumentos mais gravosos, tais como ações inspetivas, medidas sancionatórias, reversão de processos executivos e recurso ao contencioso penal.

Este modelo reflete os dilemas e os *trade-offs* da administração na gestão da sua atividade: em vez de tratar todos os contribuintes com a mesma intensidade fiscalizadora, a administração propõe a estratificação dos níveis de intervenção de acordo com perfis de risco e colaboração dos contribuintes. Por outro lado, revela uma transição no foco — anteriormente ancorado retrospetivamente na declaração fiscal — para os comportamentos a adotar nas relações procedimentais em curso. O objetivo é a eficiência na alocação de recursos e o incentivo do cumprimento espontâneo desde a origem, aliviando a carga e promovendo a confiança dos que pretendem cumprir, concentrando os recursos da administração onde o risco é mais elevado, e direcionando a reação sancionatória para os casos mais graves de incumprimento intencional.

3.2. Os quatro pilares da digitalização da administração fiscal portuguesa

Portugal apresenta um caso ilustrativo desta transformação. A administração fiscal portuguesa consolidou, na última década, uma sofisticada infraestrutura digital de suporte ao cumprimento, que combina soluções tecnológicas domésticas com a participação em mecanismos internacionais de transparência e partilha de informações. Detenhamo-nos um pouco sobre os pilares desta estratégia, atualmente ainda em processo de implementação.

3.2.1. Reporting e transparência digital

O primeiro pilar desta estratégia é o acesso da administração a informação completa e estruturada, suportada por ferramentas digitais de transmissão de dados, integradas nos processos quotidianos das pessoas e das empre-

sas. Hoje a Autoridade Tributária beneficia da obrigação legal de utilização, pelas empresas, de programas de faturação certificados, que asseguram a emissão de documentos de forma padronizada e impedem a manipulação retroativa dos registos([47]). Esses programas exportam periodicamente o ficheiro SAF-T (*Standard Audit File for Tax Purposes*), que contém dados estruturados sobre faturação, contabilidade e inventários, permitindo à administração o acesso sistemático e uniforme às operações de cada sujeito passivo. O envio obrigatório do SAF-T reforça o controlo cruzado de dados e amplia a capacidade de auditoria digital, ao mesmo tempo servindo de base ao pré-preenchimento automático das declarações de IVA e IES([48]).

A criação do sistema e-Fatura([49]) associada a soluções legislativas incentivadoras do seu registo e classificação por parte dos contribuintes, aprofunda esta interconexão. Além de gerar um rasto digital completo das transações, do registo, quase em tempo real, de todas as faturas emitidas no país, o sistema assenta na colaboração dos contribuintes da criação e manutenção dessa base de dados, introduzindo faturas e ajudando na sua classificação. Em 2024, a plataforma e-Fatura recebeu cerca de 6,52 mil milhões de faturas, um aumento de 3,8% face a 2023. Este volume impressionante demonstra o alcance do sistema na recolha de dados de IVA e rendimentos e possibilita cruzamentos automatizados que rapidamente detetam omissões ou incoerências([50]). Além disso, desde 2022 passou a ser

---

([47]) A obrigação de utilização de programas de faturação certificados encontra-se prevista no art. 123.º, n.º 8 do Código do IRC, que impõe aos sujeitos passivos com contabilidade organizada a emissão de faturas e outros documentos fiscalmente relevantes através de programas informáticos certificados pela Autoridade Tributária. O seu regime específico consta da Portaria n.º 363/2010, de 23 de junho, que na sua redação atual estabelece as regras de certificação dos programas informáticos de faturação, definindo quem está obrigado à sua utilização e os respetivos requisitos técnicos e funcionais.

([48]) O formato e conteúdo do ficheiro foram definidos pela Portaria n.º 321-A/2007, de 26 de março, posteriormente alterada, estabelecendo a estrutura normalizada de dados relativos à faturação, contabilidade e inventários. A obrigatoriedade de comunicação periódica destes ficheiros foi introduzida e densificada pela Portaria n.º 382/2012, de 23 de novembro, sobre faturação, pela Portaria n.º 302/2016, de 2 de dezembro, sobre contabilidade, para efeitos da IES, e pela Portaria n.º 31/2019, de 24 de janeiro relativa a inventário e atualização do modelo de ficheiro SAF-T (PT) relativo à contabilidade. O art. 114.º, n.º 2, da Lei n.º 45-A/2024 (Orçamento de Estado para 2025) estabelece que a submissão do ficheiro SAF-T (PT) relativo à contabilidade "*é aplicável aos períodos de 2026 e seguintes, a entregar em 2027 ou em períodos seguintes*".

([49]) O sistema e-Fatura foi criado pelo Decreto-Lei n.º 198/2012, de 24 de agosto, que estabeleceu a obrigação de comunicação eletrónica de faturas à Autoridade Tributária, posteriormente regulamentado pela Portaria n.º 426-A/2012, de 28 de dezembro, que definiu os termos técnicos de comunicação e operacionalizou a plataforma. Mas o sistema ficou completo com o Decreto-Lei n.º 66-B/ /2012, de 31 de dezembro, que o reforçou, associando-lhe os incentivos ao registo, verificação e classificação de faturas, mediante a dedução de despesas gerais familiares em sede de IRS.

([50]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 16.

obrigatória a inclusão de um código QR em todas as faturas([51]), que facilitou a sua comunicação voluntária por parte dos contribuintes através da plataforma e-Fatura. Em 2024, cerca de 72% das 9 milhões de faturas comunicadas por consumidores para efeitos de benefícios fiscais foram transmitidas através da leitura do *QR Code* via aplicação móvel, ficando apenas 28% dos registos a cargo de inserção manual no portal([52]).

A articulação entre programas certificados de faturação, SAF-T, e-Fatura e *QR Code*, criam uma infraestrutura digital abrangente que envolve os contribuintes no controlo das suas próprias faturas e garante à administração fiscal um fluxo contínuo de dados fiáveis e auditáveis. Através deles obtém-se uma redução nos erros de reporte e atrasos, e a prevenção de litígios relacionados com discrepâncias em despesas dedutíveis em IRS ou em IVA.

Outro marco da transformação digital é o pré-preenchimento automático das declarações fiscais, proporcionada por esta interconexão de dados. A administração fiscal aproveita os dados já disponíveis nas suas bases de dados, provenientes do e-Fatura, das entidades pagadoras, bancos, Segurança Social, entre outros, possibilitando a antecipação do preenchimento das declarações de IRS e IVA dos contribuintes([53]). A generalização deste pré-preenchimento exemplifica claramente o modelo *compliance by design*: além de facilitar o cumprimento das obrigações declarativas, revela ao contribuinte a informação ao dispor da administração, tornando o sistema menos propenso a erro dos contribuintes e reservando as situações de correção de discrepâncias para os casos em que os dados dos contribuintes divirjam de facto daqueles ao dispor da administração. Por sua vez, menos lapsos e omissões nas declarações significam menos situações passíveis de desencadear inspeções ou disputas por divergências de valores declarados, libertando recursos para outras tarefas e reduzindo a margem de erro da administração na seleção dos casos merecedores de inspeção.

([51]) A previsão do código QR nas faturas foi introduzida nos arts. 7.º-A e 7.º-B do Decreto-Lei n.º 28/2019, de 15 de fevereiro, e regulamentada pela Portaria n.º 195/2020, de 13 de agosto, que definiu os respetivos requisitos técnicos. Após sucessivos adiamentos, a sua utilização tornou-se obrigatória a partir de 1 de janeiro de 2022.

([52]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 17.

([53]) Em 2024 foram parcialmente pré-preenchidas 6.637.553 declarações de IRS Modelo 3, incluindo rendimentos de trabalho, pensões, retenções e despesas dedutíveis, eliminando em grande medida a necessidade de o contribuinte inserir esses dados manualmente (cf. *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 16). No IVA, através do projeto "*IVA Automático*", mais de 6,4 milhões de declarações periódicas de IVA foram igualmente pré-preenchidas em 2024, beneficiando cerca de 628 mil sujeitos passivos (cf. *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 46-47).

3.2.2. Análise avançada de dados e gestão de risco

Paralelamente à recolha massiva de dados, a administração fiscal portuguesa tem complementado a sua infraestrutura com ferramentas de análise de dados e, potencialmente, inteligência artificial para otimizar a fiscalização e a gestão do risco. A administração dispõe hoje de um Sistema de Gestão de Divergências que monitoriza continuamente a coerência das declarações e informações transmitidas, cruzando-as com a vasta informação disponibilizada por terceiros, tais como e-Fatura, entidades pagadoras, bancos, Segurança Social, e dados provenientes de trocas internacionais automáticas. O cruzamento destes dados permite assinalar inconsistências([54]), reforçando a fiabilidade da informação disponível e permitindo a correção de irregularidades, frequentemente através de alertas prévios que visam induzir a regularização voluntária por parte do contribuinte.

A administração tem ainda desenvolvido modelos de risco, incluindo preditivos, que selecionam automaticamente alvos para inspeção com base em perfis de risco definidos centralmente([55]) ou em análises setoriais. Por exemplo, todos os pedidos de reembolso de IVA são filtrados por uma Matriz de Risco e um Sistema de Indicadores de Risco que avaliam cada pedido, identificando quais requerem auditoria e com que nível de intervenção. A utilização destes sistemas permite focar o escrutínio nos casos mais relevantes, maximizando a recuperação de receita e a eficiência na alocação de recursos, com um impacto mínimo sobre os contribuintes de baixo risco, evitando fiscalizações desnecessárias e potenciais disputas com contribuintes habitualmente cumpridores([56]).

3.2.3. Cooperação e transparência internacional

Portugal tem ainda participado ativamente nas redes globais de transparência fiscal, adotando os instrumentos de cooperação internacional que visam o combate à fraude e evasão transfronteiriça. Desde 2017, encontra-se em vigor o regime global de *Common Reporting Standard*([57]), que for-

---

([54]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 64-71.

([55]) Através de processo que o Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, SEAF, 2024, p. 114, designa como "Seleções Nacionais".

([56]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 106-107.

([57]) O *Common Reporting Standard* (CRS), aprovado pela OCDE em 2014 no quadro do *Automatic Exchange of Information* (AEOI), consta do relatório *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD, 2014, que estabelece um regime global de

nece um quadro para a troca de informações sobre contas financeiras de não residentes. Só em 2024, a Autoridade Tributária enviou dados relativos a rendimentos e patrimónios a 89 jurisdições e recebeu informações de 101 jurisdições, envolvendo mais de 4,27 milhões de registos reportados pelo Fisco português e 3,23 milhões de registos recebidos do exterior([58]). Estas trocas automáticas cobrem saldos de contas bancárias, juros, dividendos e outros rendimentos detidos no estrangeiro, permitindo à administração verificar as declarações de contribuintes nacionais.

Em 2020, Portugal transpôs a Diretiva (UE) 2018/822 (DAC6), que obriga ao reporte prévio de esquemas fiscais transfronteiriços potencialmente agressivos([59]). Mais recentemente, foi igualmente transposta a Diretiva (UE) 2021/514 (DAC7), estabelecendo a comunicação obrigatória à Autoridade Tributária das operações realizadas em plataformas digitais, como arrendamentos *online*, vendas em *marketplaces*, etc.([60]). Estes mecanismos — a par de outros como a troca de informações sobre *rulings* fiscais (DAC3)([61]), *country-by-country reporting* de multinacionais (DAC4)([62]) ou a DAC8 relativa a criptoativos — expandem o alcance da cooperação internacional, fechando espaços de opacidade e fornecendo à administração dados preciosos para detetar rendimentos ocultos e evitar a evasão via *offshores*([63]).

---

reporte e troca automática de informações financeiras entre administrações fiscais, baseado na Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal (alterada em 2010). Em Portugal, o CRS foi transposto pela Lei n.º 98/2017, de 24 de agosto, complementada pela Portaria n.º 302-B/2016, de 2 de dezembro.

([58]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 85.

([59]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 91-93. Lei n.º 26/2020, de 21 de julho, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 de maio de 2018 (DAC6), estabelecendo a obrigação de comunicação à AT de mecanismos transfronteiriços com potencial carácter agressivo.

([60]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 208. Lei n.º 56/2024, de 12 de setembro, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2021/514, do Conselho, de 22 de março de 2021 (DAC7), estabelecendo a obrigação de reporte à Autoridade Tributária das operações realizadas através de plataformas digitais, incluindo arrendamentos de bens imóveis, prestações de serviços pessoais, vendas de bens e aluguer de meios de transporte.

([61]) A Diretiva (UE) 2015/2376, do Conselho, de 8 de dezembro de 2015 (DAC3), alterou a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca obrigatória automática de informações entre administrações fiscais sobre *rulings* fiscais e acordos prévios de preços de transferência (APAs). Em Portugal, esta diretiva foi transposta pela Lei n.º 98/2017, de 24 de agosto.

([62]) A Diretiva (UE) 2016/881, do Conselho, de 25 de maio de 2016 (DAC4), alterou a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca obrigatória automática de informações no domínio fiscal, introduzindo o *country-by-country reporting* para grupos multinacionais com volume de negócios consolidado superior a 750 milhões de euros. Em Portugal, esta diretiva foi transposta pela Lei n.º 98/2017, de 24 de agosto.

([63]) Diretiva (UE) 2023/2226, do Conselho, de 17 de outubro de 2023 (DAC8), que alterou a

Os instrumentos de cooperação internacional são variados e têm-se multiplicado, sendo exemplos mais recentes o *Crypto-Asset Reporting Framework* (CARF), resultando de relatório aprovado no seio da OCDE([64]), com vista à comunicação de informação sobre as transações sobre negociação de criptoativos; o *Markets in Crypto-Assets Regulation* (MiCA)([65]), que estabelece um enquadramento regulatório uniforme no espaço europeu, criando obrigações de registo, reporte e auditoria para emissores e prestadores de serviços de criptoativos; e o *VAT in the Digital Age* (ViDA), ainda em fase de implementação, que pretende adaptar o sistema comum do IVA às exigências da economia digital([66]).

Estes instrumentos permitem o acesso da administração fiscal portuguesa a informação que acresce àquela que já resulta das demais medidas atrás descritas, formando uma sofisticada infraestrutura de *compliance* fiscal, que proporciona vastas quantidades de informação. Em 2024, com base em informações obtidas através destes meios, procedeu-se à notificação de divergências a cerca de cinco mil contribuintes([67]), fomentando regularizações espontâneas e pagamento voluntário de impostos devidos.

Naturalmente que ao integrar estas redes de cooperação internacional, Portugal reforça as capacidades da sua administração para identificar atempadamente irregularidades, potencialmente contribuindo para a redução da litigiosidade resultante de erros, falhas de comunicação ou défices de esclarecimento.

3.2.4. Interação digital e justiça fiscal

O quarto pilar do novo modelo de digitalização da administração fiscal portuguesa é o da interação digital com os contribuintes, diretamente ligado à promoção da justiça fiscal. A Autoridade Tributária tem vindo a investir em canais de comunicação, como o e-Balcão, na utilização de um

---

Diretiva 2011/16/UE no que respeita à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, estendendo o âmbito da troca obrigatória automática de informações a criptoativos e prestadores de serviços de criptoativos, reforçando ainda os mecanismos de comunicação e cooperação administrativa.

([64]) OECD, *International Standards for Automatic Exchange of Information in Tax Matters: Crypto-Asset Reporting Framework and 2023 update to the Common Reporting Standard*, 2023.

([65]) Regulamento (UE) 2023/1114, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de maio de 2023.

([66]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 23.

([67]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 63.

chatbot "cATia"([68]) e na aplicação móvel "ATGO", visando aproximar a administração dos contribuintes. A estes mecanismos acrescem os canais digitais complementares tais como notificações automáticas via SMS ou email, marcações online de atendimento presencial, e plataformas de consulta do estado de processos. Estes instrumentos, apesar de pretenderem tornar a administração mais eficiente e mais próxima dos cidadãos, estão ainda numa fase inicial de implementação e são pouco conhecidos da generalidade dos cidadãos, assentando ainda a sua utilização na conhecida, mas ainda pouco intuitiva plataforma Portal das Finanças([69]).

Acresce que o e-Balcão, na prática um sistema de troca de mensagens escritas com a administração fiscal, assume-se hoje como a principal plataforma digital de contacto escrito, permitindo a submissão de pedidos, a apresentação de reclamações, o envio de esclarecimentos e elementos adicionais. Adiante retomaremos este tema.

3.3. Contributos para a diminuição da litigância fiscal

O resultado da adoção destes instrumentos de *compliance by design* é um ambiente fiscal mais claro, estável e previsível, drástica melhoria da qualidade e aumento da quantidade de informação fiscal, hoje mais precisa, mais atualizada e mais abundante, facilitando a eliminação de erros ou discrepâncias dos dados reportados. Com esta aproximação entre contribuintes e uma administração cada vez mais conhecedora da realidade empresarial, há a esperança de que este modelo venha nos próximos anos a reforçar a confiança entre administração e contribuintes, diminua a necessidade de correções, tornando em muitos casos desnecessário o recurso a meios contenciosos.

Depois, o novo modelo pode trazer ao sistema maior previsibilidade e transparência. Se as obrigações fiscais forem pré-preenchidas e calculadas por algoritmos acessíveis a todos, reforça-se a partilha de entendimentos sobre as regras aplicáveis. Tais consensos reduzem a margem para decisões discricionárias ou inovações ao nível interpretativo, reduzindo a incerteza.

A utilização de modelos de risco e de análise de dados permite o direcionamento dos recursos da administração para onde eles são realmente

---

([68]) Este, não obstante introduzir uma lógica de atendimento imediato e disponível em permanência, não passa de um protótipo experimental e ainda incipiente, sem expressão assinalável.

([69]) Cf. <https://www.portaldasfinancas.gov.pt/>.

necessários, concentrando as inspeções e auditorias nos casos de maior risco, evitando intromissões desnecessárias na esfera dos contribuintes que cumprem voluntariamente as suas obrigações. Além de aumentar a eficiência da fiscalização, contribui para a diminuição do desgaste na relação Fisco-contribuinte, facilitando a redução de conflitos potencialmente conducentes a recursos contenciosos. Um dos efeitos mais tangíveis da implementação destes instrumentos é a promoção de um ambiente colaborativo, tendência confirmada pelos dados oficiais([70]) e a que pode creditar-se a redução do contencioso fiscal associado a incumprimentos.

Por fim, a cooperação internacional e a análise avançada de dados têm permitido resolver potenciais situações de incumprimento fora do contencioso formal([71]). Através do intercâmbio de informações, a administração notifica preventivamente os contribuintes sobre rendimentos não declarados, promovendo regularizações espontâneas. Do mesmo modo, os algoritmos de risco, sinalizam precocemente comportamentos anómalos, permitindo atuações imediatas, muitas vezes resolvendo a questão informalmente em estágios iniciais([72]).

Os agentes económicos que antes não eram monitorizados pela administração passam a estar no seu radar. É ampliada a base de contribuintes eficazmente controlados, que passam a ter ao seu dispor um conjunto de ferramentas facilitadoras do cumprimento de obrigações declarativas e quadros legais que incentivam essa colaboração. Os novos mecanismos de acesso e análise de dados, (*i*) melhoram a quantidade e qualidade dos dados, (*ii*) tornam as regras mais claras e previsíveis, (*iii*) focam a atividade da administração em comportamentos evasivos ou de maior risco, e messa medida, (*iv*) incentivam o cumprimento espontâneo.

([70]) No IVA, a entrega atempada das declarações ultrapassou os 98% em todos os trimestres de 2024, atingindo mesmo os 100% em alguns períodos; no IRS, registou-se igualmente forte adesão, com 6,19 milhões de declarações Modelo 3 submetidas dentro do prazo, número muito próximo do universo total esperado (cf. *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 40, 46).

([71]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 206-207.

([72]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, pp. 79, 129.

4. Os riscos associados: novos focos de litigância e inadequação dos instrumentos de tutela

4.1. Opacidade algorítmica e risco de litigância reativa

Acontece que estas inovações comportam ainda sérios riscos que, a não serem devidamente acautelados, podem deitar a perder os ganhos de eficiência e redução da conflitualidade que pretendem alcançar. Com efeito, nos relatórios da Autoridade Tributária, além da descrição neles contida sobre a utilização de instrumentos de recolha, análise avançada de dados e gestão de risco, é notória omissão de referência às ferramentas e algoritmos especificamente utilizados e às metodologias subjacentes: (*i*) não são publicitados detalhes sobre as plataformas ou algoritmos que sustentam o Sistema de Gestão de Divergências ou a "*Matriz de Risco*" do IVA, (*ii*) para além de uma menção genérica às potencialidades da inteligência artificial([73]), não se esclarece em que contextos e para que fins se procede à sua utilização, e (*iii*) não são reportadas quaisquer salvaguardas para a prevenção de enviesamentos e injustiças algorítmicas que, na ausência de mecanismos de supervisão apropriados, estão condenadas a passar despercebidas.

Atualmente, a própria liquidação de IRS é realizada com recurso a algoritmos não tornados públicos, e a sua notificação aos contribuintes não esclarece de forma clara quais as deduções consideradas e não consideradas, nem as normas e cálculos conducentes à prestação apurada. Em tais cenários, aumenta a probabilidade de o contribuinte recorrer aos meios contenciosos simplesmente para obter esclarecimento ou para anular uma decisão que perceciona como arbitrária. Assim, a falta de transparência das decisões automatizadas favorece a desconfiança dos contribuintes, promovendo uma litigância desnecessária. Justamente o oposto daquilo que se espera de sistemas inteligentes e transparentes, esclarecedores quanto à forma de apuramento da prestação devida, e geradores da confiança necessária ao cumprimento espontâneo.

4.2. A inadequação dos meios tradicionais de tutela

Os sistemas algorítmicos utilizados pela administração para fins como a seleção de contribuintes para inspeção ou a rejeição de pedidos de

---

([73]) *Relatório Sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, SEAF, 2024, p. 22.

reembolso não incorporam, desde a conceção, as necessárias salvaguardas de transparência e respeito pelos direitos dos destinatários dos atos praticados com recurso a esses meios. A inexistência de mecanismos especialmente vocacionados para a tutela da legalidade de decisões tomadas com base nestes instrumentos suscita a questão de saber como pode o contribuinte deles reagir eficazmente.

A isto acresce a inadequação dos tradicionais meios de tutela face a decisões tomadas com recurso a algoritmos, frequentemente tomadas sem uma fundamentação inteligível, que esclareça de forma transparente as razões e os critérios específicos que as determinaram. Sem transparência, as distorções por eles introduzidas tenderão a passar despercebidas e a ser apenas tardiamente contestadas nos tribunais, quando já tiverem afetado diversos contribuintes. Enquanto estas dificuldades permanecerem desatendidas pela administração e pelo legislador, fragilizarão a confiança dos contribuintes no sistema, alimentando perceções de risco regulatório e uma litigância reativa, gerada pela perceção de arbitrariedade e a ausência de alternativas para a obtenção da transparência ausente dos novos sistemas da administração.

Um exemplo é o da massificação e automação das trocas de informação transfronteiriça emergentes da cooperação e transparência internacional, que levantam desafios significativos, nem sempre adequadamente abordados pelos quadros legais que as instituem. Entre estes, contam-se dificuldades práticas para os contribuintes visados, no exercício de direitos fundamentais, como o acesso atempado e completo à informação trocada que lhes diga respeito, a possibilidade de contestar a sua exatidão ou pertinência antes de ser utilizada pela administração, e a salvaguarda da privacidade face à circulação internacional de dados financeiros sensíveis.

A ausência de mecanismos claros e acessíveis para o exercício destes direitos nos regimes de cooperação internacional, é um exemplo de mecanismos essencialmente desenhados para ganhos de eficiência, que omitem considerações de proteção dos visados. Relegando para os ordenamentos internos o ónus garantir a efetividade dos seus direitos, o que será um problema em caso de utilização abusiva destes instrumentos, dada a diversidade de regimes jurídicos, a dificuldade de acesso à justiça e a provável necessidade de litigar simultaneamente e mais que uma jurisdição. O resultado é uma fragmentação da tutela de direitos individuais e o aumento da litigância fiscal internacional.

4.3. A desprocedimentalização digital: o caso do e-Balcão

Também as novas ferramentas de interação digital colocam seriamente em causa os direitos dos contribuintes. O e-Balcão — na prática um sistema de troca de mensagens escritas com a administração fiscal — assume-se hoje como a principal plataforma digital de contacto escrito, permitindo a submissão de pedidos, a apresentação de reclamações e o envio de esclarecimentos e elementos adicionais, apresentando-se como um importante instrumento de racionalização de processos e da redução de custos administrativos.

No entanto, a sua generalização, acompanhada de um igualmente abrupto desinvestimento no atendimento presencial([74]), agravou desigualdades de tratamento, subtraindo os contribuintes com menor acesso a meios digitais ao suporte pessoal necessário, acentuando as previamente existentes assimetrias de literacia fiscal e digital.

Além disso, esta substituição, desacompanhada de medidas para o inventivo da literacia fiscal, tem conduzido a uma acentuada desprocedimentalização da relação administrativa fiscal. Criou-se um canal comunicativo pretensamente informal, totalmente à margem das exigências legais para as relações formais entre administração e contribuintes. Se por vezes trocam-se informações escritas que não integram qualquer procedimento, noutras regista-se a abertura de procedimentos de reclamação graciosa sem o conhecimento dos visados, despoletando a contagem de prazos de decisão e a formação de indeferimentos tácitos ocultos. Neste novo ambiente comunicacional procedem-se a indeferimentos sumários sem audição prévia([75]) ou fundamentação adequada e sem indicação das medidas de defesa ao dispor do contribuinte, que ainda mais enfraquecem a posição procedimental dos contribuintes utilizadores.

Não basta, por conseguinte, criar uma página de e-mails institucionalizados para afirmar a superação do desafio prático da aproximação entre administração e contribuintes. Mais do que isso, ela depende da consideração de dois elementos que têm sido totalmente ignorados na criação destas ferramentas: (*i*) a necessidade de diminuir as assimetrias geradas pela baixa literacia fiscal dos contribuintes portugueses, agravada pela exces-

---

([74]) De um modo especial depois da crise pandémica Covid-19.

([75]) Direito que, sublinhe-se, implica não só: (*i*) a notificação de um projeto de decisão fundamentado, (*ii*) a possibilidade, dentro de certo prazo, de pronuncia sobre esse projeto, e (*iii*) o direito a que os argumentos e elementos novos apresentados pelo contribuinte sejam tidos em conta e avaliados na decisão tomada a final (art. 60.º, n.º 7 da LGT).

siva complexidade do sistema fiscal, que todos teimam em tomar por insuperável; (*ii*) a necessidade de uma estratégia clara de integração da comunicação digital no quadro das garantias procedimentais legal e constitucionalmente previstas([76]).

4.4. Caminhos de tutela e propostas de reforma

Apesar do enorme potencial dos novos instrumentos de *compliance* para reduzir a litigância fiscal patológica, indesejável, excessiva ou intrassistémica, a ausência de salvaguardas e de vias de reação expeditas cria o risco de trocar os antigos conflitos por novos conflitos digitais.

É inegável o desfasamento entre a inovação tecnológica e as garantias dos contribuintes, causada não apenas pela evolução daquela ser mais rápida que a capacidade do legislador para a acompanhar, mas também pelos erros de conceção das soluções a serem implementadas pelas administrações fiscais, essencialmente desenhadas para maximizar a eficiência das suas operações. Falta a procedimentalização expressa de canais pré-contenciosos de correção de erros e a definição do que é afinal a obrigação de imposto constituída ou em alternativa que se fixe exatamente onde reside o ponto de discórdia. Faltam provedores digitais ou entidades de supervisão da infraestrutura informática com a incumbência de auditar a consistência dos mecanismos de proteção de dados, de fundamentação e transparência das decisões automatizadas, e de conformidade dos algoritmos utilizados com as melhores práticas e princípios da legalidade, proporcionalidade, e justiça fiscal. E falta o desenho de ferramentas como o e-Balcão sensível às garantias dos contribuintes, salvaguardando a sua utilização para fins procedimentais e tornando visíveis aos contribuintes os documentos eletrónicos integrantes dos procedimentos de contencioso pendentes. A ausência destas medidas de controlo reforça a assimetria emergente entre a capacidade tecnológica da administração e os meios de reação dos contribuintes.

Só com transparência, sindicabilidade e controlo independente podem colher-se os benefícios das soluções tecnológicas que nos prometem a administração fiscal do futuro. Pelo que na construção da arquitetura tecnológica e legal da nova administração fiscal devem, pelo menos, con-

---

([76]) Designadamente a inclusão da correspondência trocada nos procedimentos a que respeitam, com o acesso dos contribuintes aos documentos que deles fazem parte.

siderar-se os indicados três mecanismos essenciais: (*i*) inclusão de especiais garantias de transparência, como auditorias independentes aos algoritmos e divulgação pública, ainda que sumária, das linhas gerais dos modelos de risco em uso; (*ii*) criação de uma entidade especializada na auditoria de decisões tributárias digitais e em algoritmos e proteção de dados, com representantes tanto da administração como dos contribuintes, capaz de atuar como instância imparcial de supervisão técnica; (*iii*) salvaguardas de transparência e direitos procedimentais em procedimentos automatizados.

5. Fechar o círculo: de novo, o eterno retorno

5.1. A litigância fiscal é uma arena nativa da democracia participativa, que confere legitimidade ao sistema assegurando fluxos de comunicação continua entre administração, contribuintes, tribunais e legislador. Ao recorrerem aos tribunais para impugnar atos tributários, os contribuintes obtêm a tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, reforçando a ideia de um poder fiscal comprometido com a realização do Estado de Direito.

No entanto, a litigância fiscal cumpre ainda uma função autocorretiva dentro do próprio sistema. As decisões judiciais que escrutinam aqueles atos são geradas por debates em torno da correta aplicação da lei e suscitam, elas próprias, novos debates, contribuindo para o escrutínio público das decisões da administração e até dos tribunais([77]). Os processos judiciais permitem identificar erros de aplicação, lacunas ou ambiguidades normativas e as suas decisões orientam as atuações da administração e dos contribuintes.

Desse modo, o contencioso tributário atua como mecanismo de aperfeiçoamento do ordenamento fiscal, corrigindo distorções, clarificando o sentido das normas fiscais e incentivando a administração a alinhar as suas decisões com a jurisprudência consolidada. Além de maior certeza e segurança, esta litigância fiscal traz a perceção de que os cidadãos dispõem de meios eficazes para questionar eventuais erros ou abusos, assegurando nessa medida a legitimidade democrática do sistema e o reforço do contrato social fiscal.

([77]) J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª ed., p. 496.

5.2. Mas como vimos o sistema fiscal apresenta ineficiências, focos de incompreensão e desentendimento, geradores de litigância fiscal excessiva, patológica ou indesejável, de carácter intrassistémico, que comprometem a confiança no sistema. Não é desejável que, por via delas o sistema imponha custos desproporcionados aos agentes económicos, ou consuma ele próprio recursos que deveriam ser canalizados para a realização das funções essenciais do Estado.

Como vimos, as principais causas deste tipo de litigância são (*i*) a inoperância dos meios de comunicação e resolução de discrepâncias na fase administrativa, conducente à judicialização de controvérsias fiscais que poderiam ser solucionados sem o recurso aos tribunais; (*ii*) a complexidade do sistema, agravada por frequentes alterações nas leis fiscais e a proliferação de normas interpretativas, que dificultam a compreensão e o cumprimento voluntário das obrigações fiscais, aumentando a probabilidade de erros e divergências e criando as condições para novos litígios([78]); (*iii*) conceção de interesse público assente na cobrança de receita a todo o custo, que encara os meios graciosos como meras formalidades; (*iv*) os efeitos perversos da morosidade processual, como o acumular de processos e a reduzida efetividade da tutela jurisdicional, que minam a eficiência do sistema e a confiança dos contribuintes na justiça fiscal, criando um ciclo vicioso em que a falta de resultados céleres encoraja um clima conflitual e a resistência ao cumprimento voluntário; e (*v*) as consequentes perceções de parcialidade e desconfiança.

É essencial e urgente a mitigação destas causas. Não apenas ao nível da produção legislativa, promovendo a clareza e a estabilidade das normas fiscais, mas também reerguendo a pirâmide do contencioso fiscal, continuando o processo de aproximação e parceria entre a administração e os contribuintes, e favorecendo a instância administrativa como primeiro *locus* da prevenção e resolução de conflitos. Só decidindo menos vezes e melhor, recentrando a administração no exame de factos e erros manifestos, e reservando aos tribunais a apreciação de questões jurídicas complexas, poderemos evitar que a litigância fiscal continue a alimentar-se redundâncias, ao invés de servir de elemento regenerador e legitimador do sistema.

5.3. Está atualmente em curso um ambicioso processo de transformação que promete um novo modelo de proximidade entre administração

---

([78]) Aliás, a simplificação da lei fiscal depende da utilização de conceitos indeterminados, e esta por sua vez depende de tribunais operantes sob pena de a simplificação transformar-se em arbítrio.

e os contribuintes, proporcionado por ferramentas digitais avançadas e a integração das obrigações fiscais nos processos quotidianos dos contribuintes. No entanto, tais instrumentos trazem consigo uma opacidade própria à qual os meios tradicionais de tutela não conseguem dar resposta. Esta fragilidade conduz a assimetrias de poder e a violações silenciosas dos direitos dos contribuintes, gerando novos focos de conflito. Impõe-se por isso, pensar as transformações em curso à medida em que vão sendo concebidas e implementadas, de maneira a acompanharem os desafios emergentes. Em particular, devem ser assegurados (*i*) mecanismos de transparência dos algoritmos fiscais, (*ii*) garantias dos contribuintes adaptadas ao contexto eletrónico, e (*iii*) densificar-se procedimentos consensuais e de saneamento pré-contencioso, que sirvam para evitar a conversão de dúvidas e erros e de preenchimento em litígios ou para uma depuração inicial de questões sobre as quais existe controvérsia.

A integridade dos processos de contínuo debate e aperfeiçoamento das normas, não depende só da sua criação por órgãos representativos de decisão política, mas crucialmente, da participação dos cidadãos nos processos de aplicação das leis fiscais a situações individuais e concretas. Pelo que a erosão das garantias de reação dos particulares produz um preocupante défice democrático do sistema fiscal. Sem *inputs* vindos da sociedade, os processos internos perdem qualidade deliberativa e inclusiva, verificando-se um défice de *throughput* democrático que fragiliza a legitimação das soluções normativas, que assim ficam subtraídas ao crivo diversificado de uma comunidade jurídica atuante.

5.4. O problema da litigância fiscal é multifacetado e desenvolve-se sobretudo em duas frentes: a do combate aos focos de litigância patológica ou gerada pelo próprio sistema e a da justiça fiscal como elemento normal e desejável de uma governança fiscal democrática, sem o qual não podem esperar-se os elevados níveis de *compliance* pretendidos. Um sistema composto por uma administração conflitual e opaca, que entrega decisões muitos anos depois de instalarem-se as controvérsias, falha em proteger direitos e perde legitimidade aos olhos dos cidadãos. Em contrapartida, um contencioso tributário, assente numa administração transparente e colaborante e numa tutela jurisdicional funcional e tempestiva, transmite uma mensagem clara: a de além da arrecadação de tributos, o Estado leva a sério os direitos dos cidadãos, equilibrando ambos os pratos da balança da justiça fiscal.

A promoção de uma litigância fiscal constitutiva significa promover, junto dos participantes no sistema, a confiança de que (*i*) dispõem de meios

efetivos para ser ouvidos e protegidos administrativa e judicialmente, (*ii*) a administração será responsabilizada quando falha e (*iii*) o legislador e a administração corrigirão o rumo em função da jurisprudência dos tribunais. Trata-se de encarar os meios da justiça fiscal como oportunidades de diálogo e aperfeiçoamento contínuo([79]). No contexto atual, marcado pela tensão entre eficiência administrativa e garantias dos contribuintes, nenhum modelo de gestão fiscal, por mais tecnologicamente avançado que seja, pode prescindir das necessidades de estabelecer, tanto uma parceria entre contribuintes e administração, como o acesso real e efetivo aos tribunais.

Como um *ouroboros fiscal*, este conflito que nasce dentro do próprio sistema, canalizado por garantias procedimentais, participação efetiva e tutela jurisdicional, é a imagem de um ciclo de renovação e unidade, que obriga o sistema fiscal a reinterpretar-se, a recriar-se e a relegitimar-se. Dotado destes contrapesos, a litigância deixa de ser disfuncional, passando a afirmar-se na sua função ordenadora, convertendo tensões em comunicação institucional, e facilitando a realização da legalidade fiscal e o aperfeiçoamento normativo. O sistema fecha o círculo sem se consumir, num ciclo virtuoso da renovação democrática do sistema, transformando conflitualidades latentes em interações geradoras de eficiência, confiança, justiça.

([79]) Como pode ler-se no relatório *Tax Litigation in Portugal — Legal and Empirical Assessments — Resultados sobre a Litigância Fiscal no STA (Acórdãos Publicados de 2018 e 2019),* Ana Paula Dourado (coord.), CIDEEFF, 2022, p. 15, um adequado desempenho dos tribunais tributários depende de reformas sérias e permitiria chegar a leis processuais mais eficientes, centrar a sua atividade em "*questões jurídicas (materiais ou substantivas) mais complexas, eliminação de bagatelas, formação continuada, melhor alocação de recursos do Estado a montante dos tribunais*".

A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas(*)

Sumário:

Nota introdutória. Secção A — A Tecnologia Blockchain no Direito, na Economia e na Vida Humana em geral. 1. A Digitalização e o seu impacto na vida das pessoas. **2.** O que é um Blockchain? **3.** Constituição de um Blockchain. **4.** Origem da Tecnologia Blockchain. **5.** A economia digital blockchain e a economia real. **6.** A importância da Criptografia e da Inteligência Artificial na Tecnologia Blockchain. **7.** Alguns importantes instrumentos da Tecnologia Blockchain. *7.1.* Cryptocurrency e stablecoin. *7.2.* DAO. *7.3.* Fintech. *7.4.* Defi (descentralized finance). *7.5.* Smart-contract. *7.6.* Digital wallet. **8.** A importância da autonomia e da descentralização da Tecnologia Blockchain. **9.** Como opera o Blockchain? O Princípio Peer to Peer. **10.** A Quem serve a Tecnologia Blockchain? **11.** A segurança das relações estabelecidas na Tecnologia Blockchain. **12.** Como relacionar fenómenos da vida humana com o ambiente digital segundo a Tecnologia Blockchain? **13.** Espécies de Token. **14.** Exemplos práticos de benefícios resultantes da utilização da Tecnologia Blockchain. **15.** A utilização em Portugal da Tecnologia Blockchain. A posição das autoridades públicas Portuguesas. **16.** Existe um verdadeiro direito digital? **17.** A importância única da arbitragem na resolução de litígios surgidos no âmbito da Tecnologia Blockchain. **18.** A natureza dos litígios no âmbito da Tecnologia Blockchain. **19.** O futuro da economia real e das suas instituições como as conhecemos atualmente. **20.** É previsível uma transformação inevitável do Estado? **21.** Como será o futuro do Direito em resultado da transformação do universo jurídico pela Tecnologia Blockchain? **Secção B — Breves notas sobre alguns mercados que utilizam a Tecnologia Blockchain. Secção C — Enquadramento legal, em Portugal, da Tecnologia Blockchain, dos mercados de cripto ativos e de criptomoedas. Aspetos fiscais.**

(*) Advogado e Árbitro.

Nota Introdutória

A matéria de que trata este trabalho é de grande importância, pela sua originalidade, pelo desenvolvimento que as novas tecnologias informáticas representam e pelo impacto que elas terão no futuro da vida humana nas suas muito diversas facetas.

Trata-se de tecnologia de fundo que determina mudanças profundas na estrutura da vida civil e económica das pessoas e das instituições.

Tudo isto resulta da conjugação de três instrumentos digitais: a Internet, a Inteligência Artificial e, sobretudo, a consequência natural da aplicação desta última, a Tecnologia Blockchain.

É um pouco de tudo isto que, com caráter introdutório, pretendemos traduzir neste trabalho. Naturalmente, o fenómeno, para ser entendido na sua plenitude, carece da análise de mais elementos que o caracterizam, mas cremos que, sem o conteúdo básico que aqui pretendemos transmitir, o tema não seria nem compreendido, nem possível de ser abordado.

O trabalho tem, portanto, a mera intenção de iniciar os leitores no tema. Cremos que servirá, sobretudo, para os motivar a ir mais longe, porque é apaixonante sentir como é possível, mudando a metodologia de análise da matéria, muito da verdadeira importância da vida se pode alterar.

Secção A — A Tecnologia Blockchain no Direito, na Economia e na Vida Humana em geral

1. A digitalização e o seu impacto na vida das pessoas

A partir da criação e, sobretudo, da expansão da Internet como a conhecemos hoje, incluindo nela a Inteligência Artificial, ficou aberto um mundo novo na vida das pessoas, tanto no Direito como na Economia e em muitos outros aspetos da vida humana.

A este imparável impulso nas transformações do mundo e da vida dos cidadãos, surgiu, em outubro de 2008, uma outra grande inovação com o aparecimento da Tecnologia Blockchain.

Na verdade, com a criação progressiva, primeiro da Internet, seguida da Inteligência Artificial e, posteriormente, da Tecnologia Blockchain, ficou constituída uma estrutura digital que, muito mais do que aprofundar o conhecimento humano, representa uma verdadeira forma que altera amplamente o modo de vida do homem.

2. O que é um Blockchain?

Pergunta-se, o que é e para que serve um Blockchain que, em linguagem anglo-saxónica, significa literalmente uma "cadeia de blocos" que, no caso, são blocos de dados informáticos.

Na verdade, o Blockchain não é mais do que um programa informático, concebido e capaz de revolucionar o que conhecemos da digitalização atual.

Em termos simples, o blockchain constitui um espaço informático onde podem ser registados factos, sistemas, incidências, normas, cláusulas contratuais e outros dados susceptíveis de expressão digital que, uma vez nela inseritos num blockchain ficam controlados por algoritmos formatados de tal forma que não permitem a sua eliminação, nem a sua alteração.

Ora, estas características ímpares que vão muito para além do que conhecemos na técnica registral no Direito, na Economia e noutras ciências, possibilitam a guarda e segurança de dados que qualquer outro espaço registral não permitiria obter. O Blockchain proporciona, a acrescer, que nele se insiram outros programas informáticos que trabalham em interligação, beneficiando, no conjunto, da inderrogabilidade dos seus dados.

Pode, porém, perguntar-se, como é possível manter neste estado imutável um sistema que foi criado pela ação do homem e para o servir? O seu criador não o pode alterar ou eliminar? A resposta é, perentoriamente, não pode, sob pena de colapsar todo o sistema que o constitui e, bem assim, todas as suas regras de funcionamento.

O Blockchain tem um núcleo central que é o seu código genético, denominado "código do blockchain". Uma vez este criado no programa informático a que diz respeito fica nele inscrito e, desse modo, sujeito à inalterabilidade própria do sistema em que foi inserido, não podendo ser alterado ou revogado.

Naturalmente, pode no seu código ser facilitado o acesso a pessoas ou entidades, mas unicamente para a limitada execução de finalidades certas previamente autorizadas pelo código.

3. Constituição de um Blockchain

A constituição de um programa Blockchain deve-se, em primeira análise, ao uso da criptografia e da inteligência artificial. Esta caracteriza-se por um conjunto de algoritmos e de chaves de acesso. O blockchain

não é o mesmo que inteligência artificial, mas nesta muito se apoia para exercer a sua função.

Um algoritmo é comumente definido como um conjunto finito (isto é, com acesso concedido a um número limitado de pessoas), munido de instruções lógicas (isto é, bem definido e certo nas instruções que nele se inserem), contendo um processo baseado num método comparativo e analógico de dados, capacitado para resolver questões concretas, executar tarefas ou efetuar cálculos.

4. Origem da Tecnologia Blockchain

O conceito, a criação e o funcionamento de um Blockchain deve-se a um programador informático com o nome de Satoshi Nakamoto. É desconhecida a sua existência física, a sua nacionalidade, a sua vida para além daquela criação, a sua idade, etc. E, apesar de o nome sugerir a nacionalidade japonesa, há mesmo quem duvide de que isso seja o caso, uma vez que os escritos, poucos, aliás, que deixou para explicar o Blockchain, não indiciam que seja cidadão do Japão, dada, nomeadamente, segundo alguns, o elevado padrão da língua inglesa utilizada nos seus escritos.

Sendo mesmo provável, igualmente na opinião de observadores do assunto, que não seja uma única pessoa física, mas sim um grupo de programadores altamente preparados que decidiram manter o anonimato da sua identidade.

Em síntese, Nakamoto propôs-se criar uma nova tecnologia que explique o funcionamento da economia real como a conhecemos e em todos os seus momentos, substituindo-a por outro modo de a conceber, utilizar e executar, por meios exclusivamente digitais, também chamada economia virtual ou criptoeconomia. E fê-lo utilizando a Tecnologia Blockchain.

5. A economia digital Blockchain e a economia real

É de tal modo perfeito o funcionamento da economia digital pela utilização da Tecnologia Blockchain que a torna mais simples, muito menos dispendiosa, menos laboriosa em geral e mais segura do que a economia real que conhecemos, facto que permite dispensar inúmeros custos verificados no funcionamento da economia real, pela complicada organização

desta sobre o modo de atuação, quando não recorrente nos seus processos repetitivos que inevitavelmente aumentam os custos.

6. A importância da Criptografia e da Inteligência Artificial na Tecnologia Blockchain

Cabe perguntar se seria possível conceber e fazer funcionar a Tecnologia Blockchain sem o suporte da Inteligência Artificial e, logo, da Criptografia que é própria desta? Isso não seria possível, dado que elas constituem a base e a essência do funcionamento da Tecnologia Blockchain.

Efetivamente, a Inteligência Artificial permite efetuar o trabalho que, sem uma ferramenta como ela, ordenada e interligada por permissões e conclusões lógicas e seguras, não haveria possibilidade de obter o que é conseguido e também não o seria por qualquer outro modo.

Na Tecnologia Blockchain estamos num novo modo de fazer atuar o mecanismo digital, contexto onde a inteligência artificial e a criptografia são, pois, parte da essência do sistema.

7. Alguns importantes instrumentos da Tecnologia Blockchain

Sinteticamente, Satoshi Nakamoto extrapolou para o ambiente digital, corporizado num blockchain, a economia real, e fê-lo de tal forma que permite continuar a executar os fenómenos económicos que lhe são próprios de um modo mais simples, menos custoso e descentralizado de instituições públicas e privadas, que no seu entendimento apenas a entropeçam e tornam mais onerosa.

7.1. Comecemos pela **Cryptocurrency** (criptomoeda) e pela **Stablecoin**. Naturalmente, a criptomoeda expressa a finalidade própria de um valor de troca, tal como o dinheiro (*cash ou fiat money*) existente na economia real.

Mas, ao contrário do dinheiro, a criptomoeda não é criada nem controlada por bancos centrais, mas sim por iniciativa própria de programadores informáticos ou, embora por estes, por encargo de empresas financeiras ou por outras instituições da economia digital.

A primeira criptomoeda criada foi o Bitcoin, da iniciativa e autoria do próprio Satoshi Nakamoto, que desempenha na economia digital block-

chain um lugar destacado, não apenas pela meteórica valorização que a tem acompanhado, mas também pela constância e credibilidade que tem manifestado nos mercados blockchain. É utilizada em múltiplas transações digitais, é convertível no dólar dos EUA e nas principais moedas não digitais. O Bitcoin é, principalmente, utilizado nas transações de bens de consumo da mais variada espécie.

Outra criptomoeda igualmente importante é a Ethereum, muito utilizada em transações financeiras.

Para além da Bitcoin e da Ethereum, são também criptomoedas muito utilizadas, embora com menor expressão, o Ripple, o Monero e outras.

A stablecoin caracteriza-se por uma conexão (*peg*) estabelecida entre uma criptomoeda ou, mais raramente, um conjunto de criptomoedas, e uma unidade de valor assumidamente mais estável do que a criptomoeda ligada, por forma a conferir mais estabilidade a esta, reduzindo, assim, os riscos de flutuação negativa no mercado.

Usualmente, são utilizados como valores estabilizadores o dólar norte-americano, o euro, o franco suíço e o ouro que, todavia, este último, também se encontra indexado ao dólar, denotando, assim, menor atratividade para servir de valor estabilizante.

Para mais desenvolvimentos sobre a stablecoin, ver adiante Secção B n.º 4.

7.2. Entre os agentes virtuais atuantes na Tecnologia Blockchain é de salientar, desde logo, a **DAO** (descentralized autonomus organization). Se quisermos fazer uma comparação funcional com instituições da economia real, a mais próxima seria uma sociedade comercial. Todavia, a DAO não se encontra subordinada a um corpo orgânico, como seria o caso de um conselho de administração ou de uma gerência, por assumir, como é próprio do natureza digital, características de descentralização e de autonomia, que apenas é controlada pelo seu código blockchain e não por instituições hierarquizantes verticais, ou seja, por entidades ou pessoas que representam uma concentração de poderes em órgãos formados pela vontade dos seus autores (administradores, gerentes, etc.).

7.3. A **Fintech**, sendo embora uma instituição da economia real, executa atividades muitas delas ligadas à Economia Digital Blockchain, em resultado da Inteligência Artificial que também usa. A sua atividade caracteriza-se, entre outras, pela criação de inovativos modelos económicos e produtos financeiros, frequentemente em concorrência com outras instituições financeiras clássicas.

7.4. Defi (descentralized finance) é um programa financeiro blockchain que permite a execução de transações peer to peer (de igual para igual), sem a intervenção de bancos. As transações incluem a obtenção de fundos, tal como o empréstimo financeiro oneroso, isto é vencendo juros, e outras transações financeiras.

A tecnologia Defi utiliza smart contracts, que permitem a automação e a auto-execução desde a celebração dos acordos até à sua execução.

Este tipo de transações beneficia das características de segurança, transparência e menores custos, sem esquecer, no entanto, certos riscos que lhe são inerentes, tais como alguma volatilidade e a falta de regulação, fragilidades estas que são, ainda, características das criptomoedas.

7.5. O **Smartcontract** é um contrato digital entre pessoas individuais e/ou coletivas que, mediante códigos informáticos, automatizam em ambiente digital a celebração de contratos, a sua execução, o seu cumprimento e outros aspetos.

Atuam por si próprios, pois são *self-executory* e, por isso, dispensam a utilização de terceiros.

Um exemplo:

Celebrado entre partes físicas ou sociedades da economia real um smart contract, incluindo nele os requisitos respetivos inseritos no código do blockchain relativos às condições de boa execução de um contrato de empreitada celebrado entre a parte A (dona da obra) e a parte B (empreiteiro), bem como as condições de prestação por B de uma garantia bancária dada por este, tendente a indemnizar a parte lesada resultante da eventual má execução do contrato, e, ainda, das condições do pagamento do preço da execução e de entrega da obra, a comunicação da finalização desta à parte A, o pagamento total do preço de execução da obra, bem como a devolução das garantias prestadas.

Sobre tudo isto, a Tecnologia Blockchain permite executar automaticamente a parte relativa aos pagamentos, à liberação das garantias prestadas, à entrega da obra em condições acordadas, e tudo o mais relativo à execução do contrato, o que faz de modo automático.

7.6. Digital wallet é uma bolsa ou carteira digital na qual é possível guardar títulos e valores monetários, tais como cartões de crédito ou de débito, passes de transporte e mesmo relativos à identificação de pessoas, o que faz num único local digital (telemóvel ou outro meio). Exemplos encontramos na Apple Walett ou na Google Walett. Através de uma wallet efetuam-se pagamentos ou compras online e o acesso a outros endereços digitais.

Pode também ser referida a uma carteira de cripto moedas.

Uma walett pode assumir duas modalidades:

— ***hot walett***, que se destina a armazenar valores ou a efetuar transações, em qualquer caso de um montante reduzido. Está ligado à internet.

— ***cold walett*** é o mesmo, mas não está ligada à internet e destina-se a permitir a utilização de montantes de valor mais elevado.

8. A importância da autonomia e da descentralização da Tecnologia Blockchain

Ao contrário do que sucede na vida real que está, como se disse, organizada de forma vertical (desde, no topo, as autoridades governamentais ou, em geral, de soberania, passando pelos escalões intermédios da administração pública até encontrar na base outros órgãos públicos de fiscalização, e também estruturas corporativas, societárias, etc.), a Tecnologia Blockchain é representada por uma cadeia de intervenientes posicionados de forma horizontal, em cuja constituição os seus intervenientes, incluindo os sujeitos individuais ou coletivos, se posicionam segundo o critério *"Peer to Peer"*, isto é, de igual para igual.

Por isto é possível compreender a redução do número de intervenientes com capacidade de controlo e/ou de autoridade e decisão, comparativamente com o que ocorre no sistema verticalizado.

Esta conclusão não significa, naturalmente, que no sistema horizontalizado não exista controlo e/ou autoridade e capacidade de decisão das pessoas ou entidades que devam intervir.

Se é certo que o sistema blockchain não é afim do controlo e da hétero-regulação, mas sim da auto-regulação, também é certo que o sistema blockchain não é contrário à competência constitucional ou legal do estado e das entidades públicas. Pelo contrário, perfila-se como uma instituição que apoia o estado, sobretudo na cobrança dos impostos legalmente previstos e aplicáveis, bem como na penalização dos que praticam atos criminosos, seja de lavagem de dinheiro, seja de atos ou atividades de burla ou de outra espécie de criminalidade económica.

9. Como opera o Blockchain? O princípio Peer to Peer

Como se deixou dito, cada blockchain inclui no seu código ou não recusa a obrigatoriedade de cumprir a lei, não permitindo a prática de atos ou atividades ilícitas, deixando para o tratamento *"Peer to Peer"* tudo o mais que, convencionalmente, deva ser acordado e, consequentemente, tratado de forma automática pelos seus participantes constituídos em cadeia.

Como se disse, o princípio *"Peer to Peer"* significa entre partes iguais, sem a intervenção de um terceiro intermediário, numa posição horizontal própria do funcionamento do sistema, ou seja, de modo descentralizado e sem hierarquização dos diferentes níveis de atuação de outros intervenientes em representação daquelas. Podem, por exemplo, ser efetuados entre as partes pagamentos com utilização de dinheiro eletrónico, de mesmo modo que podem ser efetuados pagamentos com a utilização, a título de exemplo, de cartões de crédito, mas em que neste caso intervém uma instituição financeira. As criptomoedas operam preferencialmente, tornando mais direta a transação.

10. A quem serve a Tecnologia Blockchain?

Como se deixou dito anteriormente, a Tecnologia Blockchain serve a comunidade digital onde intervem, o que faz, *prima facie*, com e entre os membros da comunidade blockchain nele admitidos e inscritos, sejam pessoas individuais, sejam pessoas coletivas. Mas, também serve a comunidade em geral pela simplificação e redução dos custos de processo e, ainda, com maior segurança do que os instrumentos utilizados na vida real.

11. A segurança das relações estabelecidas na Tecnologia Blockchain

O que foi dito anterioremente requer que se volte ao tema da segurança das relações estabelecidas entre os sujeitos da economia real e o sistema blockchain utilizado.

Na verdade, um sistema pré-definido que não permite a quebra da sua confidencialidade e que seja manipulado é necessariamente mais seguro e fiável do que outro determinado por regras ou práticas que autorizam uma

liberdade mais ou menos indiscriminada de utilizações segundo critérios incertos quanto à produção dos efeitos pretendidos, o que pode suceder, e sucede frequentemente, na vida real, social, jurídica e económica.

12. Como relacionar fenómenos da vida humana com o ambiente digital segundo a Tecnologia Blockchain?

Comecemos pelos conceitos de Token e de Tokenização para salientarmos, desde já, que este é um tema da maior importância, dado que dá resposta à questão de se saber o que é a economia digital blockchain e como se relaciona e melhora, sobretudo, a economia real. Referimo-nos aqui à economia, porque é nesta que os fenómenos da vida humana são mais frequentes e assumem natureza particularmente expressiva na vida das pessoas. Porém, o que se diz relativamente à economia pode ser extrapolado para outras áreas da vida.

Colocando face a face as duas realidades, a economia real e a economia digital, é mister afirmar que não há na Tecnologia Blockchain uma economia criada à parte e separada da economia real. Tudo o que aquela tecnologia se ocupa pertence e refere-se à economia real, pois não há outra. Em poucas palavras, o que a Tecnologia Blockchain faz é tratar, utilizando uma tecnologia digital, de todo o fenómeno económico real, desde a obtenção dos meios (matérias primas, etc), passando pela produção de bens, a sua colocação nos consumidores, sem esquecer o financiamento necessário para tanto, utilizando uma tecnologia digital corporizada num blockchain, alargando assim os mercados, tornando-os mais acessíveis ao consumidor, seja pela facilidade física da sua aquisição, seja por custos mais favoráveis, seja por uma maior simplicidade de processos, seja por qualquer outra razão ou benefício importante para as pessoas.

Voltando à questão central, como se introduzem as matérias primas, todos os custos de produção em geral, enfim os bens produzidos e comercializáveis, os preços respetivos, a sua oferta ao mercado, tudo isto dentro de um ambiente digital?

Através de dois conceitos essenciais:

— o **token**; e

— a **tokenização.**

O **token** é um termo do universo blockchain que significa a expressão digital de um bem existente na vida real.

Isto é, constitui a descrição física de um bem nas suas diversas e relevantes características em termos e linguagem digital para ser introduzida no ambiente de um blockchain onde passará a ser tratado.

E **tokenização** o que significa? É a operação, em si mesma, que transmite, incorpora eletronicamente, um token num blockchain através do seu registo neste.

Na verdade, registado no blockchain, ele passa nesse momento a integrar o conteúdo digital dele. A partir desse momento, o bem produzido está pronto para ser objeto dos factos constitutivos, modificativos ou extintivos do seu conteúdo, bem como, naturalmente, a ser objeto dos atos jurídicos ou outros que os interessados registados no blockchain, com acesso autorizado ao bem, pretendam efetuar. Deve salientar-se que a tokenização de um bem, compra e venda, doação, qualquer outra forma lícita de transmissão, não altera a sua natureza. Um bem que é, por exemplo, um automóvel na vida real, não deixa de ser o mesmo automóvel da vida real, uma vez também reproduzido num blockchain. A sua reprodução neste é apenas transitiva do que ele é na realidade, mas isso é necessário na Tecnologia Blockchain de modo a adquirir uma identificação própria na linguagem e na técnica blockchain.

Deve acrescentar-se ainda que um bem tokenizado pode assumir uma de três categorias seguintes:

— pode ser um produto (isto é, um bem de consumo, etc., o que quer que ele seja)

— um serviço (profissional ou outro)

— um direito (os direitos também, naturalmente, podem ser tokenizados).

E, para finalizar, deve ser aqui enfatizada a veracidade da afirmação, segundo a qual todos os bens da vida real podem ser tokenizados para poderem sobre eles, ou relativas a ele, ser efetuadas as operações desejáveis desde a sua utilização, o seu uso, fruição, transmissão e o benefício que ele possibilita ao seu consumidor titular ou ao seu utilizador.

13. Espécies de Token

13.1. Por uma questão de clareza e de boa ordem, que são, aliás, qualidades típicas da Tecnologia Blockchain, os tokens são classificados por categorias conforme a sua utilização, refletindo nela, à partida, as suas

características, aptidão, as finalidades ou a natureza constituinte e utilitária, necessariamente diversas de token para token.

Assim, estas são algumas das espécies de tokens, na sua nomenclatura em língua inglesa que é a mais utilizada:

— ***utility token*** (especialmente utilizado para bens de consumo (*comodities*) e para a prestação de serviços em geral);

— ***non-fungible token*** (utilizado para obras de arte ou objetos raros, que não podem ser utilizados para outra findidade);

— ***security token*** (utilizado para bens de investimento (*equities*, *bonds*, *securities* em geral e bens imobiliários);

— ***payment token*** (serve para efetuar pagamentos de obrigações expressas em valores eletrónicos). Funcionam, pois, como moedas digitais para efetuar o pagamento de transações ou como meio de troca;

— ***governance token*** (permite ao seu titular participar em assembleias ou reuniões, votando em atos coletivos);

— ***stablecoin token*** (é um token que se encontra ligado como um *crawling peg* a uma moeda forte (US dolar, Euro, Franco Suíço, o ouro ou outras moedas de valores estáveis), e que, por isso, se destinam a manter e reforçar a estabilidade do seu valor;

— **token de rede** que existe para assegurar o funcionamento de uma rede blockchain, para efetuar o pagamento de taxas e a manutenção da segurança de uma rede digital, como é o caso das criptomoedas principais, o Bitcoin e o Ethereum);

— **token lastreado em ativos** (servem, sobretudo, para incorporar a titularidade de ativos).

13.2. A tokenização de ativos imobiliários tem sido utilizada, mas, quando isso não sucede, a razão pode ser devida a obstáculos de natureza legal, dado que, genericamente, tem-se entendendo que apenas é legalmente possível provar com segurança a titularidade do direito sobre um bem imobiliário se a sua aquisição tiver sido efetuada pela forma escrita legal exigida e uma vez efetuado o subsequente registo predial na conservatória competente.

Porém, segundo defensores da Tecnologia Blockchain, estes obstáculos legais podem ser removidos se outro meio de prova de aquisição do direito for legalmente permitido, mas não apenas por meio de um docu-

mento escrito. Por isso, e em alternativa, tem-se sustentando que a aquisição do título e a prova da titularidade através de um registo num blockchain centralizado poderia ser uma solução mais segura do que a utilizada atualmente, dado o caráter confidencial e inalterável dos registos num blockchain, e desde que ele permita o acesso a pessoas ou entidades legalmente pré-definidas para obtenção de prova do título legal e de ónus ou encargos admissíveis no regime legal da propriedade imobiliária.

Na verdade, apenas deste modo seria criada a possibilidade de facilmente se obter o fracionamento da propriedade e da sua titularidade e dos eventuais ónus ou encargos para serem mais fácil e rapidamente efetuadas transações, por exemplo de apenas algumas partes do imóvel. Cremos que uma solução clássica da divisão jurídica de um imóvel, registada numa conservatória, etc, seria bem mais demorada, burocratizante e monetariamente mais onerosa (custo de notários, conservadores do registo predial, etc.).

Naturalmente, as soluções digitais só seriam possíveis mediante a alteração legislativa imobiliária atualmente em vigor.

13.3. Igualmente, a tokenização dos direitos de propriedade autoral e da propriedade industrial é efetuada com alguma frequência, sobretudo os direitos da propriedade autoral, desde tempos anteriores à Tecnologia Blockchain, através de operações de securitização de direitos daquela natureza, nomeadamente dos relativos à autoria e interpretação musical.

13.4. A tokenização de títulos societários cotados em bolsa já vem sendo gradualmente tornada realidade, nomeadamente a emissão de títulos acionistas resultantes da constituição de sociedades ou de aumentos de capital social de sociedades anónimas, uma vez que aquela tecnologia digital permite alargar, até aos limites geográficos da internet, o mercado potencialmente subscritor de títulos dessa natureza.

13.5. Outros aspetos de ordem legal têm também obstaculizado a obtenção de importantes benefícios que a Tecnologia Blockchain oferece, e que é devido ao atraso na resolução de questões jurídicas essenciais, como a definição da lei aplicável às transações digitais e a qualificação e valoração jurídica dos registos efetuados nos códigos blockchain.

13.6. A utilização da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios carece, igualmente, para que possa ser utilizada, de poder ser, com valor jurídico, registada nos códigos blockchain, bem como as

condições próprias do funcionamento correto do processo arbitral, como é o caso da determinação do lugar da sede da arbitragem, o critério de julgamento (lei vigente ou a equidade, etc.). Sobre esta matéria remetemos para o lugar próprio (vidé secção A, número 17).

13.7. Idealmente, aliás, a inclusão da arbitragem como meio de resolução de litígios surgidos no âmbito de cada blockchain exige que aquele meio alternativo seja obrigatoriamente incluído em todos os blockchain já constituídos para que o universo deles tenha um meio de resolução de litígios próprio e eficaz, pois, como será dito no lugar próprio (secção A, número 17), os tribunais judiciais não estão, nem humana, nem tecnicamente preparados. Isto importa, igualmente, que os blockchain existentes sejam alterados, de modo a incluir a arbitragem, bem como a câmara arbitral escolhida.

14. Exemplos práticos de benefícios resultantes da utilização da Tecnologia Blockchain

Os exemplos da sua importância podem ser inúmeros, mas figuremos três casos possíveis, entre um vasto número de outros:

— uma sociedade anónima da economia real pretende proceder ao aumento do seu capital social em montante de alguns milhões de euros. Decide tokenizar o pretendido aumento de capital através de um blockchain, anunciado nele as condições, a rentabilidade esperada e outros condições da operação.

Esta decisão faculta-lhe a possibilidade de colocar a operação em toda a área coberta pela internet, ganhando assim boas possibilidades de êxito da operação de modo mais substancial.

— outro exemplo: uma empresa produtora de um bem de consumo atraente decide oferecê-lo para venda através de um blockchain. O resultado imediato consiste em conduzir a oferta de vendas a todo o mundo coberto pela internet e não somente a um muito menor mercado tradicional e local que tem utilizado.

— ainda outro exemplo: alterada que um dia possa vir a ser, em Portugal, a legislação sobre a forma contratual da aquisição de propriedade imobiliária e do seu registo publico, a tokenização desses pro-

cedimentos permite dispor da totalidade ou de parte de um imóvel pela transmissão dos títulos de propriedade, por exemplo parcial de um prédio por simples via digital, evitando-se formalismos e gastos notariais e de registos, pois toda a operação pode ser feita por via digital, incluindo nela a totalidade ou apenas partes do imóvel.

15. A utilização em Portugal da Tecnologia Blockchain. A posição das autoridades públicas portuguesas

A posição interventiva das autoridades portuguesas na utilização da Tecnologia Blockchain tem sido diminuta até ao presente, com exceção de alguma regulamentação e das diretivas comunitárias que adiante serão tratadas em particular.

Ainda assim, em Portugal, a CMVM considera que a criptomoeda constitui apenas uma espécie de security que serve, sobretudo, para investimento, mas não de um valor de troca na aquisição de bens, o que não pode ser aceite como verdadeiro, dadas as inúmeras transações que ocorrem no mundo e que totalizam largos milhões de valores expressos em dinheiro (dólar, euro ou outra moeda), mas que são pagas com a utilização de criptomoedas, principalmente o Bitcoin e o Ethereum.

O Governo português emitiu, em 2018, um token financeiro, que denominou por *Govtech*, destinado à aquisição de equipamentos de interesse público.

Na secção C adiante descrevem-se os instrumentos legislativos reguladores da Tecnologia Blockchain e dos mercados respetivos onde ela opera, especialmente as normas quer de origem comunitária, quer portuguesa.

Importa, ainda, assinalar, que alguns bancos centrais têm manifestado a intenção de introduzir a tecnologia digital numa nova versão das suas moedas, digamos, a título exemplificativo, o euro digital e o dólar digital, etc.

Torna-se, assim, difícil admitir uma certa diabolização que ainda existe devotada às criptomoedas, quando é certo que algumas moedas fortes pertencentes a grandes blocos económicos e financeiros desejam adotar a tecnologia monetária digital própria das criptomoedas. É o que está em curso preparativo com o euro digital e o dólar digital.

Ainda no domínio do alargamento de certas iniciativas à Tecnologia Blockchain, deve salientar-se, igualmente, que alguns grandes bancos internacionais têm manifestado a sua intenção de apoiar a criação de stablecoins próprias.

16. Existe um verdadeiro Direito Digital?

Alguns autores, como é o caso de Ignacio Ferrer-Bonsoms, na sua obra Bitcoin Digital Law, defende com vigor e muito brilhantismo a existência de um verdadeiro Direito Digital que regula o funcionamento dos programas informáticos, como é o caso do Blockchain e do próprio Bitcoin. Trata-se da conceção que salienta a existência de uma regulação criada e desenvolvida pelo modo e o sistema como esses programas atuam, dada a sua forte utilização da auto-regulação e de uma tecnicidade muito própria.

Na doutrina dos defensores da existência de um verdadeiro Direito Digital existe a crença de que ele é um novo ramo do Direito, com um âmbito mais largo do que aquele que aporta o Blockchain, e de que fazem parte as normas reguladoras dos programas informáticos que acima evidenciámos, e que integra, igualmente, todo o normativo técnico do funcionamento da internet em geral.

No sentido aqui evidenciado, é certo que existem normas de caráter técnico que são o suporte do funcionamento da informática. Todavia, afirmar-se que elas são dotadas de jurisdicidade, isto é, dotadas da própria natureza de direito positivo de uma ordem jurídica determinada é assunto que ainda nos parece não poder dar-se por assente, dado o facto de ainda não ser reconhecido por lei. Mas, é muito provável que isso venha a suceder no futuro, dado o progresso na utilização de Tecnologia Blockchain.

Como se deixou dito noutros capítulos deste trabalho, a introdução no código de um blockchain de comandos que determinam o acesso a ele e ao seu funcionamento, de certo que são determinações, *sine qua non*, o sistema blockchain não funciona ou não o faz de forma correta.

Mas, perguntamos, pode-se qualificar esses comandos como uma parte de um direito digital? Cremos que não, pois continuam a tratar-se de normas técnicas de funcionamento ou, se tanto, disposições convencionais ou contratuais, mas não de normas jurídicas.

17. A importância única da arbitragem na resolução de litígios surgidos no âmbito da Tecnologia Blockchain

Não se trata aqui, naturalmente, de evidenciar qualquer vantagem, *a priori*, da arbitragem e também da mediação sobre outros meios de resolução de litígios.

Do que se trata é de realçar a evidência da impreparação atual dos meios judiciais e a falta de meios técnicos dos tribunais estaduais para a resolução de litígios originados e relativos à utilização da Tecnologia Blockchain. Nada impede, pois, que se possa afirmar que a via arbitral permite flexibilizar e tornar mais célere, simples e económica a resolução de litígios ocorridos naquele âmbito, constituindo atualmente o único meio viável de resolução litigiosa de conflitos.

Na verdade, a arbitragem na resolução de litígios blockchain permite inserir no código blockchain grande parte do modo como o litígio deva ser resolvido, o número de árbitros que constituirão o painel, o direito aplicável, como este deve ser interpretado e aplicado, a tramitação processual a seguir e tudo o mais que as partes, de comum acordo, o tenham querido estabelecer por convenção celebrada entre elas ou o que quer que desejem nele incluir para facilitar a condução do processo para a obtenção de uma decisão final.

No caso de utilização de centros de arbitragem, o código blockchain desejado contém, pelo menos em parte, as regras próprias adotadas pelo centro de arbitragem.

Naturalmente, as partes e os seus advogados devem previamente negociar e estabelecer, querendo, normas de funcionamento e de competência que pretendem conferir ao sistema arbitral escolhido.

Também pertence às partes e aos seus advogados negociar e acordar previamente, se o desejarem, os termos do ou dos smart contracts que queiram incluir no código do blockchain. Aqueles contratos inteligentes desta natureza conterão normas auto-executáveis, que automaticamente resolvem questões para, de modo mais expedito e menos custoso, resolver matérias típicas da natureza do litígio, tais como a nomeação de peritos e a fixação dos quesitos da perícia, a exigência às partes de garantias de bom pagamento, o recurso a oráculos para resolução de divergências sobre vias alternativas de condução do processo ou a resolução de vias alternativas probatórias, etc.

Também a decisão das partes sobre a natureza dos temas em que, segundo elas, árbitros em pessoa devem intervir na resolução do caso, tais como o julgamento de materiais especificas que devam ser decididos mediante o recurso à equidade, ou, tratando-se de litígios em que seja aplicada uma lei estrangeira e, por forma a assegurar a sua execução em Portuga, decidir o litígio de modo a que o laudo, repito: o laudo não ofenda a ordem pública internacional do Estado português. Bem como o consenso sobre normas do processo arbitral ou atinentes a uma câmara arbitral, a remissão para um smart contract, etc.. Ora, tudo isso pode contribuir para

uma boa forma automática de resolver um litígio que normalmente seria mais demorado e dispendioso no processo arbitral clássico.

18. A natureza dos litígios no âmbito da Tecnologia Blockchain

Como já foi dito, a Economia Digital constitui um reflexo da realidade da vida das pessoas tratada apenas com uma tecnologia diversa de que é usada na vida real.

Por isso, os litígios julgados em ambiente digital importam, permitanos o uso desta expressão, o que de bom e de mau possa existir na vida real quer quanto aos atos e atividades praticados, quer quanto à natureza e ao carácter das pessoas e entidades nelas participantes.

Em dois pontos, porém, é importante deter a nossa atenção:

— primeiro, e é o lado bom desta reflexão, a Tecnologia Blockchain traz consigo os requisitos de confiança e estabilidade das relações que muitas vezes não existem na vida real. Na verdade, na Tecnologia Blockchain são claras as características de estanquicidade dos dados introduzidos e, igualmente, a restrição ao acesso a ela e aos dados que contém em conformidade com o código do blockchain e o funcionamento estandardizado da inteligência artificial que o suporta.

— segundo, que é o lado mais frágil do sistema, ele não é incólume à introdução fraudulenta ou errada no blockchain dos dados e da própria identificação errada das pessoas ou entidades com acesso ao sistema. Na verdade, se existirem intenções dolosas ou ilícitas, elas não cabem na Tecnologia Blockchain, mas podem desvirtuá-la.

Importa ainda salientar que um litígio gerado no ambiente digital, faltando outros ordenamentos normativos convencionalmente aplicáveis, não deixam de se lhe aplicar as normas jurídicas substantivas e a legislação arbitral em vigor no ordenamento jurídico em questão, quer por força de acordo das partes, quer por determinação do comando normativo existente no código blockchain onde foi gerado o litígio ou de outro modo que seja aplicável.

No caso de utilização dos meios de resolução alternativa de litígios, serão aplicados os respetivos dispositivos reguladores, como é o caso, entre outros, da lei da sede da arbitragem, das normas reguladoras do cen-

tro de arbitragem, se se tratar de arbitragem institucionalizada, ou de arbitragem *ad hoc* no caso contrário.

Deve notar-se, por fim, no domínio dos meios digitais de resolução de litígios, que existem centros de arbitragem especializados que são dotados de regulamentos arbitrais e, bem assim, da própria intervenção de técnicos especialistas em blockchain a quem é conferido pelas partes poderes de resolução de litígios de natureza exclusivamente técnica. É o caso, em Madrid, do BACSIT e, em Paris, o Kleros. Ambas as instituições possuem regras relativas ao processo arbitral e, também, no caso do BACSIT, regras de mediação e de resolução de litígios blockchain efetuadas apenas por técnicos do sistema, e não por árbitros, quando o litígio tenha mera natureza da sua tecnicidade digital do litígio sem normas jurídicas específicas aplicáveis.

19. O futuro da economia real e das suas instituições como as conhecemos atualmente

O futuro da vida real das pessoas resultante da intervenção de Tecnologia Blockchain é ainda imprevisível, mas são poderosas as vantagens daquela tecnologia, dados os benefícios para as pessoas, empresas e para a comunidade em geral.

São visíveis os efeitos nos países em que já está a ser adotada.

O desafio por ela criado a algumas instituições da vida não-digital, como atualmente as conhecemos, é por isso muito sério.

Alguns autores têm-se manifestado publicamente, afirmando que certas instituições, se não se reestruturarem, não terão possibilidades de garantir a sua sobrevivência. Citam-se, nomeadamente, as bolsas de valores em geral e certas instituições bancárias. Outros setores serão igualmente afetados, pois quase tudo pode mudar, designadamente muitas profissões.

20. É previsível uma transformação inevitável do Estado?

A Tecnologia Blockchain não pretende criar qualquer desafio ou entrave ao estado e às instituições que o constituem.

Mas, a questão é que isso pode ser uma realidade futura inevitável, motivo por que cabe aos políticos e politólogos refletir sobre o tema e

orientar a sociedade. A tentativa de regulamentação da Tecnologia Blockchain para a controlar ou reduzir a sua potencialidade ocasiona riscos de perda das vantagens que ela traz. De forma ou de outra, pode suceder, como tem acontecido noutras áreas, que a transformação provenha da importação de países mais desenvolvidos nestas matérias das técnicas, dos meios e outros componentes de novas tecnologias, incluindo a que tratamos neste trabalho.

21. Como será o futuro do Direito em resultado da transformação do universo jurídico pela Tecnologia Blockchain?

Para responder a esta questão é necessário inquirir, em primeiro lugar, e desde já, em que termos o Direito e a sua aplicação prática estão ou não já a ser afetados ou beneficiados com a Inteligência Artificial, que constitui parte da essência da Tecnologia Blockchain.

Ora, já são conhecidas algumas respostas para esta magna questão. A resposta das instituições políticas consistiu, em muitos países, em regular e restringir a utilização da Inteligência Artificial com os inconvenientes, mas também algumas vantagens, diga-se, resultantes dessa medida.

Tendo isto em consideração, são igualmente de esperar algumas medidas de hétero-regulação da utilização da Tecnologia Blockchain, restringindo a sua aplicação.

Desde logo, por serem conhecidas resistências à inovação quando são postos em causa interesses instalados, quer de políticos defensores de uma certa orientação ideológica, quer de interesses pessoalizados, quer ainda de grupos sócio-profissionais e outros.

Uma conclusão deve, porém, ser desde já afirmada: a hétero-regulação da Tecnologia Blockchain constitui o pior lhe pode ser feito, dada a simples razão de se tratar de uma mera tecnologia. Se altera a estrutura funcional, mesmo mínima, corre-se o risco de a perder.

A resposta à questão de saber o que a tecnologia pode dar, terá o forte argumento de ela trazer mais benefícios do que inconvenientes para as populações, adicionado ao seu valor intrínseco, que acabarão por se impor à Economia como a conhecemos, à Sociedade e ao próprio Direito.

Secção B — Breves notas sobre mercados que utilizam a Tecnologia Blockchain

1. O apelo à utilização da Tecnologia Blockchain criada e aplicada pelos benefícios dela resultantes, bem como pela simplificação dos procedimentos e pela redução de custos têm conduzido, nos mercados financeiros mais ativos, a uma acentuada e progressiva euforia de iniciativas de projetos e de sofisticação de processos na procura de novas fontes de riqueza, se possível, rápida e substancial.

2. Porém, o que se manifesta por uma supostamente mais fácil utilização de expetativas de grande generosidade, pode revelar-se frequentemente frustrante, quando não é mesmo apropriada a conclusão de não ser esse o modo mais seguro de criar riqueza.

3. Os mercados blockchain mais ativos são, atualmente, os das criptomoedas, reunindo cada vez mais operadores e plataformas de Exchanges, isto é empresas que procedem à troca de valores expressos em criptomoedas, o que é feito tanto com outras criptomoedas, quer com dinheiro tradicional (*cash*). Destacam-se entre as Exchanges mais destacadas, a Binance, a Coinbase e outras.

4. Na verdade, as stablecoins, quando conduzidas por mãos inábeis ou ética ou moralmente erradas, pode causar graves roturas no sistema e elevados danos.

Cita-se aqui, em particular, o caso emblemático da stablecoin Terra e a sua relação com a Luna.

A primeira surgiu em 2018. Cerca de quatro anos depois, a Terra era considerada, pelos altos valores de cotação que atingiu e pela importância dos elevados montantes das transações em que interveio como moeda, um entre os dez mais importantes padrões de valor de troca em todo o mundo, situando-a entre as mais importantes moedas.

Porém, desvalorizou 99% em apenas algumas horas pela perda de confiança que sofreu. Apenas numa semana, o colapso da Terra ocasionou perdas de 45 biliões de dólares norte-americanos.

A razão principal do colapso deveu-se ao facto de a Terra, em lugar de se conectar com uma moeda forte estabilizadora (o dólar ou outra) para obter estabilidade de valor, ligou-se, a outra criptomoeda — a Luna. Esta última, contudo, encontrava-se a flutuar fortemente no mercado, ao ponto de dificilmente conseguir que cada token da Terra valesse um dólar.

Tratou-se, portanto, sobretudo, de um erro de previsão e de estratégia. Várias ações judiciais foram intentadas em países como a França, os EUA e Singapura.

Deve notar-se que estes grandes acontecimentos negativos não devem retirar importância às stablecoins, mas é um facto que toda a atenção e precaução são poucas quando se negoceia e adquirem moedas virtuais daquela natureza. A sua importância reside, principalmente, na possibilidade de obtenção de liquidez de grandes garantias para muitas atividades económicas, que dificilmente seriam conseguidas de outro modo. Mas, toda a moderação é pouca, dada a ainda falta de controlo legal da sua existência.

Um outro caso, envolvendo uma stablecoin — a Ethena USD— aconteceu, porque perdeu a paridade com o dólar. Operações de arbitragem financeira foram afanosamente efetuadas, aguardando-se desenvolvimentos futuros. Por estes factos, têm aumentado significativamente nas economias mais desenvolvidas a adoção de algumas medidas legais de regulação e políticas de proteção dos cripto mercados.

É o caso das medidas adotadas pelo Governo Trump, tomadas em outubro de 2025, e destinadas a proteger o mercado de cripto ativos.

Esta decisão, conjugada com o processo de criação de stablecoins pelos maiores bancos norte-americanos, como são o caso do JP Morgan, do City Bank e do Wells Fargo, gerou uma autêntica euforia na Wall Street para a compra de títulos.

O certo, porém, é que o mercado financeiro *cash* também pode, e mesmo com alguma frequência, ser afetado por manipuladores profissionais, com o único intuito de manipular os mercados apenas para o manter valorizado artificialmente, em alta ou em baixa, para influenciar o valor, em particular, de certos produtos dependentes da moeda manipulada.

Situações não muito diferentes podem, todavia, suceder como foi recentemente, em outubro de 2025, o caso da criptomoeda mais valorizada — o Bitcoin - pelo simples facto de o governo dos EUA ter anunciado a intenção de aplicar novas tarifas a produtos chineses de importação naquele país. O simples anúncio de novas e elevadas tarifas provocou uma significativa venda daquela cripto moeda, guardada, até então, como valor de entesouramento, poucas horas após o anúncio da intenção de aplicação de novas taxas, com o objetivo de converter bitcoins em dólares como base de auto-financiamento de muitas empresas norte-americanas dependentes do comércio com a República Popular da China.

5. Também a questão da criação de nova moeda e de novos fluxos financeiros por entidades privadas sem o controlo de bancos emissores, tem

constituído motivo de preocupação e de tensão nos mercados. Enfim, este é o resultado da juventude das criptomoedas e do inesperado grande impacto que elas têm causado no mundo financeiro e na economia internacional.

6. Iñigo Coello de Portugal, nos seus eruditos trabalhos sobre a utilização da Tecnologia Blockchain, tem propugnado que as Exchanges, ou seja, recorde-se, as plataformas que promovem transações digitais de compra, venda e troca de cripto ativos, sejam obrigadas, sob pena de exclusão da negociação utilizando a Tecnologia Blockchain, a incorporar uma convenção arbitral e dados arbitrais com recurso a smart contracts. Acresce, que aquele autor defende:

— a exclusão da arbitragem entre partes que não cumpram a legislação fiscal e a do anti-branqueamento de capitais; e

— a exclusão, igualmente da arbitragem, de indivíduos ou entidades do sub-mundo da economia (criminosos de vária índole);

— propugna, também, que a arbitragem deva cumprir as disposições da Lei-Modelo da UNCITRAL.

Secção C — Enquadramento legal, em Portugal, da Tecnologia Blockchain, dos mercados de cripto ativos e de criptomoedas. Aspetos fiscais

1. Uma grande parte da atividade digital que utiliza aquela tecnologia tem por objeto o negócio de cripto ativos, de criptomoedas e de valores conexos.

2. Um comunicado do Banco de Portugal, de 3 de janeiro de 2025, sobre a prestação de serviços que envolvam cripto ativos na União Europeia faz depender de autorização prévia concedida às entidades que pretendam intervir no mercado respetivo, concedida nos termos dos arts. 59º e seguintes do Regulamento n.º 2023/1114, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31. 08. 2024, que altera os Regulamentos (UE) n.º 1093/ /2010 e 1095/2010 e as Diretivas (UE) números 2013/36 e (UE) 2019/ /1937 (Regulamento MICA).

3. O Decreto-lei n.º 66/2023, de 8 de agosto, introduziu execução no ordenamento jurídico português do Regulamento (UE) 2022/858, do

Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio (Regulamento DLT). A propósito, esclarece-se que DLT é uma tecnologia de registo descentralizado de informação, que é digitalmente armazenada mediante a utilização de uma rede de base de dados detida por várias entidades sem que exista um administrador central. O blockchain é uma tecnologia do tipo DLT. Como se sabe, os cripto ativos têm a sua génese na Tecnologia Blockchain.

4. Os cripto ativos são representações digitais de ativos reais que se encontram registados no domínio da Tecnologia Blockchain. O Regulamento (EU) 2023/1114, denominado comumente por MICA (Market in Crypto-Assets Regulation), entrou em vigor 30 de dezembro de 2024 e tem por objetivos principais (1) a proteção do consumidor (2) a estabilidade financeira (3) a inovação e (4) a integridade do mercado.

As principais entidades visadas por aquele Regulamento são (1) os emissores de cripto ativos (2) os prestadores de serviços de cripto ativos e (3) os utilizadores e os investidores em cripto ativos.

O Regulamento MICA tem por finalidade principal proteger os direitos fundamentais dos cidadãos da UE. Para consulta das normas jurídicas aplicáveis à Tecnologia Blockchain, é útil consultar o *"*Guia Jurídico para a Tecnologia Blockchain*"*, de Tiago da Cunha Pereira.

5. O regime fiscal relativo aos criptos ativos encontra-se, principalmente, expresso na Lei nº 24-D/2022, de 30 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2023. De interesse para a tributação de cripto ativos, aquela lei distingue entre as mais-valias de curto prazo, ou seja, as referentes aos ganhos obtidos com a venda de ativos que tenham sido detidos por um período inferior a 365 dias, que são tributadas a uma taxa fixa da 28%, e as mais-valias detidas por mais de 365 dias que ficam isentas do imposto, desde que a venda ocorra dentro da União Europeia ou dos países EEE ou, ainda, de um estado que tenha celebrado um acordo com Portugal sobre troca de informações fiscais.

Relativamente aos rendimentos empresariais e individuais por prestação de serviços ou por outra fonte são tributados em IRC ou IRS nos termos gerais.

As entidades que tenham atividade em Portugal, comercializando ativos digitais, devem registar-se no Banco de Portugal.

Lisboa, outubro de 2025

Quadro dos principais diplomas legais reguladores de cripto ativos em Portugal

1. Regulamento MICA (Market in Crypto-Assets Regulation)

Regulamento (UE) 2023/1114, do Parlamento Europeu e do Concelho, de 31 de maio de 2023, que entrou em vigor em 30.12.2024 relativo aos Mercados de Criptoativos, que altera os Regulamentos (UE) n.º 1093/ /2010 e (UE) no. 1095/2010 e as Diretivas no. 2013/36/UE e (UE) 2019/ /1937.

2. Comunicado do Banco de Portugal, de 3 de janeiro de 2025, relativo à aplicação do Regulamento MICA.

3. Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2023. Rege a tributação de cripto ativos. A aquisição e o rendimento obtido com a utilização de criptomoedas deve ser declarado no IRS.

4. O registo no Banco de Portugal de entidades que exercem atividades de venda de cripto ativos no território português é obrigatório — art. 112.º da Lei n.º 83/2017 e o Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2021.

DEMOCRACIA E FUNDAMENTAÇÃO DAS LEIS

Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos([1])
e Prof. Doutor Hélio Campos([2])

Sumário:

1. Introdução. **2.** Os impostos como ponto de referência. **3.** A dignidade da pessoa. **4.** A pessoa digna e a comunidade. **5.** A dignidade da pessoa e os direitos da personalidade. **6.** Fundamentação (administrativa e) legislativa. **7.** Conclusão.

1. Introdução

O objetivo do presente estudo é a afirmação e prova da necessidade de uma fundamentação suficiente dos diplomas legislativos.

Dada a importância dos impostos, associada a frequentíssima violação de tal regra no seu âmbito, assentamos o nosso discurso na criação dos impostos.

2. Os impostos como ponto de referência

A matéria dos impostos reveste uma grande importância prática e é de uma abordagem teórica difícil, tanto no campo financeiro como no jurídico.

([1]) Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra e Professor Catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa. Agregado em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra). Doutor em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra), Docteur d'État en Droit (Université Paris 2). Docteur en Politiques Économiques et sociales (Université Paris 9).

([2]) Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Pernambuco. Juiz Federal. Doutor em Direito (Universidade de Lisboa).

A receita dos impostos ultrapassa amiúde 40% do PIB. E para muitas pessoas singulares pode ultrapassar 50% do seu rendimento.

Trata-se de uma punção no património da pessoa que só se pode justificar por motivos muito relevantes, conhecidos e aceites pelos seus destinatários.

A opinião de que os impostos se fundam na soberania do Estado, no poder superior a todos os outros que permite" impor" os impostos, é de afastar. O estado não é soberano: o povo é soberano. E, mesmo este, subordinado à dignidade da pessoa, de cada um e de todos, ao bem comum.

A constituição da República portuguesa, tal como a constituição do Brasil e tantas outras, reconhece e proclama logo no artigo primeiro: o Estado, logo o Direito, pois se trata de um Estado de Direito, funda-se na dignidade da pessoa humana. Assim, o Direito dos impostos funda-se, como o resto do direito, na dignidade da pessoa humana. E esta dignidade não pode ser escamoteada ou ocultada. Tem de ser bem aparente no processo legislativo.

A criação de impostos está sujeita ao princípio democrático.

Só um governo/legislação pelo Povo, por órgãos do Estado estreitamente abertos ao Povo, transparentes, sindicáveis, pode espelhar a base de uma prática democrática. E a prática democrática tem de responder aos valores da dignidade da pessoa.

3. A dignidade da pessoa

Passemos à dignidade da pessoa, fundamento do Estado de Direito.

Pessoa é nome da dignidade (São Tomás de Aquino). É a dignidade que caracteriza a pessoa.

O ser humano é único, um ser único da sua espécie. Não só pela sua biologia, como pelo conjunto de valores que possui e que são exercidos diversamente por cada pessoa: liberdade, razão, amor, auto-referência... Salientando um deles, escolhemos o amor. É sobretudo este que constrói e faz agir os laços familiares e sociais que têm permitido a sobrevivência das comunidades humanas.

A pessoa é um animal social. Não só no sentido que vive com os outros, mas também pelos outros e para os outros. O eu é insuficiente, parcelar. Os significados estão no eu-tu. No eu e no outro eu. Ao reconhecer o outro como pessoa, tal como eu, estou a reconhecê-lo como outro

eu([3]). A sua vida fica ligada à minha e a minha à dele. O reconhecimento do outro como outro-eu implica a empatia seguida de cuidado([4]). O bem que eu entendo querer para mim, sou levado a fazê-lo outro.

O reconhecimento é devido. Só sou pessoa, e só sei que sou pessoa, se reconhecer o outro como pessoa. Só tenho os direitos da personalidade se os reconhecer ao outro, a todos os outros([5]).

Dignidade é, pois, viver para os outros com razão, amor, liberdade e autoreferência.

Liberdade não se confunde com predação. A liberdade tem como fim o bem do outro e não o seu mal. Cada um reconhece no outro um outro eu. E pretende fazer-lhe todo o bem que gostaria que lhe fizessem a si mesmo… até ao fim([6]).

4. A pessoa digna e a comunidade

Desta relação do eu para com o outro-eu resulta o desejo de financiar a sociedade e sobretudo os mais necessitados. E não qualquer soberania absoluta do Estado.

É aqui que está o fundamento, a justificação, dos impostos.

Em algumas épocas históricas foram utilizadas com este fim as chamadas contribuições. O povo reunia-se e votava o financiamento das necessidades públicas. Conhecendo qual era a necessidade e o financiamento adequado.

Com os reis absolutos o imposto foi uma mera decisão do rei "de ciência certa e poder absoluto".

Desde há muito que as necessidades públicas são financiadas sobretudo através de impostos. O governo elenca as necessidades a satisfazer e indica o financiamento que julga adequado. Os impostos são votados nos parlamentos.

Isto por uma exigência dos impostos: estes têm de corresponder de muito perto à vontade dos cidadãos. É por isso que têm de ser votados nos

---

([3]) O outro-eu não é um "alter ego" com as mesmas "indignidades" do eu. Isto seria denegri-lo e fazer terminar a relação de identidade ética. O outro-eu é um humano, um individuo diverso do eu mas em cuja humanidade o eu se reconhece.

([4]) Campos, Diogo Leite de e Rodrigues, Manuel, *Dignidade da Pessoa* (e direitos e economia) Almedina, Coimbra, 2024, p. 15, ss.

([5]) Auts. *ob. cits.*, p. 152.

([6]) Auts. *ob. cits*., p. 87, ss.

parlamentos, por se entender que os deputados são representantes dos cidadãos que neles votaram e cuja vontade, portanto, exprimem.

Daqui os princípios da legalidade e da tipicidade dos impostos: estes têm de revestir a forma de lei, do diploma do parlamento, e esta deve conter todos os elementos essenciais dos impostos. Isto, para que a lei possa ser aplicada em obediência à vontade do povo e do Parlamento sem interferências, sem necessidade de integrar lacunas que, quando existam, têm de ser preenchidas por lei([7]).

As normas têm de ser muito precisas e claras para que não haja obstáculos entre a norma e o imposto final.

Para garantir a aplicação da lei de acordo com a vontade que presidiu à sua criação, define-se um procedimento tributário e atribuem-se aos contribuintes meios de defesa, como o recurso aos tribunais judiciais ou à arbitragem.

O resultado final é marcado da incerteza decorrente da equivocidade das palavras e das frases.

Para se obter uma via clara e desimpedida entre a lei, vontade do povo, e os impostos pagos, recorreu-se na Itália à parametrização dos rendimentos de múltiplas categorias de contribuintes.

Mas as exigências do carácter democrático da criação de impostos e da certeza e segurança da lei e da justiça da sua aplicação, não podem ficar por aqui: é necessário que o Parlamento e o Povo que este representa sejam completamente esclarecidos sobre o fim da proposta de lei e sobre a análise em que esta assenta. Não basta que esses estudos tenham sido realizados: é necessário que sejam divulgados e julgados. Pelo menos em termos sintéticos, mas esclarecedores. Para saber se haverá, no fim, com elevada probabilidade, um desenvolvimento económico e social (o que consubstancia um direito da personalidade de terceira geração) e não violação dos direitos da personalidade.

5. A dignidade da pessoa e os direitos da personalidade

As leis de impostos são particularmente suscetíveis de pôr em causa direitos da personalidade, sobretudo de segunda geração.

([7]) Campos, Diogo Leite de, e Campos, Mônica Horta Neves Leite de, *Direito Tributário*, Del Rey, Belo Horizonte, 2.ª ed., p. 207, ss.

E estes devem ser, não só respeitados, mas promovidos pela cobrança (e aplicação) dos impostos.

Direitos de primeira geração são os que exigem aos outros a não violação do direito à vida, a integridade física, a liberdade de expressão, etc. Assim, um imposto excessivo sobre os rendimentos dos meios de informação seria adequado a limitar a liberdade de expressão pública, portanto inconstitucional.

Os direitos de segunda geração são direitos da pessoa perante o estado exigindo deste prestações: direitos à habitação, à educação, à saúde, etc.

Finalmente os direitos de terceira geração são direitos do grupo: a um meio ambiente saudável, à proteção da infância e dos idosos; ao desenvolvimento económico e social.

A exigência de desenvolvimento do sistema económico e social é transversal a todo o sistema tributário. Este, no seu conjunto, deve promover tal desenvolvimento e os impostos, como termo mínimo, não o devem prejudicar.

6. Fundamentação (administrativa e) legislativa

A lei geral tributária portuguesa (art. 72.º) tal como a lei administrativa, impõe a fundamentação dos atos tributários. Aliás na esteira do previsto no código europeu de boa conduta administrativa, capítulo primeiro.

Ambos os diplomas exigem uma fundamentação de facto e de direito, que deve evidenciar a legalidade do ato. Se o sujeito passivo não estiver de acordo, e só estará esclarecido se compreender o ato fundamentado, reclamará administrativamente ou impugnará judicialmente.

O Parlamento e o Povo têm de ver o fundamento da lei sem o qual não poderão decidir e ajuizar.

Um ato tributário sem fundamentação ou com fundamentação insuficiente não é um ato jurídico eficaz, mas sim uma ordem, uma exigência violenta. Só fundamentado, aliás, será adequado a convencer os seus destinatários "soberanos", a poupar litígios com os custos inerentes. E em última análise a promover a paz social.

Mais do que isso: só um ato fundamentado dá assentido, conteúdo, ao ato.

Houve um tempo em que o ato administrativo era definido como um ato de autoridade que cria deveres para os cidadãos.

Época de um Estado demasiadamente poderoso que dava ordens aos cidadãos. Estado não democrático.

Sendo o estado de ciência certa e de poder quase absoluto, presumia se a legalidade e o mérito dos seus atos. O contribuinte limitava-se a obedecer. Se reagisse, deparava-se com a impossibilidade dia atacar numerosos atos, justificada por vezes com a intocabilidade da discricionariedade técnica.

O hermetismo da administração pública protegia a autoridade do Estado, viciando o estado de direito, que se quer de direito e democrático.

A completa jurisdição dos tribunais sobre todos os atos administrativos veio desfazer o poder da administração e o seu hermetismo. E ao obrigar a fundamentar os atos administrativos, veio abrir um diálogo pré judicial entre cidadão e administração.

O cidadão, com base num direito à fundamentação, pode exigir que esta seja completa, e associada à audição prévia do contribuinte.

O contribuinte pode exigir que a fundamentação seja completa e adequada aos seus conhecimentos.

Perante este panorama — contrariado amiúde por um abrandamento jurisdicional do conteúdo da fundamentação — o que se passa com a fundamentação das leis fiscais?

Na mesma ordem de ideias, assente em valores coincidentes, uma proposta ou projeto de lei deve ser fundamentada: qual o seu objetivo e as consequências económicas e sociais que da sua prossecução dele derivam. De modo a perceber-se no mínimo, os efeitos que acarretará para os direitos da personalidade e, em geral, para o bem-estar social.

Se o projeto de lei não for justificado, como poderá o Parlamento entendê-lo para o votar?

Como poderá ao Tribunal constitucional julgá-lo?

Como poderá o povo acatar as normas ou rejeitá-las? Ou mais simplesmente, entendê-las…

Como se poderá apreciar mais tarde, na sua execução, da responsabilidade política marcada pela diferença entre as promessas e os resultados?

> … "A ratio legis devia ser apresentada adequadamente e discutida pelo público relevante"([8]).
>
> "A lei deve ser apresentada como um conjunto de medidas justificáveis"([9]).
>
> … "Os mais afetados e os que exprimem o seu interesse devem ter as suas vozes adequadamente escutadas"([10]).

([8]) Michal Rupniewsky, *Human dignity and the Law*, Rutledge, 2023, p. 133.

([9]) *Id. Ibid*.

([10]) *Id. Ibid*.

> … "a legislação deve ser apresentada como um conjunto de medidas "publicamente justificáveis"([11]).

Há que afastar o processo dominante na prática em Portugal: as leis fiscais são inseridas massivamente no Orçamento do Estado para evitar a sua rejeição ou modificação, dada a importância do Orçamento. Perdendo-se a sua justificação ou fundamentação (a existir) no volume do Orçamento.

Sucede em diversos países que o governo publique leis de repente e com aplicação imediata. Para apanhar as famílias e as empresas desprevenidas e evitar que estas reorganizem a sua vida económica, por ex. reorganizando o seu consumo ou os seus planos de atividade.

Tais Estados não são seguramente aqueles mais prósperos e com população mais feliz.

Note-se que a parte respeitante à justificação não pode ser considerada como texto da lei, vinculando os destinatários. Mas sim como trabalhos preparatórios que, para efeitos legais, nomeadamente contenciosos, darão só uma indicação daquilo que o legislador pensou. Que pode ou não estar refletido no texto legal.

Tudo dará mais algum trabalho ao Governo. Mas os direitos dos cidadãos devem ser levados a sério.

Por vezes o Governo publica leis à experiência, a ver o que dão. Isto normalmente com base em pouco estudo, em pouca experiência, em pouca capacidade e em grande desprezo pelos cidadãos.

Tudo dará mais algum trabalho ao Governo. Mas os direitos dos cidadãos devem ser levados a sério.

Uma sugestão: em vez de se fazerem leis de curta vida, caminhos a experimentar, façam-se leis bem pensadas para o longo prazo. Estas não terão de ser mudadas todos os anos pois uma lei com esperança de vida curta dá trabalho e provoca danos sociais e económicos.

7. Conclusão

A razão do desenvolvimento económico e social de diversos países está no respeito pelo povo, no diálogo sobre os projetos de lei a partir da sua cuidadosa justificação.

([11]) *Id. Ibid.*

As reduções de impostos parecem sempre agradáveis. Mas… suponha-se a redução do IVA sobre os materiais de construção de imóveis para habitação e os serviços conexos.

Qual o universo de contribuintes a que se dirige?

Qual a perda de receitas fiscais?

Como será esta perda compensada?

Qual o impacto nas empresas de construção?

…e nos prestadores de materiais?

De que montante tem de ser a redução, para produzir o efeito pretendido da promoção de mais habitações mais baratas?

Uma redução muito baixa, pouco ou nada será eficaz.

E uma mais elevada? Não será consumida pelos preços de venda mais altos?

Haverá que criar ou agravar outros impostos para cobrir a perda de receitas?

Uma proposta de lei ou um projeto de lei em matéria de impostos, não suficientemente fundamentados, serão inconstitucionais por violarem o princípio democrático, eventuais direitos da personalidade, a regra geral do art. 1.º, bem como os valores que estão na base do princípio da legalidade e da tipicidade.

Melhor: tais projetos e propostas serão incompletos.

Um Estado onde tal se verifique será um Estado pouco eficaz, menos democrático, um Estado poluído, como é qualificado pela doutrina.

A FUNDAÇÃO É UM INSTITUTO JURÍDICO-PRIVADO

— As Fundações Públicas *versus* o Estado Paralelo —

Pelo Doutor Paulo de Cabral-Vaz(*)

Sumário:

1. O objecto do Direito das Fundações Privadas. O quadro axiológico. 1.1. As Fundações Públicas *versus* o Estado Paralelo. O contexto geopolítico. **1.2.** As Fundações Públicas de direito privado e as Fundações Privadas de utilidade pública — criação assimptótica do legislador. **2. Os elementos de substância jurídica. 2.1.** O Código Civil enquanto repositório dos direitos e deveres dos cidadãos. **2.2.** A liberdade de disposição do titular de bens. **3. A autonomia do Direito das fundações no âmbito do Código Civil. 3.1.** A Sociedade Civil — o motor da liberdade doadora. **4. Os condicionalismos da Lei-quadro das Fundações. 4.1.** A governamentalização/estatização do quadro fundacional. **5. As limitações do legislador ordinário. 5.1.** Os preconceitos de ordem ideológica e política. **5.2.** A incompreensível intervenção do Estado. **5.3.** O esquecimento do art. 165.º, n.º 1, al. *u*) da Constituição da República-CRP. **6. Conclusões**.

Resumo

O instituto fundacional português é um instituto ancestralmente privado pelo menos desde 1867, data do Código de Seabra, e permanecido com a entrada em vigor do Código Civil de 1966. A inclusão das fundações privadas no mesmo diploma do qual fazem parte as fundações públi-

---

(1) Advogado. Investigador — JusGov-EDUM | CIJ-FDUP. Professor Convidado — Faculdade de Direito da Universidade Portucalense.

cas, obrigando-as a prosseguirem fins de utilidade pública, nacionalizou o regime fundacional privado. A Fundação Pública, isto é, do Estado, é uma contradição nos seus termos. Urge a revisão do instituto das fundações privadas, ordenando-o *in totum* ao longo do Código Civil, em homenagem ao Princípio da Especialidade e, deste modo, respeitando a axiologia dos institutos privados lícitos.

Summary

The Portuguese foundation institute is an ancestral private institute, at least since 1867, the date of the Seabra Code, and remained so with the entry into force of the Civil Code of 1966. The inclusion of private foundations in the same law as public foundations, forcing them to pursue public utility purposes, nationalised the private foundation regime. The Public Foundation, that is, the state, is a contradiction in terms. There is an urgent need to review the institution of private foundations, ordering it in totum throughout the Civil Code, in accordance with the Principle of Speciality and, in this way, respecting the axiology of lawful private institutions.

Palavras-chave:

Fundação; Fundação privada; Sociedade Civil; Liberdade doadora; Estado Paralelo.

Keywords:

Foundation; Private Foundation; Civil Society; Donor freedom; Parallel State.

1. O objecto do Direito das Fundações Privadas. O quadro axiológico

O objecto de estudo do direito das fundações privadas terá de estar intimamente ligado ao quadro dogmático que desde sempre acolheu o seu regime: o Código Civil de 1867 (*vulgo* Código de Seabra) aprovado por Carta de Lei de 01 de Julho de 1867, e o Código Civil que se lhe seguiu nascido a 25 de Novembro de 1966 e que reservou os arts. 157.º a 166.º e 185.º a 194.º.

Releva, para o nosso enquadramento dogmático, e para melhor apreciação do leitor, referir a disciplina normativa que, numa fase ainda incipiente da sistematização do código civilista português se erigiu no já referido Código de Seabra. Essa ordem jurídica já se assinalava com um certo toque institucionalista que decorreria, certamente, do benefício da codificação napoleónica, apontava no Título VI — *Das Pessoas moraes* uma notável redacção tal qual procede do teor dos arts. 32.º, 34.º e 37.º([1]), que aqui se expõem:

> **1.** *art. 32.º:* Dizem-se pessoas moraes as associações ou corporações temporárias ou perpetuas, fundadas com algum fim ou algum motivo de utilidade publica, de utilidade publica e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica — arts. 1679.º, 1683.º §. un., 1781.º.
>
> **2.** *art. 34.º:* As associações ou corporações que gozam de individualidade jurídica, podem exercer todos os direitos civis, relativos aos interesses legítimos do seu instituto.
>
> **3.** *art. 37.º:* O estado, a igreja, as camaras municipaes, as juntas de parochia e quaisquer fundações ou estabelecimentos de beneficência, piedade ou instrucção pública, são havidos, em quanto ao exercício dos direitos civis respectivos, por pessoas moraes, salvo na parte em que a lei ordenar o contrario. C. PROC., arts. 10.º e 19.º. R.. *iv*, 194.

Dúvidas não poderão ser colocadas quanto à admissibilidade das fundações privadas no Código Civil de 1867, e da admissibilidade de fins de natureza particular às já citadas *pessoas moraes* e, fundamentalmente, quanto à oportuna menção de que o fim pode ser desenvolvido no âmbito de um *motivo de utilidade publica e particular conjuntamente que nas suas relações civis representem uma individualidade jurídica única.*

Fica-nos, pois, a ideia clara de que o Código de Seabra — talvez influenciado pela sistematização e conteúdo do Código de Napoleão, não se coibiu de apontar um conceito dogmático às *pessoas moraes* no sentido de lhes atribuir um fim de utilidade particular, pese embora, esse mesmo fim, se encontrasse irmanado através da conjunção copulativa *e* a um fim de *utilidade pública*. Mas, o que pondera, é o reconhecimento material de um fim de *utilidade particular*.

Importa, pois, para o nosso trabalho, debruçarmo-nos sobre a evolução histórica do regime fundacional, ou a ausência dessa referida evolução, por entendermos constituir pertinência responder, ou melhor, tentar

---

([1]) Código Civil (de Seabra) Português, *Codigo Civil Portuguez — Aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho 1867.* Porto: [Consult. 02.10.2025]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/314170889/Codigo-Civil-de-Seabra-Portugues>.

perceber o actual *status quo* desse mesmo regime, face à forma muito descuidada com que o legislador ordinário presenteou o actual quadro normativo: a lei-quadro extravagante n.º 24/2012 de 09.07 e as suas sucessivas alterações cirúrgicas.

E, tentar esclarecer como se desvirtuou o regime jurídico das fundações privadas à guisa de uma putativa imposição no âmbito do Programa de Assistência Económica a Portugal, *vulgo Troika* (entidade constituída pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional), *nacionalizando* o regime jurídico das fundações privadas, porquanto lhes impôs os mesmos fins de utilidade pública dos institutos públicos, previstos no art. 4.º da Lei n.º 36/2021 de 14.06([2]).

Saliente-se que — incompreensivelmente — a Lei-Quadro dos Institutos Públicos no art. 8.º sob a epígrafe «Fins», nada se refere aos esperados fins teleológicos, obrigando-nos a percorrer os já citados fins de utilidade pública([3]).

Quid iuris?

Neste contexto axiológico, de multiplicidade normativa, muito dificilmente perceberá o destinatário da lei qual o quadro legal que se aplica às fundações privadas face à inexistência de uma lei unitária que discipline o seu regime jurídico, ao longo do Código Civil.

1.1. As Fundações Públicas *versus* o *Estado Paralelo*. O contexto geopolítico.

O Direito Privado deverá compreender e saber responder aos justos anseios da sociedade civil no sentido de não desvirtuar o seu quadro axiológico, permitindo que a hermenêutica jurídica se ocupe da interpretação das normas e o faça de acordo com o seu sentido exegético. Porém, não foi alcançada essa esperada virtude, porquanto em 06 de Abril de 2011 o XVIII Governo chefiado pelo Engenheiro José Sócrates anunciou o pedido externo de ajuda financeira([4/5/6]).

([2]) PGDL, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, Lei n.º 36/2021, de 14 de Julho. *Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública* (versão actualizada). Lisboa: [Consult. 02.10.2025]. Disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/leimostra_articulado.php?nid=3423&tabela=leis&ficha=1>.

([3]) Cabral-Vaz, Paulo de, *O Governo das Fundações Privadas*. Vida Económica — Editorial, SA. 2026. (Porto). ISBN 978-989-788-352-1, pp. 365-370.

([4]) Público, *O dia em que a* troika *foi chamada a Portugal.* Porto: [Consult. 22.09.2025]. Disponível em <www.publico.pt/2019/12/12/economia/noticia/dia-troika-chamada-portugal-1897052>.

Nesse quadro geopolítico, seguiu-se um novo Governo da República que herdou e orientou uma parte da sua governação preocupado com os "sistemas institucionais — da Administração Pública ao Estado Paralelo, da Justiça à Saúde, da Cultura ao Emprego, do Equipamento social à Terra — que nem sempre se revelou à altura das necessidades colectivas"([7]), tal como iremos enunciar.

Ora, tal percepção é visível ao longo do Programa do Governo apresentado em Junho de 2012. De salientar que, de tal percepção, resulta, também, do texto da Exposição de Motivos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012 de 25 de Setembro ao enunciar "a redução da estrutura organizativa do estado e dos seus custos, bem como a promoção de uma maior eficiência operacional e uma maior eficácia governativa, em cujo âmbito se insere a redução do denominado *Estado Paralelo*, no qual se integram as fundações públicas"([8]).

Aqui chegados, importa extrair do segmento constituinte do Programa do XIX Governo Constitucional e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012 de 25 de Setembro, a menção a um denominado *Estado Paralelo*, de forma a podermos alcançar a sua natureza constitutiva.

À míngua de Doutrina explicativa que nos pudesse amparar, vimo-nos dirigidos no sentido de tentar perceber o que pretendeu o XIX Governo Constitucional significar com a expressão «Estado Paralelo». E, que tipo ou tipos de estruturas organizativas dele fazem parte. De facto, não foi difícil perceber o significado da referida expressão, porquanto, facilmente atingimos que a sinonímia representativa de «Estado Paralelo», decorre da exímia clareza que brota do texto constituinte da Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012 de 25 de Setembro, ao mencionar, sem tergiversar, que se integram, aí, as fundações públicas. Que não as fundações privadas. E, dizemo-lo, a fim de esclarecer que não nos podemos refugiar no termo jurídico genérico *fundação* para aí colocarmos no

---

([5]) Expresso, *Cronologia. Os dias que levaram ao pedido de resgate há 10 anos*. Lisboa: [Consult. em 09.10.2025]. Disponível em *Cronologia. Os dias que levaram ao pedido de resgate há 10 anos — Expresso.*

([6]) República Portuguesa, *Composição. XVIII Governo Constitucional*. Lisboa: [Consult. em 09.10.2025]. Disponível em <www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc18/composicao.aspx>.

([7]) Rp Arquivo histórico, *Programa do XIX Governo Constitucional*. Lisboa: [Consult. em 23.09.2025]. Disponível em <www.historico.portugal.gov.pt/media/130538/programa_gc19.pdf>.

([8]) Diário da República, *Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012, de 25 de Setembro.* Lisboa: [Consult. em 23.09.2025]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/79-a-2012-510632>.

mesmo plano de atendibilidade todas as fundações, como se todas elas fossem da mesma natureza e espécie jurídicas.

É, pois, neste contexto político marcado pela *débâcle* financeira do país, que irá nascer a vontade política de criar *ex-novo* o regime das fundações que inexplicavelmente agrega as fundações privadas, os regimes especiais que englobam as fundações de solidariedade social, as fundações de cooperação para o desenvolvimento (*vulgo* ONG's), as fundações para a criação de estabelecimentos de ensino superior privados, e as fundações públicas. E, ainda, o regime aplicável às fundações públicas de direito privado já criadas([9]), virtuosa criação do Estado de Direito de então.

Last but not least a todas elas — às fundações privadas e às fundações públicas — é imposto o mesmo fim de interesse social, em tudo idêntico aos 19 fins de utilidade pública previstos no art. 4.º da Lei n.º 36/2021 de 14 de Junho([10]). Saliente-se que deveria decorrer do art. 8.º «Fins» da Lei-Quadro dos Institutos Públicos o elenco desse finalístico conceito; porém, face ao incompreensível texto que decorre entre o título do referido art. 8.º e o elenco que se lhe segue sem mencionar um único fim, vimo-nos obrigados a recorrer aos já referidos fins de utilidade pública. E, aí, em face de uma descrição exaustiva de fins de utilidade pública podermos estabelecer o nosso juízo interpretativo numa extensa volumetria de 19 fins.

Decorre, ainda, uma outra imposição legal às fundações públicas do Estado, passe a redundância, que deriva da redacção do art. 51.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos *Uso da designação Instituto, IP ou Fundação, IP* ao impor àquelas fundações públicas o acrónimo *IP*, sem que tenhamos conhecimento que tal imposição legal esteja a ser devidamente considerada na difusão das respectivas iniciativas. O Estado difunde as suas fundações sem as mencionar com o referido acrónimo IP, assim criando a confusão com as fundações privadas.

Facilmente verificámos que, nesta constelação de várias tipologias fundacionais, se encontra o actual estado do seu regime jurídico, que em termos gerais não permite uma leitura clara aos seus destinatários. E, nesse estrito domínio, urge consagrar um amplo e aturado estudo sobre o regime das fundações privadas que, em nosso entendimento, deverá ficar consa-

---

([9]) Consultar art. 57.º da Lei n.º 24/2012 de 09.07. Resulta do artigo em exposição o impedimento do Estado criar fundações públicas de direito privado, sendo, porém, mantidas aquelas já constituídas e reconhecidas. Donde, incompreensivelmente, o Estado continua a poder utilizar uma figura jurídica fundacional que ele próprio expurga da sistemática jurídica!!!! *Quid Iuris*?

([10]) PGDL — *Procuradoria-geral Distrital de Lisboa*, *Lei n.º 36/2021, de 14 de Junho | Lei-quadro do Estatuto de Utilidade Pública.* Lisboa: [Consult. em 23.09.2025]. Disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3423&tabela=leis&ficha=1>.

grado unicamente no Código Civil Português, assegurando a sua unidade dogmática e, também, a sua melhor compreensão e apreensão. Tal qual ocorre no regime alemão, ao desenhar um regime unitário das fundações privadas que se encontra disciplinado nos §§80 a 89 do BGB([11]), após a grande reforma recentemente ocorrida em 2023, e depois de um longo período de 10 anos de debate vivamente acompanhado pela participação da Sociedade Civil.

As fundações privadas de fins privados lícitos terão de ser admitidas a fim de se desenvolver esta capacidade para a Sociedade Civil poder atender ao desenvolvimento económico nacional, permitindo que os pequenos patrimónios, a par dos grandes patrimónios, possam contribuir para esse mesmo crescimento económico. Ignorar esta tipologia fundacional privada é, em nosso entendimento, permitir que essas disponibilidades económicas possam emigrar para outras jurisdições. E, por via desse efeito, contribuir para o empobrecimento do país.

Em jeito de conclusão, urge a modernização do regime fundacional privado português no quadro do Direito Civil, enquanto "o acto e o efeito de adequar o Direito à realidade actual, nas suas dimensões científicas e tecnológicas, por um lado, e sócios-culturais, por outro"([12]). E, também, de assegurar uma posição de paridade entre as partes, nem sempre conseguida face à natureza individual dos intervenientes.

Por outro lado, a sede material das fundações privadas é o Código Civil, compilação onde deverá ficar vertido todo o regime das fundações privadas, assim se homenageando a unidade do sistema enquanto esquema normativo integrador e de realização do instituto jurídico privado.

A admissibilidade de fundações públicas de direito privado constitui uma incompreensível criação do próprio Estado, numa deriva que tenta repristinar o regime jurídico das fundações privadas, adoptando-o e criando uma autonomia administrativa e financeira *a latere* do regime do Direito Público. Constituiu, tal deriva, pois, uma *especialidade* dogmática do Direito Público, pretendendo conferir um sentido exegético que exorbita os limites publicistas, assim concorrendo no hemisfério do Direito Privado.

A Fundação Pública é, na nossa modesta opinião, uma contradição nos seus termos, porque tem origem através de iniciativas públicas, mas

---

([11]) Bundesministerium der Justiz und für verbraucherschutz, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).* Berlin:[Consult. em 23.09.2025]. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

([12]) Cordeiro, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil.* I Aspectos Gerais. Almedina. 2004. ISBN 972-40-2317-6, p. 13.

utilizando um expediente com base no Direito Privado([13]). Constitui, pois, uma fuga do Direito Público para o Direito Privado, com vista a assegurar mecanismos de intervenção na sociedade sem a *gravitas* de sindicância dos limites de intervenção pública. Isto é, anula o próprio significado da "coisa" pública e da "coisa" privada, enquanto paradoxo que surge dessa antinomia.

"Em primeiro lugar, a existência de fundações públicas contraria frontalmente a ideia de fundação. Uma fundação pública, isto é, do Estado, é uma contradição nos termos: uma entidade pública deve assumir-se como tal e não tentar aproveitar de regras feitas para as fundações privadas"([14]).

1.2. As Fundações Públicas de direito privado e as Fundações Privadas de utilidade pública — criação assimptótica do legislador

Recordemos a redacção que resultava da primeira versão da Lei-Quadro das Fundações, de acordo com o texto do art. 57.º, n.º 1 da Lei n.º 24/2012, 09.07. Tal redacção permitir-nos-à construir uma leitura que nos levará ao estabelecimento de um raciocínio ordenado no tempo, com vista à apreciação de tipologias fundacionais que se tornavam, e continuam a tornar, de difícil explicação axiológica.

O texto impunha a seguinte redacção:

> — O Estado, as regiões Autónomas, as autarquias locais, as outras pessoas colectivas da administração autónoma e as demais pessoas colectivas públicas estão impedidos de criar ou participar em novas fundações públicas de direito privado([15]).

As fundações públicas de direito privado e fundações privadas de direito público instituídas pelo Estado, figuras jurídicas virtuosas que permitiram a fuga aos limites do perímetro do orçamento geral do Estado, e que personificaram um endividamento virtuoso causador das dificuldades

---

([13]) Estorninho, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* — Vol. IV — Direito Administrativo e Justiça Administrativa. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. ISSN 0870-3116, p. 670.

([14]) Barreto, António, *Filantropia e Sociedade.* Centro Português de Fundações. 2022. Depósito Legal n.º 511204/23, p. 16.

([15]) Procuradoria-Geral Regional de Lisboa, *Lei n.º 24/2012, de 09 de Julho. Lei-Quadro das Fundações.* Versão original já desactualizada. Lisboa: [Consult. em 15.10.2025]. Disponível em <www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1758&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=>.

financeiras que abalaram o país em 2012, tal como já foi por nós tratado no ponto 1.1. Tal virtuosa figura personificou uma criação jurídica nefasta para o país e, fundamentalmente, para os cidadãos que pagam impostos. E, mais incompreensível, é se terem mantido até à presente data, sem que tenha sido decidido transformá-las em fundações públicas de direito público como seria exigível numa sociedade livre, justa e democrática. Tal facto decorre da interpretação *a contrario* do art. 57.º, n.os 2 e 3 da Lei-Quadro das Fundações — LQF.

Curiosamente, ou talvez não, o n.º 3 do art. 57.º manda aplicar a lei que aprova o Orçamento do Estado às fundações públicas de direito privado em *igualdade de circunstâncias para as entidades públicas reclassificadas de regime simplificado*. Donde, facilmente se interpreta que, não existindo *igualdade de circunstâncias*, NÃO se aplica a lei orçamental. Ficamos, pois, na mesma… As fundações públicas de direito privado podem facilmente arguir a desigualdade de circunstâncias e passar a não respeitar o Orçamento do Estado. Será assim?

> "Os acontecimentos relativos a determinadas fundações privadas de iniciativa governamental (Dezembro de 2000) e a crise política que nessa época se lhes seguiu, confirmando a dimensão assustadora e de contornos indefinidos dos fenómenos de *fuga para o Direito Privado* nestas áreas, obrigaram-me, já então, a repensar algumas das opções iniciais com base nas quais a Comissão havia desenvolvido as suas tarefas"([16]).

Restam, ainda, as Fundações Privadas de utilidade pública([17]) que, no âmbito do regime legal consagrado no Decreto-Lei n.º 460/77, de 07.11([18]) podem usufruir de tal *especial* desiderato. O estatuto de utilidade pública é atribuído em regra por um período de 10 anos, podendo, em casos excepcionais, e mediante pedido devidamente fundamentado, poder ser ampliado para 15 ou 20 anos([19]).

([16]) Estorninho, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* — Vol. IV — Direito Administrativo e Justiça Administrativa. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. ISSN 0870-3116, pp. 672-673.

([17]) Presidência do Conselho de Ministros, *Nova página das Fundações e Pessoas Coletivas de Utilidade Pública.* Lisboa: [Consult. em 16.10.2025]. Disponível em <https://www2.gov.pt/documents/20142/18888649/PORTAL+ePORTUGAL_FUND_UP_MANUAL.pdf/b75a5bb6-8fc7-c9fc-537d-2d9da7b31d05?t=1601471317001>.

([18]) Diário da República, *Presidência do Conselho de Ministros.* Lisboa: [Consult. em 15.10.2025]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/460-1977-277832> e <www.fchampalimaud.org/sites/default/files/pdf/ESTATUTO_UTILIDADE_PUBLICA.pdf>.

([19]) Presidência do Conselho de Ministros, *Nova Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública.* Lisboa: [Consult. em 16.10.2025]. Disponível em <www.sg.pcm.gov.pt/servicos/fundacoes-e-entidades-de-utilidade-publica/>.

Aqui chegados importa, para a nossa reflexão, colocar as seguintes questões:

a) As Fundações Privadas de utilidade pública estão obrigadas a respeitar o perímetro do orçamento do Estado? Em que circunstâncias?

b) As Fundações Privadas de utilidade pública gozam de especial estatuto fiscal?

Estas são as dúvidas que aqui colocamos para eventual esclarecimento por parte das autoridades nacionais, a fim de podermos clarificar este virtuoso regime.

2. Os elementos de substância jurídica

Quando nos debruçamos sobre os elementos de substância jurídica referimo-nos, obviamente, à codificação que acolheu o regime das fundações privadas, e que de forma clara classifica a fonte civil das fundações privadas. Donde, encontrando refúgio, desde sempre no Código Civil, as fundações são seguramente um instituto civilístico privado, como já o referimos atrás, devendo ser respeitado pelo legislador e pelos políticos que, em cada momento, ocupam as funções da governação.

Há, pois, uma ligação parental forte entre a codificação civilística e a Ciência do Direito. É este o ambiente normativo que foi oferecido às fundações privadas, ambiente no qual lhes terá de continuar a ser concedido como sede material da sua total disciplina jurídica, a bem da harmonia da codificação, da sistematização e da Ciência Civilística. E, naturalmente, a bem dos destinatários da Lei.

O Estado de Direito Democrático não pode sobrepor-se às manifestações organizacionais legítimas que provêm da Sociedade Civil, tal como as associações, as sociedades civis e as fundações privadas de fins privados lícitos, sob pena de retirar um dos institutos mais marcantes, porque significativo, enquanto realidade de manifestação individual de vontade do fundador e do próprio direito privado, esvaziando-o de conteúdo volitivo e normativo, sob pena de contribuir para a sua irrelevância.

A articulação do regime fundacional privado deve obedecer a uma sistemática *jus* racionalista em homenagem aos princípios da clareza, da ciência do Direito e do respeito que deve merecer o destinatário desse

mesmo Direito: o cidadão comum. "Devemos sempre manter o assunto de um determinado ramo do conhecimento totalmente distinto do de qualquer outro"([20]).

E, no desenho puro do jurídico evitar os atrevimentos de manifestações ideológicas de momento, de forma a atender e respeitar as influências que nos provieram de outras instâncias jurídicas, classicamente identificadas por razões de ordem sociológica ou de reconhecimento no avanço da Ciência Jurídica, como o serão as instâncias provindas de França ou da Alemanha, bem patentes na forma como influenciaram o actual Código Civil Português.

2.1. O Código Civil enquanto repositório dos direitos e deveres dos cidadãos

O actual Código Civil agrega um conjunto de leis que disciplinam e determinam as regras que resultam das relações jurídicas estabelecidas na ordem privada. Destas relações fazem parte as relações entre as pessoas, entre os seus bens, e os seus direitos e deveres. Donde, possamos dizer que do Código Civil brotam normas que garantem a ordem e a segurança, assegurando que as relações jurídicas estabelecidas entre os cidadãos estão desenhadas de forma justa que garanta a sua estabilidade.

Por outro lado, é através da codificação do Código Civil que se alcança um sentido protector dos direitos, ao disciplinar os direitos das pessoas relativamente aos seus bens e às relações que as pessoas estabelecerão entre si. De relevar que, ainda, se preocupa com a regulamentação em sociedade, nomeadamente no que se refere aos aspectos relacionados com o casamento, a propriedade, os contratos e a responsabilidade resultante dos danos.

Dito isto, o Direito Civil (*direito privado comum*) constitui a parte essencial do Direito Privado e, nesse domínio de interesse dogmático, afirma-se como o direito dos cidadãos([21]). Donde, em contraponto com o Direito Público, têm sido utilizados muitos mecanismos distintivos que decorrem de uma abordagem que se filia em elementos de distinção que

---

([20]) Schopenhauer, Arthur, *Como Ganhar uma Discussão (Mesmo Sem Ter Razão)*. Ideias de Ler. Divisão Editorial Literária. Porto Editora. ISBN 978-989-740-198-5, p. 8.

([21]) Vasconcelos, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*. 8.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, SA, 2015. ISBN 978-972-40-6265-5, p. 5.

percorrem desde a natureza dos interesses à natureza dos sujeitos. Porém, será de considerar que não se pode conceber uma separação totalmente absoluta por existirem alguns pontos de comunhão, que só veem reforçar a axiologia identitária de cada um desses ramos do Direito.

Porém, haverá de ter em especial atenção que o critério entendido como mais representativo será o que decorre da intervenção do Estado despido do designado *ius imperi*(22) a fim de tentar assegurar o equilíbrio das partes, equilíbrio esse sempre muito difícil de ser atingido, porque mesmo despido desse *ius imperi* a posição do Estado implica *per se* uma vantagem difícil de descaracterizar ou desconsiderar. E, assim sendo, haverá de cuidar de outros mecanismos de ordem jurídica e democrática que possam, decisivamente, contribuir para um verdadeiro e inequívoco equilíbrio das partes.

2.2. A liberdade de disposição do titular de bens

"O Direito não é uma lei (ou muitas): estaríamos perante um retrocesso positivista que ninguém admitiria subscrever"(23).

O Direito retrata aspectos vários da vida e do comportamento humano e traça-lhes uma orientação *in abstracto* que determina a produção de um certo comportamento que se espera seja realizado.

Esta liberdade assume tal importância que merece dignidade por parte da Constituição da República Portuguesa através de um artigo dedicado, no caso em apreço o art. 62.º, n.º 1 «Direito de propriedade privada», garantindo que todos têm direito à propriedade privada e à sua transmissibilidade, em vida ou por morte(24).

É, pois, neste ambiente jurídico que determina um processo de realização de uma vontade humana que se concebe a liberdade de dispor dos bens. Esta liberdade pode adoptar várias figuras jurídicas que atravessam o espectro do Código Civil. Desde logo, permitindo ao testador impôr ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, de forma que após a

---

(22) Mota Pinto, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil.* 2.ª ed. actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada. n.º 2385, p. 35.

(23) Cordeiro, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil — I Aspectos Gerais*. Almedina, 2004. ISBN 972-40-2317-6, p. 140.

(24) Cordeiro, António Menezes, *O Direito das Fundações em Debate. Perspectivas de Reforma*. Cascais: Princípia Editora, 2020. ISBN: 978-989-716-219-0, p. 24.

sua morte, ela reverta a favor de outra pessoa. Estamos, pois, perante a figura jurídica da substituição fideicomissária prevista no art. 2286.º e seguintes do nosso Código Civil.

Resulta da figura da substituição fideicomissária o princípio jurídico que ancora na liberdade de disposição dos bens, princípio esse que acompanha a *ratio legis* do Código Civil português. E, ao abrigo deste sentido exegético ou teleológico, a Lei-Quadro das Fundações deve saber acompanhá-lo, evitando impôr às fundações privadas um interesse social que se desenha de forma identitária aos fins de utilidade pública([25]). Fins de utilidade pública que, necessariamente, exorbitam os legítimos interesses privados lícitos, como ao adiante iremos atender.

Neste quadro axiológico a autonomia do Direito Civil, que é parte do Direito Privado geral([26]/[27]), dirige-se, regendo, sem quaisquer restrições, às relações jurídicas entre os sujeitos privados. E, as fundações, ao encontrarem a sua arrumação civilística estão necessariamente a determinar, sem quaisquer dúvidas, a sua etiologia jurídica. Ignorar esta arrumação civilística é ignorar o direito nascido, o direito organizado de forma sistemática no Código Civil e já prevista ainda numa forma embrionária no antecedente Código de Seabra.

3. A autonomia do Direito das fundações no âmbito do Código Civil

Constituindo as fundações uma organização privada que funda o seu propósito numa vontade individual do instituidor, vontade essa que não pode ser colocada em causa pelos seus herdeiros, tal qual resulta do art. 185.º, n.º 3 do Código Civil, estamos em presença de um acto individual de disponibilidade de bens que deve ser dirigido no desenvolvimento de um interesse privado lícito, tal qual é admissível para as sociedades comerciais.

([25]) O interesse social das fundações privadas tipificado ao longo 25 fins previstos no art. 3.º, n.º 2 da Lei-Quadro das Fundações, reflecte de forma identitária os 19 fins de utilidade pública mencionados no art. 4.º da Lei n.º 36/2021 de 14.06 da Lei-Quadro do Estatuto de Utilidade Pública.

([26]) Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*. Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1983, 2.ª ed., n.º 2385, p. 23.

([27]) Vasconcelos, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina, SA, 8.ª ed., 2015. ISBN 978-972-40-6265-5, p. 5.

E tanto assim é, porquanto o Direito Civil regula de forma positiva a actividade das pessoas com outras pessoas. Dito de outra forma, determina como os interesses de uns e de outros se podem desenvolver através de expressões normativas que visam a disciplina entre as partes envolvidas. Esta disciplina vem permitir que a vontade e autonomia da pessoa humana se articule de forma perfeita através das regras que se encontram vertidas no Código Civil.

Decorre, pois, desta autonomia um vector que acolhe a autodeterminação da pessoa em termos individuais poder escolher, em liberdade, o obejcto que pretende destinar e que faz parte de uma parte do seu património, da sua propriedade individual. Esse objecto deverá poder prosseguir fins de interesses privados legítimos, enquanto desidrato da já citada autonomia da pessoa humana, tendo como bissectriz uma sociedade livre e democrática.

Por outro lado, a autonomia enquanto factor de liberdade individual que permite desempenhar os actos de natureza legal em conformidade com a vontade individual, resulta manifestamente na materialização de um interesse individual legal, necessário e legítimo. Isto é, numa manifestação que vem corporizar o elemento essencial do direito civil, enquanto expressão da vontade individual caracterizadora dos ditames civilísticos.

Porém, será também de atender que esta disponibilidade doadora deverá acompanhar a realização do seu fundador enquanto acto de vector altruísta, assente na disponibilidade de um acervo autónomo a favor de outra pessoa, seja ela familiar, seja um amigo ou seja uma entidade colectiva. Sempre na bissectriz de uma vontade autónoma e transcendente que pretende acudir a outrem, enquanto elemento da realização da personalidade e do assenso transcendente da vontade individual.

É neste quadro reflector da vontade individual que o Direito não pode proibir a liberdade de doar, nem mesmo impôr o destino de bens que resultam do património individual ao único serviço do interesse de ordem pública.

Os actos de liberdade individual que resultam da prestação de actos volitivos de natureza íntima e pessoal, encontram-se na esfera jurídica de uma liberdade individual de natureza privada que necessariamente se compaginam com a colocação do património ao serviço de interesses privados lícitos. Donde, obrigar *op legis* os fundadores a colocarem o seu património apenas e unicamente ao serviço dos interesses de utilidade pública, poderá configurar um confisco por parte do Estado.

O Direito Civil é o Direito que visa assegurar a autonomia e a realização da personalidade no âmbito das relações entre as pessoas([28]). E, no

---

([28]) Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*. Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1983, 2.ª ed., n.º 2385, p. 44.

âmbito destas relações, encontram-se seguramente as fundações privadas de interesses privados lícitos.

Esperar-se-ia, pois, que o Código Civil pudesse acompanhar a liberdade de associação dos *cives* através dos institutos colectivos aí presentes:

(*i*) As associações.

(*ii*) As fundações. E,

(*iii*) As sociedades civis.

Porém, o Código Civil através das alterações ocorridas pelo Decreto-lei n.º 496/77 de 25.11 que consagrou a personalidade jurídica das associações por via normativa, não veio a consagrar ou a assegurar, como se esperaria, tal liberdade para as fundações, impedindo a sua libertação da intervenção estadual.

"O Código de 1966 não foi capaz de acompanhar as realidades éticas e sociais de uma sociedade ocidental já na segunda metade do século XX. Consagrou restrições à liberdade de associação e consignou uma caricata inferioridade da mulher"([29]).

3.1. A Sociedade Civil — o motor da liberdade doadora

A sociedade civil é, em nosso convicto entendimento, o conjunto de pessoas que actua de forma independente e organizada na esfera social sem se encontrar ligada a estruturas dirigidas pelo Estado, desenvolvendo acções de natureza autónoma, lícita e legal, assim contribuindo para a ordem e riqueza da democracia.

No âmbito desta nossa conceptualização, a sociedade civil deverá tomar em consideração a existência de uma certa confusão na terminologia dos conceitos, muitas das vezes decorrentes de eventuais abusos ideológicos que tentam equiparar o bem comum ao interesse geral, que muitas das vezes se confunde com o interesse público, mas que se encontra distante dos interesses privados legítimos.

Encontrando-se a sociedade civil apartada do interesse público enquanto desiderato da sua intervenção pura e única, terá de perceber que a sua posição se encontra entre o Estado e o Mercado, estando-lhe reser-

---

([29]) Cordeiro, António Menezes, *Da Modernização do Direito Civil — I Aspectos Gerais*. Almedina, 2004. ISBN 972-40-2317-6, p. 57.

vada uma posição de respeito pela liberdade e pela eficiência da sua actuação. É, pois, um corpo intermédio que intervém numa espécie de regulação entre o Estado e o Mercado. Regulação essa que pretende consumir menos recursos e produzir mais.

De certa forma a sociedade civil pretende ser o indicador que produz mais com menos recursos que o Estado, podendo mesmo dizer-se que a *justiça social estatal*, enquanto desiderato do órgão estadual, está longe de constituir uma virtude pela forma muito pouco cuidada como gere os ditos dinheiros públicos, que são, na verdade, os valores entregues pelos cidadãos ao Estado enquanto cumprimento das suas obrigações. O Estado não utiliza os seus próprios recursos, porquanto dispõe dos recursos financeiros cobrados aos cidadãos através das várias fórmulas impositivas, ditas obrigações de ordem fiscal — não há dinheiro público, há dinheiro dos cidadãos — valores que são colocados ao serviço da filantropia.

"Quando, por exemplo, o Estado recorre à criação de fundações de direito público, não passa a ser automaticamente uma pessoa nem um filantropo. Simplesmente, utiliza um subterfúgio jurídico para exercer certas funções ou levar a cabo certas obras, sempre no quadro dos seus deveres, com bens e recursos que não são seus, mas sim os dos cidadãos"([30]).

O Estado não representa todos os interesses da Sociedade Civil, porquanto esta tem, ainda, os poderes próprios de quem tem iniciativa fundadora, iniciativa económica, e de quem quer contribuir para o desenvolvimento da sociedade sem as amarras do poder político. E, aqui chegados, convém levantar o problema que está na ordem do dia, mas que naturalmente extravasa o tema em apreciação: a eventual desmaterialização do papel-moeda, a verificar-se, irá certamente contribuir para a diminuição acentuada do poder de realização da Sociedade Civil, porquanto ficará nas mãos das sociedades bancárias, quer privadas, quer públicas, a disponibilidade ou o acesso a esses valores que marcadamente são de disponibilidade imediata.

Poderá decorrer da citada desmaterialização a nível global do papel-moeda, considerado dinheiro fiduciário, uma acentuada diminuição na intervenção da Sociedade Civil pela dificuldade em aceder aos seus fundos constituídos por depósitos, enquanto tradutores de liquidez primária. Donde, a sua capacidade doadora poderá vir a ser colocada em causa, levando a que o Estado passe a ter uma maior intervenção ou imposição nessa área de actuação.

([30]) Barreto, António, *Filantropia e Sociedade.* Centro Português de Fundações. 2022. Depósito Legal n.º 511204/23, p. 12.

4. Os condicionalismos da Lei-Quadro das Fundações

O nascimento desta lei ficará indubitavelmente ligado ao ambiente de desequilíbrio financeiro de Portugal, por se encontrar impedido de poder continuar a cumprir com as suas obrigações de ordem económica e financeira, tal como já aqui referimos no ponto 1.1. «O contexto geopolítico da Lei-Quadro das Fundações».

Porém, não podemos deixar de considerar que o momento político imediatamente antecedente à designada Lei-Quadro das Fundações — LQF, como já o afirmámos atrás, foi indutor na forma e na concepção axiológica do quadro normativo fundacional que norteou o legislador ordinário. E, foi-o com tanto impacto, que desconsiderou a natureza jurídica das fundações privadas, como ao adiante iremos tentar demonstrar. A fim de podermos traçar o ambiente geopolítico que contribuiu para tal desenho normativo, teremos de recuar ao tempo da governação exercida no consulado do Engenheiro José Sócrates no XVIII Governo Constitucional da República Portuguesa([31]), porquanto foi neste Governo que o equilíbrio das contas públicas se desmoronou com graves consequências para o futuro do país.

Na pendência do consulado do Primeiro-Ministro José Sócrates, este solicitou ao Presidente da República que o salvasse da *Troika*, como se tal *salvação* pudesse ser atendível dados os compromissos de Portugal no âmbito da União Europeia, que impunham uma responsabilidade maior([32]). Face à impossibilidade de o país poder cumprir as suas obrigações financeiras, o Ministro das Finanças do citado Governo solicitou a intervenção da *Troika*([33]), intervenção essa que veio a produzir um período de enorme constrangimento orçamental.

Este foi o condicionalismo maior que antecedeu a criação da actual Lei-Quadro das Fundações, pela desordem que ocorreu na gestão da despesa pública, nomeadamente nas fundações públicas de direito privado, e que teve de ser resolvida pelo Governo de Portugal

---

([31]) República Portuguesa, *XVIII Governo Constitucional 2009-2011*. Governo da República Portuguesa: [Consult. em 08.10.2025]. Disponível em <Composição :: XVIII Governo Constitucional — 2009-2011 :: Governos Constitucionais :: República Portuguesa>.

([32]) Público, *O dia em que Sócrates pediu a Cavaco para o salvar da troika*. Porto: [Consult. em 07.10.2025]. Disponível em <www.publico.pt/2012/05/17/politica/noticia/o-dia-em-que-socrates-pediu-a-cavaco-para-o-salvar-da-troika———-1546409>.

([33]) Público, *Afinal quem chamou a troika em 2011?* Porto: [Consult. em 07.10.2025]. Disponível em <www.publico.pt/2015/09/10/politica/noticia/a-prova-dos-factos-afinal-quem-chamou-a-troika-em-2011-1707458>.

que sucedeu ao Governo de José Sócrates, o XIX Governo Constitucional([34]).

Neste novo quadro de governação política, atenta à despesa pública, importará, para a prossecução da nossa análise, o dever de referir que as fundações portuguesas de todas as tipologias, aguardavam pelo resultado da Lei do Censo às fundações. Porém, tal resultado não surgiu e, de forma inopinada foi dado ao conhecimento geral a publicação da Lei de 9 de Julho de 2012, a já citada Lei-Quadro n.º 24/2012, de 09.07([35]). E, tanto assim foi, que as esperadas conclusões, ou melhor, as putativas conclusões que legitimamente eram aguardadas pela Lei do Censo foram publicadas *a posteriori*, a 25 de Setembro de 2012 nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012([36]) que faz referência «à redução do denominado Estado Paralelo, no qual se integram as fundações públicas». E, também, onde se encontram incluídas a extinção de várias fundações, todas elas denominadas fundações públicas de direito privado, virtuosa criação do legislador. E, mais tarde, em 8 de Março de 2013 por meio de uma nova Resolução do Conselho de Ministros n.º 13-A/2013([37]) onde aí se aborda — de uma forma muito genérica — a decisão final sobre a cessação total ou parcial de apoios públicos a dezenas de fundações públicas de direito privado.

Resulta, pois, das duas Resoluções do Conselho de Ministros a menção *in totum* ao desempenho das fundações públicas, denominadas pelo Governo de *Estado Paralelo*, e que se encontravam fora do crivo da despesa pública, por se considerarem de direito privado. Porém, tal estirpe fundacional foi, entretanto, impedida de poder ser atendida ou constituída por virtude do comando normativo que decorre do art. 57.º, n.º 1 da Lei n.º 24/2012 de 09 de Julho, *vulgo* Lei-Quadro das Fundações. Donde, facilmente poderemos concluir que as fundações privadas de interesses privados não se encontravam sinalizadas pelo Governo de então, enquanto estruturas fundacionais beneficiárias de apoios públicos.

([34]) República Portuguesa, *XIX Governo Costitucional-2011-2015*. Governo da República Portuguesa: [Consult. em 08.10.2025] Disponível em: <Nomeações :: XIX Governo Constitucional — 2011-2015 :: Governos Constitucionais :: República Portuguesa>.

([35]) Couto, Margarida, *A Lei-quadro das Fundações: apenas uma lei infeliz ou um ataques ao sector fundacional? Estudos de Advocacia em homenagem a Vasco Vieira de Almeida.* 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6918-0, pp. 42-43.

([36]) Diário da República, *Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012, de 25 de Setembro*. Lisboa: [Consult. Em 07.10.2025]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/79-a-2012-510632>.

([37]) Diário da República, *Resolução do Conselho de Ministros n.º 13-A/2013, de 08 de Março*. Lisboa: [Consult. em 07.10.2025]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/13-a-2013-324147>.

Porém, o Governo da República independentemente dos resultados a que chegou, decidiu promover e criar *ex novo* um quadro jurídico onde integrou de forma que classificamos de despiciente todas as tipologias de fundações, constituindo, tal orientação normativa, um grave condicionalismo para as fundações privadas, como iremos atender no ponto seguinte.

4.1. A governamentalização/estatização do quadro fundacional

As fundações privadas de direito privado encontram-se disciplinadas ao longo dos arts. 14.º a 38.º da Lei n.º 24/2012 de 9 de Julho([38]), e das sucessivas alterações ocorridas.

Resulta dos termos do art. 3.º, n.º 1 a seguinte redacção:

> — A fundação é uma pessoa colectiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afectado à prossecução de um fim de interesse social.

Aqui chegados, somos confrontados com uma conceptualização de interesse social que decorre do proémio do art. 3.º, n.º 2 ao proibir que o fundador possa beneficiar *de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios*.

Resulta, pois, desta redacção, uma norma proibitiva/limitativa que impede o fundador de incluir como beneficiários do fim de interesse social as pessoas que sejam titulares de um vínculo de parentesco, e as pessoas ou entidades que mantenham uma ligação provinda de amizade ou de negócios.

Ao percorrermos a exaustiva lista de 25 fins de interesse social, é aí admitido na alínea *v*) do art. 3.º, n.º 2 como *interesse social* a protecção e apoio à família. Nestes termos, verifica-se uma contradição normativa entre o proémio do art. 3.º, n.º 2 e a alínea *v*), contradição esta que comprova, e bem, a forma descuidada como esta lei nasceu.

Sendo que os conceitos são emitidos pela forma como os traduzimos pela linguagem falada ou escrita, esta, a do caso em apreço, importa agora referir que os referidos 25 fins de interesse social se encontram exaustiva-

---

([38]) PGDL — *Procuradoria-geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 24/2012, de 09 de Julho. Lei-Quadro das Fundações (versão actualizada).* Lisboa: [Consult. em 08.10.2025]. Disponível em <www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1758&tabela=leis>.

mente descritos ao longo das alíneas *a*) a *y*) do n.º 2, do art. 3.º «Conceitos». Esta técnica legislativa terá, como primeiro objectivo, permitir que o destinatário se detenha ou se sinta impelido na escolha de um desses fins com vista a assegurar o seu sentido teleológico.

Porém, não nos poderemos deter por aqui, porquanto importa para o nosso assunto consultar *prima facie* o art. 8.º «Fins» da Lei-Quadro dos Institutos Públicos([39]), a fim de podermos estabelecer uma interpretação comparada entre os fins das fundações privadas e os fins dos institutos públicos.

Curiosamente, ao percorrermos o brocardo em nenhum local se vislumbra que precisos fins se encontram atribuídos aos institutos públicos, porquanto o art. 8.º apesar de conter como epígrafe *fins* não o destina a tais consecuções jurídicas. Resulta, desta nossa constatação, que o *conceito finalístico* dos Institutos Públicos não se encontra atribuído no ordenamento jurídico que o acolhe.

Mau grado esta inexistente figuração normativa, derivada de um panorama normativo que se apresenta fragmentado e erradamente concebido, tivemos de lançar mão da Lei-quadro do Estatuto de Utilidade Pública e aí consultar o art. 4.º «Fins de utilidade pública»([40]) onde, finalmente, pudemos consultar os fins de utilidade pública dos institutos públicos. Decorre da leitura do citado art. 4.º, 19 fins de *utilidade pública* que, confrontados com os 25 fins de interesse social, permitem a seguinte interpretação: o paralelismo identitário entre uns e outros é absolutamente perfeito: isto é, a comunhão sinonímica entre uns e outros é perfeita, não se podendo conhecer qual o denominador jurídico de afastamento, tal é o encaixe identitário.

Neste estádio do nosso conhecimento, poderemos afirmar que os fins de interesse social impostos às fundações privadas são exactamente os mesmos fins que são impostos aos institutos públicos.

Aqui chegados, pudemos constatar que a autonomia do Direito Civil como parte do Direito Privado face ao Direito Público está praticamente colocada em causa, porquanto se impõe ao instituto privado designado por fundação privada, os mesmos fins de utilidade pública que se encontram atribuídos às fundações públicas.

([39]) PGDL — *Procuradoria-geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro. Lei-Quadro dos Institutos Públicos (versão actualizada).* Lisboa: [Consult. em 08.10.2025]. Disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1472&tabela=leis>.

([40]) PGDL — *Procuradoria-geral Distrital de Lisboa. Lei n.º 36/2021, de 14 de Junho. Lei-Quadro do estatuto de utilidade Pública (versão actualizada).* Lisboa: [Consult. em 08.10.2025]. Disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3423&tabela=leis&ficha=1>.

Dito de outra forma, o quadro jurídico das fundações privadas encontra-se estatizado pela intervenção de um Estado omnipresente enquanto regulador absoluto e titular de *poder soberano*, que não atende ao sentido teleológico que marca a distinção entre as normas dos entes particulares e as normas dos entes públicos([41]).

5. As limitações dogmáticas que resultam da lei-quadro das fundações

O legislador ordinário ao criar um princípio de equivalência finalístico às fundações privadas como se estas — axiologicamente — se comportassem como fundações públicas, impediu, proibindo, a realização de fins de natureza privada lícita que sempre caracterizaram os princípios hermenêuticos dos institutos privados. Este facto normativo/limitativo que resulta de uma racionalidade lógica, constituiu e continua a constituir um elemento essencial de descaracterização das fundações privadas.

A decisão política que sustentou a preparação da lei das fundações está indubitavelmente ligada à Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012 e à Resolução do Conselho de Ministros n.º 13-A/2013, já aqui abordadas no Ponto 4 deste trabalho.

De salientar a decisão política pelo desenho claro como expõe os termos exarados na Resolução n.º 79-A/2012, ao mencionar de forma inequívoca a consagração da «redução da estrutura organizativa do Estado e dos seus custos, bem como a promoção de uma maior eficiência operacional e uma maior eficácia governativa, em cujo âmbito se insere a redução do denominado «*Estado Paralelo*», no qual se integram as fundações públicas».

Por outro lado, importa, também, aqui fazermos referência ao Parecer do Conselho Superior do Ministério Público que, à guisa da primeira alteração à Lei-Quadro das Fundações, apresenta o seguinte: «Tenta-se evitar que o instituto fundacional volte a ser utilizado abusivamente pelo próprio Estado, nomeadamente para iludir, escapar ao regime do Orçamento de Estado, favorecer regimes remuneratórios ou fugir às apertadas regras da contratação pública»([42]).

([41]) Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil.* Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1983, 2.ª ed., n.º 2385, pp. 28 e 29.

([42]) Ministério Público, *Parecer do Conselho Superior do Ministério Público.* Lisboa: [Con-

Não restam dúvidas sobre a orientação da decisão política dirigida fundamentalmente para os institutos públicos — *vulgo* fundações públicas de quaisquer fins — que personificavam as instituições que não respeitavam o perímetro orçamental do Estado. E, decorrendo dessa falta de observância, criando dívida pública não autorizada, e endividando o Estado para além dos rácios de solvabilidade. Com prejuízo grave para os cidadãos portugueses.

Pese embora a centralidade da preparação da lei das fundações se limitar a impedir o desmando despesista das fundações públicas, o legislador ordinário entendeu, aglutinar, na mesma lei, as seguintes tipologias fundacionais:

a) As Fundações Privadas que se encontravam tipificadas no Código de Seabra podendo aí desenvolver fins de *utilidade publica e particular conjuntamente* e se encontram, desse sempre, mencionadas no actual Código Civil.

b) As Fundações Públicas cujo reduto normativo se encontra expresso no art. 51.º da Lei-quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15.01).

c) As Fundações de Solidariedade Social tipificadas no Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14.11 — Secção V — arts. 77.º a 86.º.

d) As Fundações de Cooperação para o Desenvolvimento (*vulgo* ONGD — Organizações não Governamentais de Cooperação para o Desenvolvimento) que encontravam acolhimento sob a forma de organizações não governamentais na Lei n.º 66/98 de 14.10. E,

e) As Fundações para a criação de estabelecimentos de ensino superior privados que recolhiam normatividade no seio do Regime Jurídico da Lei n.º 62/2007, de 10.09.

Facilmente é entendível que as citadas estruturas organizacionais se encontravam adstrictas ou inseridas em legislação específica, em face das suas naturezas jurídicas distintas, assim respeitando o Princípio da Especialidade, e permitindo uma clara e fácil consulta do regime que a cada uma delas diz respeito. Fundamentalmente, ao cidadão comum, destinatário da lei.

---

sult. em 09.10.2025]. Disponível em <www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/lei-150-2015-10-setembro-parecer-csmp-sobre-regime-das-fundacoes.pdf>.

O legislador ordinário, conhecedor desta legislação específica, resolveu não acompanhar o Princípio da Especialidade. Aglutinou todas estas diversas e diferenciadas realidades jurídico-sociais consignando-as ou impondo-lhes uma unidade normativa que se traduziu em estiolar, abruptamente, cada um dos seus próprios regimes, impondo a todas elas um fim de interesse social, amolgando-as entre si, ignorando os interesses privados legítimos das fundações privadas e impondo-lhes a prossecução de interesses públicos. Nesse estrito sentido tentou criar uma aparente unidade finalística que não existe dogmaticamente e que não se compreende.

Resulta que o interesse social não é compaginável com os interesses privados legítimos das fundações privadas, insuficiência de ordem exegética que vitima o Princípio da Especialidade, a hermenêutica jurídica e, fundamentalmente, a sede material das fundações privadas no Código Civil, porque a translada para legislação extravagante.

5.1. Os preconceitos de ordem ideológica e política

O actual regime jurídico das fundações privadas nascido pela Lei n.º 24/2012 de 09 de Julho resulta de um equívoco do legislador ordinário. Tal equívoco, assenta numa putativa unidade legislativa.

O compromisso desejado e esperado do legislador ordinário deveria decorrer dos seguintes factores:

(*i*) Da necessidade de aplicação da lei ao instituto jurídico em apreço.

(*ii*) Da necessidade de construir conteúdos jurídicos com sentido, significações de ordem jurídica com sensibilidade e sentido exegéticos. E,

(*iii*) Da necessidade de não ignorar que as normas só atingem o seu conteúdo com as demais normas se for tida em consideração a relação sistemática que exista entre elas atendendo ao Princípio da Especialidade.

A tradição jus normativa em Portugal com referência ao regime fundacional, assenta, de forma clara, no estabelecimento de uma evidente diferenciação de regimes jurídicos([43]):

([43]) Estorninho, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* — Vol. IV — Direito Administrativo e Justiça Administrativa. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. ISSN 0870-3116, p. 670.

a) As fundações privadas encontram o seu refúgio normativo no Código Civil, sendo que se encontravam integradas no Código de Seabra como já foi aqui referido no ponto 1.

b) As fundações públicas são acolhidas pelo regime jurídico-administrativo, às quais lhes é atribuída a designação de Fundação, IP nos termos do art. 51.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos.

c) As fundações de solidariedade sociais encontram-se amparadas pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014 de 14.11 (arts. 77.º a 77.º-A, sendo que se encontravam acolhidas nos arts. 77.º a 86.º que vertiam todo o seu regime jurídico até à entrada da actual Lei-Quadro das fundações).

d) As fundações dos estabelecimentos de ensino superior privados encontram protecção na Lei n.º 62/2007 de 10.09. E,

e) As organizações não governamentais para o desenvolvimento estão organizadas na Lei n.º 66/98 de 14.10.

Neste contexto normativo parece emergir o preconceito político, o preconceito ideológico, o *ius imperi* que impõe o mesmo fim de utilidade pública a todo o tipo de fundações, e por prever um regime restritivo que atenta aos mais elementares princípios do Direito Civil que é Direito Privado.

"As considerações anteriores apontam para a livre constituição de fundações. Não há qualquer prejuízo para terceiros e, designadamente, para os seus credores. Todavia, as fundações deparam com preconceitos políticos que levam os legisladores históricos a prever regimes restritivos([44]).

Releva para os efeitos que decorrem da intervenção do Estado no acto constitutivo das fundações, os seguintes vectores centrais que apontam para elementos de referência/limitação que se passam a indicar:

a) A aquisição da personalidade jurídica depende da disponibilidade/discricionariedade da decisão do Senhor Primeiro-Ministro (art. 20.º, n.º 1 da LQF).

b) As fundações privadas estão obrigadas a cumprir fins de interesse social, decalcados dos fins de utilidade pública (art. 4.º, n.º 3 da Lei n.º 36/2021, 14.06).

([44]) Cordeiro, António Menezes, *Direito das Fundações em Debate. Perspectivas de Reforma. As Fundações: Um Instituto Jurídico-Privado.* Cascais: Princípia Editora, Lda., 1.ª ed., 2020. ISBN 978-989-716-219-0, pp. 27-28.

c) O valor da dotação mínima exigível está fixado em €250.000,00, sendo obrigatória a constituição de uma parcela em numerário de 30% da dotação inicial, não inferior a €100.000,00 (art. 3.º da Portaria n.º 75/2013, 18.02).

Neste quadro, constatamos que o desenho normativo está orientado no sentido de criar dificuldades, bem visíveis, em vários níveis de exigências formais e materiais, como podemos observar:

i) A atribuição ao Primeiro-Ministro de uma competência que deveria encontrar-se alocada a um instituto de natureza privada ou pública consoante a natureza jurídica da fundação a apreciar. Tal facto é particularmente determinante no sentido da intensa, por sempre presente, governamentalização do regime jus-fundacional.

ii) Na dificuldade de apreensão dos ditames legais ao aglutinar as várias tipologias fundacionais no mesmo diploma legal, perdendo-se a percepção da verdadeira sede material das fundações privadas, porquanto evitou disciplinar todo o seu regime no âmbito do Código Civil.

Facilmente constatamos que a exigência de um valor de dotação incomparavelmente superior às jurisdições espanhola, francesa e alemã se afigura ininteligível, como se referirá nas conclusões.

5.2. A incompreensível intervenção do Estado

A missão do Estado enquanto responsável pela criação legislativa é a de construir conteúdos normativos com sentido axiológico, com respeito às significações dos institutos jurídicos que, em cada momento, tenham de ser obejcto de reavaliação ou de criação. Contudo, não poderemos ignorar que as normas só atingem o seu conteúdo se estiverem em harmonia com as demais normas que se intersectam numa relação sistemática de lógica identitária que entre elas exista.

Neste amplo universo jurídico de existência de vários institutos jurídicos, espera-se que a intervenção do Estado no âmbito do quadro fundacional se perfile de acordo com as regras que decorrem do referido instituto privatístico, assim assegurando o seu regime acolhido, desde sempre, no Código Civil([45]).

([45]) Ver Ponto 1. O objecto do Direito das Fundações. O quadro axiológico.

A vontade individual de constituir uma fundação implica, necessariamente, um quadro geopolítico democrático, que aceita e acolhe o regime de perfeita liberdade da propriedade e, fundamentalmente, da asssumpção de um vector de inequívoca liberdade individual na escolha dos beneficiários dos actos de natureza filantrópica e, também, na defesa de um interesse privado lícito. É este o sentido exegético que decorre da vontade individual em colocar um património ao serviço de uma causa de natureza privada lícita.

"Ora, as fortunas pessoais implicam geralmente mercado e propriedade privada. Admitamos, no entanto, que há sociedades não democráticas que permitem a riqueza individual. Há hoje exemplos de sobra. Nessas situações, o que importa referir é outra exigência da filantropia: a liberdade de escolha e decisão sobre os beneficiários e as regras de uso"([46]).

Quando o Estado obriga os particulares a constituírem uma fundação privada que imperativamente tem como escopo o interesse social, em tudo idêntico aos interesses de utilidade pública([47]), teremos de concluir — sem grandes dificuldades de ordem interpretativa — que o legislador ordinário pretendeu *nacionalizar* o regime fundacional privado.

E, ao fazê-lo, está a contribuir para a desconsideração jurídica de um instituto jurídico privado, que se vê privado de desenvolver um escopo privado legítimo.

Nesse sentido, o Estado está a prestar um mau serviço à democracia e à liberdade de disposição da vontade individual do cidadão.

5.3. O esquecimento do art. 165.º, n.º 1, al. *u*) da Constituição da República — CRP

A Constituição de 1982 incluía sob o art. 168.º, n.º 1, al. *u*) «Reserva relativa de competência legislativa», a seguinte configuração:

> — É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização do Governo: *u*) Bases do regime e âmbito da função pública([48]).

([46]) Barreto, António, *Filantropia e Sociedade.* Centro Português de Fundações. 2022. Depósito Legal n.º 511204/23, p. 13.

([47]) Consultar art. 3.º, n.º 2 «Conceitos» da LQF e art. 4.º, n.º 3 «Fins de utilidade pública» da Lei n.º 36/2021, 14.06 «Aprova a lei-quadro do estatuto de utilidade pública».

([48]) *Constituição da República Portuguesa: Texto integral aprovado na Assembleia da República em 12.08.1982*. Porto: Porto Editora, Lda., 1983. Lei Constitucional n.º 1/82, publicada no DR n.º 227, I Série de 30.11.1982, pp. 81-82 e 176-177.

De salientar que o referido texto sofreu uma reconfiguração que resultou da Quarta Revisão Constitucional — Lei Constitucional n.º 1/97, 20.09([49]) e, em consequência, passou a conter a seguinte redacção:

> — É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização do Governo: *u*) Bases gerais do estatuto das empresas públicas e das fundações públicas.

É, este o preciso texto que nos interessa para o assunto em apreço.

No caso da CRP passou a ser da competência da Assembleia da República, enquanto órgão legislativo por excelência, a possibilidade de legislar sobre as bases gerais das fundações públicas, no âmbito de reserva relativa, as suas definições em forma de bases gerais.([50]) Donde, da citada positividade constitucional decorre a obrigação do legislador ordinário em atender *prima facie* a tal comando, em vez de ter uniformizado — no mesmo diploma — as várias tipologias fundacionais e, com isso, ter criado uma inexplicável confusão normativa que não vem homenagear a clareza do regime.

Face a tal decisão do legislador ordinário, entendemos que tal comportamento deveria ter tido a apreciação da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direito, Liberdades e Garantias — CACDLG([51]), em actividade permanente junto da Assembleia da República, assim homenageando o cumprimento dos arts. 2.º e 3.º do citado Regulamento. Não tendo ocorrido tal pronúncia, não deixaremos de emitir a nossa opinião sobre essa incompreensível atitude.

6. Conclusões

O legislador ordinário desenhou a lei-quadro das fundações de acordo com um vector axiológico marcadamente estruturado para as fundações públicas, onde imperam os seguintes elementos de natureza dogmática:

([49]) PGDL — *Procuradoria-geral Distrital de Lisboa. Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. Quarta Revisão Constitucional* (versão actualizada). Lisboa: [Consult. em 20.10.2025]. Disponível em <https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=11&tabela=leis&nversao>.

([50]) Miranda, Jorge; Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo II — Organização Económica, Organização do Poder Político.* Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 2006. ISBN 972--32-1373-7, p. 525.

([51]) Assembleia da República, *Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*. Lisboa: [Consult. em 13.10.2025]. Disponível em <www.parlamento.pt/sites/COM/XIV-Leg/1CACDLG/Documents/Regulamento-CACDLG-21012021.pdf>.

1. Impõe às fundações privadas o reconhecimento por via administrativa, por mercê de decisão, embora delegável, do Senhor Primeiro-Ministro, quando deveria admitir o reconhecimento normativo, tal como foi concedido às associações.
2. Impõe às fundações privadas a prossecução de fins de interesse social ao longo de uma exaustiva exemplificação de 25 fins que se afiguram como identitários dos 19 fins de utilidade pública. E, com isso, impede as fundações privadas, enquanto instituto clássico privatístico, de prosseguir fins privados lícitos, tal como ocorre com as sociedades comerciais.
3. Retira a sede material das fundações privadas do Código Civil para uma lei extravagante que aglomera as fundações públicas e outras tipologias, impondo os mesmos fins de interesse social a todas elas, ignorando os elementos de ordem teleológica que assistem a cada uma das tipicidades fundacionais.
4. Impõe às fundações uma suficiência patrimonial do montante de €250.000,00, sendo exigível 30% a título de dotação inicial não inferior a €100.000,00([52]). Tal valor encontra-se — absolutamente — desfasado da realidade socioeconómica portuguesa, tendo merecido por parte do Conselho Consultivo das Fundações uma proposta entre os €50.000,00 e os €100.000,00 que foi recusada([53]). Em termos comparativos importa referenciar o regime fundacional em Espanha que prevê no *artículo 12, n.º 1 Dotación* da *Ley 50/2002, 26.12* um presumível valor económico de €30.000,00, podendo ser inferior desde que seja apresentado um estudo económico que o valide; o regime jus fundacional francês aponta para um valor mínimo de €15.000,00, tal qual decorre do *Décret n.º 2015-49 du 22 — janvier — article 2.º* e, o regime alemão preceitua no §80, 1.º do *BGB* a existência de *uma dotação de bens para o cumprimento permanente e sustentável do fim a prosseguir*; porém, na prática, as autoridades dos Estados Federados preveem um valor entre os €50.000,00 e os €100.000,00([54]).

([52]) Consultar arts. 2.º e 3.º da *Portaria n.º 75/2013, 18.02*. Presidência do Conselho de Ministros e Ministério das Finanças. Lisboa: [Consult. em 21.10.2025]. Disponível em <Portaria n.º 75/2013 | DR>.

([53]) Diário da República, *Portaria n.º 75/2013, 18.02.* Presidência do Conselho de Ministros e Ministério das Finanças. Lisboa: [Consult. em 21.10.2025]. Disponível em <Portaria n.º 75/2013 | DR>.

([54]) Deutsche Stiftungsagentur. *Was versteht man unter dem Stiftungsvermögen?* Neuss: [Consult. 21.10.2025]. Disponível em <www.stiftungsagentur.de/glossar/stiftungsvermoegen>.

Face a este contexto normativo impõe-se uma reforma profunda do regime fundacional, vertendo-se *in totum* ao longo do Código Civil todo o regime das Fundações Privadas.

Por outro lado, relativamente às outras tipicidades fundacionais, deverá disciplinar-se da seguinte forma:

1. As Fundações Públicas devem ficar disciplinadas na Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004 de 15.01).

2. As Fundações de Solidariedade Social devem retornar ao Decreto-Lei n.º 172-A/2014 de 14,11.

3. As Fundações de Cooperação para o Desenvolvimento devem permanecer na Lei n.º 66/98, de 14.10. E,

4. As incompreensíveis Fundações para a criação de Estabelecimentos de Ensino Superior devem encontrar refúgio normativo no Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, a Lei n.º 62/2007, de 10.09([55]).

Neste desenho jurídico de fácil apreensão para o destinatário da lei honrar-se-ia o sentido exegético das várias tipicidades fundacionais, os ditames dos institutos privados e, também, o respeito pelo Princípio da Especialidade.

([55]) Cabral-Vaz, Paulo de, *O Governo das Fundações Privadas*. Vida Económica — Editorial, SA. 2026. (Porto). ISBN 978-989-788-352-1, pp. 579-606.

A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DISCIPLINAR

Pelo Dr. António Dias Garcia

Sumário:

Introdução. I. Qual o momento que marca o termo final do prazo de prescrição do procedimento disciplinar. Quais os argumentos em discussão no Supremo Tribunal Administrativo. **II.** O STA evitou pronunciar-se sobre o objeto dos cinco recursos de revista que foram admitidos em "apreciação preliminar sumária" (art. 150.º, n.º 6, do CPTA).

Introdução

Este texto aborda o litígio que opôs um Ministério — órgão da Administração Central — aos tribunais administrativos, durante anos, concretamente desde que as instâncias administrativas começaram a anular punições disciplinares, por alegada prescrição do procedimento disciplinar.

Ao Ministério causou sempre perplexidade a circunstância de os tribunais administrativos tratarem esta matéria da mesma maneira que o faziam na vigência da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), de 1985, sem aparentemente acusarem os efeitos da entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo (CPA), de 1992.

E esse sentimento acentuou-se quando o Ministério verificou que os mesmos tribunais administrativos não se sentiram compelidos a reponderar as suas orientações jurisprudenciais, mesmo depois de terem sido destinatários de um mandato muito preciso nesse sentido, por parte da "formação constituída por três juízes de entre os mais antigos da Secção de Contencioso Administrativo" a que alude o art. 150.º, n.º 6, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

A Parte I recolhe o estudo desenvolvido sobre o tema, e detalha a posição defendida pelo Ministério na primeira fase do litígio, ocorrido nas instâncias administrativas.

Também dá nota das incorrecções da posição dos tribunais, decorrentes, em primeira linha, da circunstância de terem ignorado a alteração substancial do conceito de acto administrativo introduzida pelo CPA.

A Parte II relata a segunda fase do conflito, que se iniciou com a apresentação dos recursos de revista por parte do Ministério; que continuou com a admissão de cinco desses recursos, por despachos de 20/10/2022 (Conselheiro José Veloso), de 03/11/2022 (Conselheiro José Veloso), de 09/02/2023 (Conselheiro José Veloso), de 09/02/2023 (Conselheiro Carlos Medeiros de Carvalho) e de 19/10/2023 (Conselheiro José Veloso); e que terminou com a omissão da decisão desses recursos, através da aplicação ao caso da Lei da Amnistia, pelos Conselheiros da Secção. Esta atitude, para além de um irredimível erro de direito, não terá, afinal, causado perplexidade, porque é um traço comum da justiça portuguesa; causou, antes, em boa verdade um sentimento de profunda impotência.

I. Qual o momento que marca o termo final do prazo de prescrição do procedimento disciplinar. Quais os argumentos em discussão no Supremo Tribunal Administrativo

1. Este texto propõe-se discutir a questão da *prescrição no procedimento disciplinar*. Mais concretamente, pretende identificar qual o momento do termo final da contagem do prazo de prescrição do procedimento disciplinar([1]).

A questão é muito relevante, desde logo porque o Supremo Tribunal Administrativo (STA) mantém sobre esta questão não uma mas duas orientações jurisprudenciais, o que é uma situação anómala. E, depois, porque ambas as orientações laboram em erro: o STA tem ignorado os efeitos decorrentes da alteração radical que o conceito de *ato administrativo* sofreu com a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo (CPA), como mostraremos.

([1]) Em causa estava a aplicação do Regulamento Disciplinar da PSP, aprovado pela Lei n.º 7/90 e que vigorou até 2019. Mas a presente reflexão é aplicável a qualquer regulamento disciplinar que preveja um recurso hierárquico *necessário* do acto punitivo primário (tomado perante o relatório do Instrutor do processo disciplinar).

Ora a verdade é que, sendo esta a situação existente, o STA, tendo sido confrontado com cinco recursos de revista — devidamente *admitidos* em *apreciação preliminar* do próprio Tribunal —, recusou a oportunidade de fixar uma orientação jurisprudencial actualizada, à boleia da aplicação da recente Lei da Amnistia (Lei n.º 38.º-A/2023), publicada por ocasião da visita do Papa a Portugal.

Podemos avisar desde já que a responsabilidade da omissão do STA não pode ser assacada ao Sumo Pontífice, já que esta actuação reproduz uma tendência marcada da justiça administrativa, de encontrar um pretexto — uma questão processual ou outra – para evitar o julgamento das questões de fundo.

2. Comecemos pela situação anómala: não existe *uma* jurisprudência administrativa nesta matéria, visto que os Tribunais Superiores (o STA e os Tribunais Centrais) têm seguido *duas* orientações, aliás muito diferentes.

Existe a tese de que o termo final ocorre quando a decisão se torna *inimpugnável*, consagrada pelo Acórdão do mesmo Tribunal de 4 de fevereiro de 2008 (Proc. n.º 0774/07). E existe a corrente, de que é exemplo o muito citado Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de setembro de 2021 (Proc. n.º 01378/20.5BELSB), de que o termo final coincide com o momento em que o acto administrativo se torna *impugnável contenciosamente*.

3. O acto torna-se *inimpugnável* quando "*já não se admita mais nenhuma impugnação nem recurso*" (cf. Parecer n.º 5/2017 do Conselho Consultivo da PGR, p. 14). Significa que corresponde à data em que o Tribunal Administrativo *ad quem* emite a decisão insusceptível de recurso.

Diferentemente, o ato *impugnável* é aquele que constitui o objecto imediato da impugnação contenciosa; ou seja, corresponde ao momento da interposição da acção administrativa.

Constata-se, assim, que *as duas posições jurisprudenciais* indicam que o termo final do procedimento ocorre em momentos diversos: a distância que os separa é a do tempo que demore o julgamento do recurso pelos tribunais. Ou seja, a diferença pode cifrar-se em anos.

4. A tese do "*ato inimpugnável*" é (absolutamente) insustentável, visto que conta como tempo de duração do *procedimento administrativo* o tempo que os tribunais demorarem a julgar a acção, bem como os recursos jurisdicionais que sejam interpostos!

E a tese do "*ato impugnável*" é desactualizada, porque é tributária da concepção do acto administrativo enquanto "*acto definitivo e executório*".

Esse conceito vigorou durante a vigência da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), de 1985, quando o *acto administrativo* correspondia à decisão da Administração susceptível de ser impugnada judicialmente (cf. art. 25.º da LPTA).

Ora, com a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo (CPA), em maio de 1992, o acto administrativo deixou de ter uma função processual, passando a ter *carácter substantivo*; o acto administrativo passou a ser a decisão da Administração que, pondo termo ao procedimento, visa "*produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*" (cf. art. 120.º do Código de 1991 e art. 148.º, depois de 2015); e pode, *posteriormente*, ser objecto (imediato) de reclamação e recurso, facultativo ou necessário (cf. arts. 184.º e seguintes do CPA).

5. O cerne da questão reside precisamente aqui, na caracterização do acto administrativo fixada pelo Código de Procedimento Administrativo.

Antes da entrada em vigor do CPA — ou seja, na vigência da LPTA —, o acto administrativo era o *acto definitivo e executório*, que era impugnável em Tribunal. Os momentos anteriores — designadamente, enquanto a decisão não atingira a definitividade vertical — representavam aquilo que se designava por "*actos preparatórios*". E esses actos preparatórios não produziam efeitos e não eram contenciosamente impugnáveis.

Essa concepção existiu por muito tempo e formou gerações de administrativistas.

Acontece, porém, que com a entrada em vigor do CPA, o *acto administrativo* deixou de ser a decisão impugnável contenciosamente. Deixou de corresponder à "palavra final" da Administração.

Esteves de Oliveira evidenciou-o a seu tempo:

> "*Absorvendo as implicações da alteração introduzida pela revisão constitucional de 1989, o Código excluiu do conceito de* ***acto administrativo*** *a referência ao carácter definitivo e executório (...). Trata-se, quanto a este aspecto, de uma opção que merece aplauso e que vinha sendo sustentada de há muito por Rogério Soares e Vieira de Andrade: quanto à definitividade, por não distinguir categorias substancialmente diferentes de actos administrativos, mas apenas diferentes regimes da sua impugnação (...)*"(cf. "*Código do Procedimento Administrativo Comentado*", Almedina, 1995, p. 49 (V); (sublinhado nosso).

A nosso ver, a jurisprudência administrativa ainda não absorveu esta revolução coperniciana([2]).

([2]) Na vigência da LPTA, quem desconhecesse que o acto administrativo era o acto "defini-

6. O CPA consagrou, como se disse atrás, um conceito de acto administrativo que acentua a função procedimental([3]).

E, na sequência da revisão de 2015, o art. 127.º veio confirmar essa opção, ao definir como se configura o "*procedimento administrativo*":

> "*(...) o procedimento pode terminar pela prática de um acto administrativo ou pela celebração de um contrato administrativo*".

Ora este *acto administrativo* não pode ser senão o acto administrativo definido no art. 148.º.

E o CPA não ignora que esse acto administrativo pode vir a ser objeto de impugnação administrativa, *facultativa ou necessária*. **Mas** essa realidade não esconde o essencial: que o acto administrativo, tal como é definido no art. 148.º, **já constitui uma decisão administrativa**, *apta a produzir efeitos externos*.

Ou seja, já é uma manifestação de vontade da entidade administrativa. Assim, a decisão que é tomada perante o relatório final do Instrutor, pondo termo ao procedimento disciplinar já é expressão da sua vontade; já é um *acto administrativo*.

7. Não obstante, a justiça administrativa tem julgado sistematicamente que a decisão administrativa relevante — inclusive para pôr termo à contagem da prescrição do procedimento — é a decisão do *recurso hierárquico necessário* que o interessado tenha interposto (como acontecia à luz da LPTA).

Só uma decisão se afastou desta orientação, que pela sua singularidade merece menção: trata-se da douta sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, de 16 de Fevereiro de 2018, que interpretou (muito correctamente) o ordenamento jurídico, ao decidir que o procedimento disciplinar "*(...) encontra-se concluído, in casu, com a prolação e notificação da decisão a que aludem os arts. 88.º e 89.º do RDPSP* [Lei n.º 7/90], *como se referiu, sem prejuízo das garantias impugnatórias do arguido, que lhe conferem o direito de solicitar a anulação do acto punitivo já praticado*" (cf. fls. 3).

---

tivo e executório" — antes desse momento só existiam actos preparatórios, sem decisão e sem eficácia — "não sabia" Direito Administrativo. Era o "teste do algodão"! Hoje, o teste do algodão é radicalmente diverso: hoje mostra-se ignorante quem desconhece que o CPA alterou completamente o conceito de acto administrativo, de tal modo que o acto primário ou de 1.º grau — o acto identificado no artigo 148º da actual versão do CPA — é uma verdadeira decisão administrativa, com eficácia; e que os recursos hierárquicos (facultativos ou necessários) têm por objecto imediato actos administrativos na verdadeira acepção da palavra.

([3]) Ver, de Oliveira, Fernanda Paula e Figueiredo Dias, José Eduardo, "*Noções fundamentais de Direito Administrativo*", 4.ª ed., Almedina, 2016, p. 171.

Mas essa preclara decisão foi *anulada* pelo Acórdão do Tribunal Central Administrativo (TCA) Sul, de 2 de junho de 2022, que deliberou o seguinte:

> "*III — No que toca à contabilização do termo final da contagem do prazo de prescrição do procedimento disciplinar na Polícia de Segurança Pública, apenas se pode entender como «decisão final» aquela que for proferida na sequência da interposição dos recursos previstos nos arts. 90.º e ss. do RD/PSP*".

E o motivo avançado para a escolha desse critério fundou-se no facto de o RD/PSP de 1970 prever, nos arts. 90.º a 96.º, recursos hierárquicos "*obrigatórios, significando que são necessários para tornar definitiva e contenciosamente recorrível a decisão disciplinar primária, prevista no art. 88.º do mesmo RD/PSP*".

Como se vê, a deliberação do TCA confunde o conceito de acto administrativo do art. 148.º do CPA com a decisão administrativa que é impugnável contenciosamente. Dito doutro modo, o TCA continua a considerar que a Administração só toma uma decisão com eficácia no momento em que ela seja contenciosamente impugnável.

8. O Acórdão do TCA Sul, de 2 de junho de 2022, invoca expressamente a orientação da jurisprudência administrativa representada pelo douto Acórdão da 1.ª Secção do STA, de 9 de Setembro de 2021, o qual se sustenta expressamente no anterior Acórdão do STA, de 4 de Fevereiro de 2008 (Proc. n.º 0774/07), que (porém) concluía o seguinte:

> "*Se a prescrição da pena só começa a correr quando o ato punitivo se torne inimpugnável, devemos considerar esta data também como aquela a partir da qual deixa de fazer sentido o decurso de um prazo de prescrição do procedimento disciplinar*"(4).

A conclusão pode ser muito sugestiva, mas a realidade não se ajeita a essa construção teórica.

A focagem na "*decisão final irrecorrível*" (a decisão "inimpugnável") mostra-se muito apropriada para conhecer o momento em que a pena disciplinar pode ser executada, e em que, por isso, começa a contar o prazo de prescrição *da pena*. Mas já é completamente desajustada para apontar o momento em que terminou o procedimento disciplinar que foi *instaurado* para *investigar* a notícia da prática de uma infracção disciplinar.

---

(4) "*Assim, estando expressamente previsto na Lei n.º 7/90 que a contagem da prescrição das penas disciplinares é a partir da decisão irrecorrível, há que suprir a lacuna existente relativamente ao procedimento disciplinar com o recurso a outros elementos de interpretação nomeadamente o sistemático*"; essa é a especial contribuição do douto Acórdão de 9/9/2021.

Já o dissemos atrás: o procedimento disciplinar é um "*procedimento administrativo*". O art. 127.º do CPA afirma: "*Salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, o procedimento pode terminar pela prática de um acto administrativo ou pela celebração de um contrato*".

A "*decisão*" tomada no termo do procedimento é um acto administrativo, na acepção do art. 148.º do CPA. Essa decisão é efectivamente, e sem qualquer dúvida, um acto administrativo. É um acto primário ou de 1.º grau.

Esse acto tem efeitos externos, consagra uma posição do órgão administrativo. Ora, ao decidir punir, a Administração pôs termo ao *período de indefinição* sobre o exercício do poder disciplinar; por outras palavras, pôs termo ao prazo de prescrição do procedimento.

9. O *legislador* fixa um prazo para a Administração exercer o seu poder disciplinar face à notícia da prática de uma eventual infracção disciplinar por parte de um seu elemento. **Dentro desse prazo, o órgão competente tem de tomar uma decisão: ou arquiva ou pune; sob pena de deixar extinguir o seu poder disciplinar**. Esta é a essência do conceito de prescrição.

De facto, o que caracteriza o decurso desse prazo é a *situação de indefinição* acerca da posição que a entidade com competência disciplinar vai tomar perante o conhecimento da existência de uma infracção disciplinar praticada por um seu agente; quando ela decide *arquivar* o processo disciplinar ou quando decide *punir*, está a pôr termo a esse período de indefinição **de que a lei não permite que o arguido fique refém** (e por isso as normas sobre prescrição do procedimento são de "*direito substantivo*", como ensinou o douto Acórdão do STA, de 28/06/2018).

Por isso, se a Administração no prazo indicado *instaurou* o processo disciplinar, *instruiu, acusou, garantiu o direito de defesa* do arguido e *decidiu* perante o *relatório* do Instrutor, exerceu adequadamente (em tempo) o seu *poder disciplinar*.

10. Fazendo apelo a categorias que hoje perderam a sua relevância, mas que nos podem ajudar a compreender o momento em que termina o *procedimento administrativo* **para efeitos de contagem do respectivo prazo de prescrição**, verificamos que a decisão punitiva primária é uma decisão administrativa que apresenta *definitividade horizontal ou procedimental*([5]).

([5]) Ver, *supra*, nota (4). Ver igualmente de Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 171.

Não apresenta definitividade vertical: não é diretamente impugnável contenciosamente. Mas a nossa tarefa **não** é identificar quando o acto administrativo punitivo se torna impugnável contenciosamente.

O que importa é compreender que a referida decisão primária pôs termo ao procedimento; corresponde a "*uma estatuição autoritária, relativa a um caso concreto, manifestada por um agente da Administração no uso de poderes de direito administrativo, pelo qual se produzem efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos*", de acordo com a definição de Rogério Soares([6]).

De facto, o arguido uma vez notificado da punição sabe que foi destinatário de uma pena disciplinar (o ato punitivo tem efeitos externos); sabe que a Corporação o censurou disciplinarmente; sabe que, se não recorrer, essa pena será executada; e sabe que, mesmo que venha a recorrer, essa punição disciplinar constará desde logo do seu registo individual.

11. É crucial sublinhar agora o que acabou de se dizer: uma vez notificado da decisão primária, o arguido sabe que a Administração o censurou disciplinarmente. É que no procedimento disciplinar não vigora o princípio da *presunção de inocência*, já que este é *exclusivo do processo criminal*.

Essa é uma afirmação inquestionável do art. 32.º da Constituição da República.

De acordo com a vontade do Legislador, "*nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios*" — nos quais se incluem os processos disciplinares — as garantias do arguido consistem nos "*direitos de audiência e defesa*".

Foi isso mesmo que o Supremo Tribunal de Justiça, em douto Acórdão de 21 de dezembro de 2021 (Proc. n.º 11/21.2YFLSB), veio esclarecer.

12. Pelo que se disse, carece de fundamento a argumentação da jurisprudência administrativa, de acordo com a qual a solução encontrada se funda na circunstância de os recursos hierárquicos previstos no RD/PSP serem "*obrigatórios, significando que são necessários (...)*".

De facto, em face do conceito de *procedimento administrativo*, do conceito de *prescrição do exercício do poder disciplinar*, do conceito

---

([6]) *Ob. cit.*, p. 171. Deve sublinhar-se que este é um "*conceito substantivo de ato administrativo*" (cf., *idem, ibidem*), o que se compagina com o entendimento do douto Acórdão do STA, de 28/06/2018, que ensinou que as normas sobre prescrição do procedimento são de *direito substantivo*.

(substantivo) de *ato administrativo*, impõe-se a conclusão de que essa discussão em torno da natureza do recurso hierárquico se mostra já alheia — **porque ulterior** — à indicação do momento que marca o termo final do prazo de *prescrição do procedimento*, que é o da emissão do acto administrativo primário.

13. Aqui chegados, é altura de ponderar sobre o conceito de *prescrição*.

No Direito Criminal, o tratamento da figura da prescrição subordina-se ao princípio cardeal deste ramo do Direito: o princípio da presunção de inocência.

Cada recurso jurisdicional suspende a decisão do tribunal *a quo*, e esse efeito suspensivo dura enquanto o tribunal *ad quem* se não pronunciar. E só este tem competência para indicar a posição do poder judicial sobre a censura ético-social que caiba no caso.

No Direito Disciplinar é tudo diverso: desde logo, porque a presunção de inocência não tem aqui a aplicação que é própria do Direito Criminal.

O Supremo Tribunal de Justiça (no acórdão de 21.12.2021, Proc. 11/ /21.2YFLSB) esclareceu a questão:

> "*Isso mesmo é estipulado no art. 269.º, n.º 3, da CRP que assegura ao arguido de procedimento disciplinar integrado no regime da função pública, os direitos procedimentais de audiência e defesa, precisamente aqueles que, sendo próprios do estatuto do arguido em sede criminal, o n.º 10 do art. 32.º da CRP reconhece como devendo ser estendidos e aplicáveis a qualquer procedimento sancionatório*".

E aproveitou para precisar:

> "*Todavia, e sem que se possa negar pertinência a esta constatação, também teremos de asseverar (...) que as demais garantias constitucionais previstas para o processo criminal (nomeadamente as previstas nos restantes números do citado art. 32.º) não deverão ser aplicadas* tout court *e* qua tale *a qualquer processo sancionatório*".
>
> (…)
>
> *A jurisprudência constitucional tem unanimemente defendido que os direitos de audiência e defesa previstos no art. 32.º da CRP, apesar de terem de ser reconhecidos na generalidade de procedimentos ou processos sancionatórios, não gozam do remanescente do regime garantístico do processo criminal para todos os demais ramos do direito sancionatório e, em particular, para o processo disciplinar. Essa exigência constitucional não tem aplicação ao direito disciplinar e nem sequer ao processo contraordenacional. A CRP, nesse tipo de processos, tem somente em vista assegurar os direitos de audiência e defesa do arguido; e só poderá haver um juízo negativo de constitucionalidade quando qualquer tipo de sanção (contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra) é aplicada sem prévia audição do arguido e sem lhe conferir condições para se defender das impu-*

tações que lhe são feitas, apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade".

14. Devido a esta circunstância, o efeito suspensivo do recurso hierárquico administrativo, mesmo que ele seja "*necessário*", só se mantém durante o prazo atribuído ao órgão *ad quem* para decidir o recurso hierárquico.

Essa é a indicação dada pelo art. 198.º, n.º 4, do CPA, em conjugação com a previsão do art. 148.º, que reconhece ao acto (administrativo) primário a capacidade de "*produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*". Se o órgão *ad quem* não se pronunciar, é o "*acto do órgão subalterno*" que constituirá o objecto imediato da acção administrativa([7]).

Significa que, uma vez emitido o acto administrativo punitivo — o acto primário —, o arguido é efectivamente punido pela conduta provada em processo disciplinar; e essa decisão administrativa ficará suspensa — se couber recurso hierárquico necessário e ele for interposto — nas condições acima descritas; *e será plenamente eficaz, expirado que seja esse prazo*.

De facto, importa ter sempre presente que o exercício do poder disciplinar decorre *em ambiente da Administração*: opõe as instituições aos seus agentes; e visa a manutenção da disciplina na instituição, através dos meios fixados na lei([8]).

15. Pode, assim, afirmar-se esquematicamente: durante a vigência da LPTA havia *coincidência* entre o acto administrativo e o acto contenciosamente impugnável. O acto administrativo era o acto definitivo e executório; antes da sua prolação não havia decisão administrativa, somente "actos preparatórios", sem quaisquer efeitos externos.

Ora com o CPA o acto administrativo aparece no fim do "*procedimento administrativo*" (arts. 127.º e 148.º) e antes dos recursos hierárquicos, sejam eles facultativos ou necessários. Ou seja, *não há coincidência* entre ato administrativo e acto impugnável contenciosamente.

E é esta *realidade* que exigirá da justiça administrativa uma resposta diferente da que tem dado à questão da prescrição do procedimento disciplinar.

([7]) É por esta ordem de ideias que a doutrina tem ensinado que não existe o dever legal de decidir o recurso hierárquico, se tiver havido decisão expressa do subalterno.

([8]) O direito disciplinar tem um âmbito limitado à Entidade que, em nome da manutenção da sua disciplina, detém um poder disciplinar, que lhe é outorgado pelo legislador. O direito criminal é de outra natureza: como veicula uma censura ético-social, o seu âmbito envolve a sociedade no seu conjunto, em nome de quem os tribunais administram a justiça.

II. O STA evitou pronunciar-se sobre o objeto dos cinco recursos de revista que foram admitidos em "*apreciação preliminar sumária*" (art. 150.º, n.º 6, do CPTA)

16. A Entidade administrativa apresentou vários recursos de revista sobre este tema, tendo sido admitidos cinco recursos([9]).

O STA em todos os casos declarou, em despacho do relator, a *inutilidade superveniente da lide*, com fundamento na aplicação da Lei da Amnistia (Lei n.º 38.º-A/2023).

A Entidade administrativa, em todos casos, reclamou para a conferência, mas sem sucesso. Nota-se, simplesmente, que uma dessas reclamações, embora recusada, mereceu um voto de vencido, da Conselheira Suzana Tavares da Silva (cf. proc. n.º 1618/19.3BELSB).

Nota-se igualmente que só num caso — tendo por objeto o acórdão do TCAS (proc. n.º 1605/15.0BELSB), admitido por acórdão de apreciação preliminar, datado de 19/10/2023 (José Veloso) — o tribunal de 1.ª instância julgara no sentido defendido pela entidade administrativa: o acto do art. 88.º do Regulamento Disciplinar da PSP (Lei n.º 7/90) é um acto administrativo, razão por que a sua notificação assinala o termo da contagem do prazo de prescrição do procedimento.

17. Antes de abordar a questão da aplicação ao caso da Lei da Amnistia, será útil dar uma ideia das razões que a entidade administrativa apresentou nas suas revistas e dos julgamentos feitos em sede de "*apreciação preliminar sumária*".

17.1. As alegações dos recursos apresentados pela entidade administrativa são idênticas. Assim, transcrevem-se de seguida as conclusões da alegação de recurso apresentada nos autos do Processo n.º 1605/ /15.0BELSB, em que a 1.ª instância julgou a favor da entidade administrativa:

([9]) O STA aceitou 5 revistas sobre este tema: de um acórdão do TCAN (proc. n.º 3008/ /14.5BELSB), admitido por acórdão de apreciação preliminar, datado de 20/10/2022 (Conselheiro José Veloso); de um acórdão do TCAS (proc. n.º 2460/19.7BELSB), admitido por acórdão de apreciação preliminar, datado de 03/11/2022 (Conselheiro José Veloso); de um acórdão do TCAS (proc. n.º 1618/19.3BELSB), admitido por acórdão de apreciação preliminar, datado de 09/02/2023 (Conselheiro José Veloso); de um acórdão do TCAS (proc. n.º 262/12.0BELSB), admitido por acórdão de apreciação preliminar, datado de 09/02/2023 (Conselheiro Carlos Medeiros de Carvalho); e de um acórdão do TCAS (proc. n.º 1605/15.0BELSB), admitido por acórdão de apreciação preliminar, datado de 19/10/2023 (Conselheiro José Veloso).

I — A admissão do presente recurso de revista é "*claramente necessária para uma melhor aplicação do direito*" (cf. art. 150.º, n.º 1, do CPTA), na medida em que o douto acórdão impugnado não tratou corretamente questões de direito com inescapável "*relevância jurídica ou social*", como são as questões da *prescrição do procedimento disciplinar* e da identificação do *termo final* da contagem do respetivo prazo. Com efeito,

II — O Ministério (…) entende que se justifica que o Supremo Tribunal, com grande sentido de responsabilidade sobre o conjunto da Justiça Administrativa, reveja a solução que tem sido proposta pela jurisprudência administrativa, já que ela se mostra desajustada da realidade a que se aplica o conceito de *prescrição do procedimento disciplinar*: o ambiente da Administração Pública e o exercício do poder disciplinar pelas entidades administrativas, com o fim legal de manter a disciplina.

III — Torna-se, com efeito, "*necessária*" a intervenção do Supremo Tribunal Administrativo para indicar qual a decisão administrativa que marca o *termo final* da contagem do prazo de prescrição do procedimento disciplinar na Polícia de Segurança Pública, ao abrigo do RD/PSP de 1990;

IV — Concretizando, impõe-se identificar se esta decisão final relevante é a "*decisão*" a que alude o art. 88.º do RD/PSP, que é tomada pela hierarquia competente (de acordo com o QUADRO ANEXO B), no termo do processo disciplinar, perante o relatório final do instrutor; ou se é a decisão do último recurso hierárquico que tenha sido interposto pelo interessado.

V — No entender do Ministério (…), o douto acórdão impugnado incorreu em incontornáveis erros de direito, razão que torna "*claramente necessária*" a admissão do presente recurso de revista pelo Supremo Tribunal, de maneira a evitar que se constitua de futuro, por indiferença, como orientação para os tribunais de 1.ª e de 2.ª instância ("*para uma melhor aplicação do direito*");

VI — No caso, verifica-se que o douto acórdão recorrido anulou a douta sentença do TAC de Lisboa, de 16 de Fevereiro de 2018, que tinha interpretado muito correctamente o ordenamento jurídico, ao decidir que o procedimento disciplinar "*(...) encontra-se concluído, in casu, com a prolação e notificação da decisão a que aludem os arts. 88.º e 89.º do RDPSP, como se referiu, sem prejuízo das garantias impugnatórias do arguido, que lhe conferem o direito de solicitar a anulação do ato punitivo já praticado (cf. fls. 21 da douta sentença recorrida)*" (cf. fls. 3).

VII — O douto acórdão recorrido deliberou o seguinte: "*III — No que toca à contabilização do termo final da contagem do prazo de prescri-*

ção do procedimento disciplinar na Polícia de Segurança Pública, apenas se pode entender como «decisão final» aquela que for proferida na sequência da interposição dos recursos previstos nos arts. 90.º e ss. do RD/PSP" (cf. p. 32).

VIII — O douto Acórdão seguiu a orientação da jurisprudência administrativa, representada pelo douto Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 9/9/2021, que no essencial acolhe a deliberação do anterior Acórdão do mesmo Tribunal, de 4/2/2008 (Proc. n.º 0774/07). Ora,

IX — O Ministério defende neste recurso de revista que a relevância atribuída à "*decisão final recorrível*" mostra-se ajustada para identificar a decisão administrativa que poderá ser objeto de impugnação contenciosa, mas já é completamente desajustada para apontar o momento em que terminou a contagem do prazo de prescrição do procedimento disciplinar;

X — A decisão do Comandante do Comando Metropolitano (…), de 24 de setembro de 2008, que foi tomada perante o relatório final do Instrutor (cf. arts. 87.º e 88.º do RD/PSP de 1990) e que aplicou ao Autor da ação uma punição disciplinar de 10 dias de multa, é um ato administrativo, na aceção do art. 148.º do CPA. Com efeito,

XI — Esse despacho é uma decisão administrativa que apresenta *definitividade horizontal ou procedimental*, na medida em que pôs termo ao procedimento. Corresponde a "*uma estatuição autoritária, relativa a um caso concreto, manifestada por um agente da Administração no uso de poderes de direito administrativo, pelo qual se produzem efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos*", de acordo com a definição de Rogério Soares.

XII — Não apresenta definitividade vertical: não é diretamente impugnável contenciosamente. Mas a nossa tarefa não é identificar quando o ato administrativo punitivo se torna impugnável contenciosamente.

XIII — A verdade é que o arguido uma vez notificado da punição sabe que foi destinatário de uma pena disciplinar (o ato punitivo tem efeitos externos); sabe que a Corporação o censurou disciplinarmente; sabe que, se não recorrer, essa pena será executada; e sabe que, mesmo que venha a recorrer, essa punição disciplinar constará desde logo do seu registo individual. Ele não é presumível inocente até à decisão do último recurso, à semelhança do que se passa no direito criminal. Assim,

XIV — A Corporação, ao emitir a decisão do art. 88.º do RD/PSP, está a pôr termo à situação de indefinição sobre o exercício do seu poder

disciplinar, que é a essência do conceito de prescrição do procedimento disciplinar. Com efeito,

XV — O legislador fixa um prazo para a Corporação tomar uma posição face à notícia da prática de uma eventual infração disciplinar por parte de um seu agente. Dentro desse prazo, o órgão competente tem de tomar uma decisão: ou arquiva ou pune, sob pena de deixar extinguir o seu poder disciplinar. Ora,

XVI — No caso em apreço, a Administração cumpriu essa exigência legal: no prazo máximo de quatro anos e meio, instaurou o processo disciplinar, instruiu, acusou, garantiu o direito de defesa do arguido e decidiu perante o relatório final do Instrutor. E é por isso que o Ministério não pode conformar-se com a extinção do seu poder disciplinar (e da responsabilidade disciplinar do arguido) por alegada inacção.

XVII — Face ao que se mostrou, carece de fundamento a argumentação do douto acórdão — e do conjunto da jurisprudência administrativa — que define o termo final da contagem do prazo de prescrição do procedimento em função da natureza do recurso hierárquico. Com efeito,

XVIII — Em face do conceito de procedimento administrativo, do conceito de prescrição do exercício do poder disciplinar, do conceito (substantivo) de ato administrativo, impõe-se a conclusão de que essa discussão em torno da natureza do recurso hierárquico — e da impugnabilidade contenciosa do ato administrativo (conceito *adjetivo* de ato administrativo) — se mostra já alheia (posterior, diríamos) à indicação do momento que marca o termo final do prazo de *prescrição do procedimento*.

XIX — O douto acórdão recorrido incorre, pois, em erro de direito na identificação do termo final da contagem do prazo de prescrição do procedimento disciplinar, quando despreza o momento em que a decisão administrativa adquire a *definitividade horizontal ou procedimental*; quando despreza o momento em que a decisão adquire a qualidade de ato administrativo.

E, nesses termos, pedia-se que o recurso de revista fosse admitido e julgado procedente, anulando-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo que considerara prescrito o procedimento disciplinar, apesar de a **decisão punitiva** de primeiro grau ter sido emitida, perante o relatório final do Instrutor do processo disciplinar, dentro do prazo legal (de quatro anos e meio, contados desde a data em que o processo disciplinar foi instaurado).

17.2. O *despacho de admissão das revistas* é idêntico nos cinco casos. Assim, transcreve-se o douto despacho do Senhor Conselheiro José Veloso, no Processo n.º 2460/19.7BELSB:

> "*(...) A questão nuclear trazida a esta pretensão de revista consiste (...) em determinar, no «regime de prescrição do procedimento disciplinar na PSP» a decisão final que marca o termo da contagem desse prazo de prescrição*" (cf. n.º 3, p. 2).
>
> (…)
>
> "*Ora, esta questão tem virtualidade de replicação em termos substancialmente idênticos num número indeterminado de casos, mostrando-se, pois, como útil e necessário para a comunidade jurídica o seu aprofundamento pelo «tribunal de revista», como garantia de uniformização do direito nas vestes da sua aplicação prática, dadas as implicações que tem a nível da estabilidade e segurança dos procedimentos disciplinares, uma vez que, quanto a ela, o suporte jurisprudencial convocado no acórdão recorrido demonstra não haver, ainda, uma jurisprudência consolidada neste STA.*
>
> *Daí que, ponderadas as pertinentes críticas ínsitas nas alegações de revista à solução acolhida no acórdão do «tribunal de apelação», atenta a complexidade da questão e a vocação paradigmática da decisão que venha a ser proferida, impõe-se que o juízo ora impugnado seja objeto de reanálise e reponderação por este STA, de forma a dissipar as dúvidas que ainda subsistem*".

E concluía:

> "*Importa, pois, quebrar neste caso a regra da excepcionalidade dos recursos de revista, e admitir o aqui interposto pelo MAI*" (cf. p. 2) (José Veloso)".

18. Sublinha-se que o Conselheiro José Veloso — aliás, todas as cinco *apreciações preliminares* — entendeu que "*o suporte jurisprudencial convocado no acórdão recorrido demonstra não haver, ainda, uma jurisprudência consolidada neste STA*". Ou seja, por outras palavras, o Relator constatou o que revelámos sobre a ausência de uma jurisprudência administrativa una e consistente.

E reconheceu igualmente que a decisão do recurso de revista possui uma "*vocação paradigmática*", visando a "*uniformização do direito nas vestes da sua aplicação prática, dadas as implicações que tem a nível da estabilidade e segurança dos procedimentos disciplinares*".

O douto despacho concluiu: "*impõe-se que o juízo ora impugnado seja objeto de reanálise e reponderação por este STA, de forma a dissipar as dúvidas que ainda subsistem*".

19. Os Conselheiros da Secção, ao aplicarem a amnistia, usaram de habilidade para se afastar do entendimento da *apreciação preliminar*.

Disseram, em síntese, o seguinte:

"***4**. Como resulta expressamente da lei, tendo em consideração a inserção sistemática do art. 150.º do CPTA, o recurso de revista é um recurso ordinário, cuja função principal é decidir o objeto da causa, conhecendo plenamente do direito que lhe é aplicável.*

É certo que, sendo ordinário, o recurso de revista é, não obstante, um recurso excecional, quer porque constitui um terceiro grau de jurisdição, quer porque a sua admissão está sujeita à verificação de pressupostos legais específicos, quer ainda porque, no seu julgamento, o Tribunal apenas conhece de matéria de direito. Mas a sua excecionalidade não altera a sua natureza essencial de um verdadeiro recurso de substituição, que não se destina apenas a realizar a cassação das decisões proferidas pelas instâncias, mas a promover a resolução do litígio, se possível, sem necessidade de uma nova intervenção do tribunal recorrido.

***5.** Não se ignora que o recurso de revista tem, também, uma função objetiva, de orientação da jurisprudência dos tribunais inferiores, nomeadamente nas matérias de maior importância que preenchem os respetivos pressupostos de admissão, mas isso não lhe confere autonomia em relação ao litígio de que emerge, razão pela qual a sua decisão produz efeitos, exclusivamente, no caso concreto.*

Isso significa que, sem prejuízo do seu valor de referência jurisprudencial, da mesma resultará, ou a confirmação da decisão proferida em segundo grau de jurisdição, ou a sua revogação, e a sua substituição por outra que promova a resolução definitiva do litígio" [cf. acórdão de 7 de Dezembro de 2023 (Proc. n.º 02460/19.7BELSB)](10).

20. Os Conselheiros da Secção afirmam que "*o recurso de revista é um recurso ordinário*", mas reconhecem "*que, sendo ordinário, o recurso de revista é, não obstante, um recurso excepcional*"; com efeito, não pode o STA ignorar que "*o recurso de revista tem, também, uma função objectiva, de orientação da jurisprudência dos tribunais inferiores, nomeadamente nas matérias de maior importância que preenchem os respectivos pressupostos de admissão*".

Esta conclusão faria supor que os Conselheiros da Secção se subordinavam ao desígnio indicado nos *despachos de admissão de revista*; e que julgariam sobre o fundo da questão — saber qual o momento que marca o termo final da contagem do prazo de prescrição do procedimento disciplinar.

Nada disso, porém. A razão apresentada foi a seguinte:

"*Mas a sua excepcionalidade não altera a sua natureza essencial de um verdadeiro recurso de substituição, que não se destina apenas a realizar a cassação das decisões proferidas pelas instâncias, mas a promover a resolução do litígio, se pos-*

---

(10) É muito claro que uma decisão que julga a *inutilidade superveniente da lide* não tem a capacidade de *substituir* a decisão do Tribunal Central! E, por outro lado, uma vez que o acórdão recorrido concluiu que ocorrera prescrição do procedimento, não fazia sentido aplicar-se ao caso a amnistia, visto que a *responsabilidade disciplinar* já se encontrava *extinta* por via da prescrição (cf. art. 54.º do RDPSP e art. 47.º do actual Regulamento Disciplinar da PSP).

sível, sem necessidade de uma nova intervenção do tribunal recorrido". E em jeito de síntese: "(*o recurso de revista tem, também, uma função objetiva, de orientação da jurisprudência dos tribunais inferiores, nomeadamente nas matérias de maior importância que preenchem os respetivos pressupostos de admissão,*) *mas isso não lhe confere autonomia em relação ao litígio de que emerge, razão pela qual a sua decisão produz efeitos, exclusivamente, no caso concreto*".

21. As lições da doutrina não sustentam este entendimento.

José Carlos Vieira de Andrade ("*A Justiça Administrativa*", Almedina) debruça-se com profundidade sobre a natureza do recurso de revista.

"*O recurso de revista para o STA das decisões proferidas pelos TCA em segunda instância é qualificado pela própria lei, no art. 150.º, como um recurso* ***excepcional****, na medida em que vai implicar um terceiro grau de jurisdição, ainda que limitado a questões de direito — o seu fundamento tem de ser a violação da lei substantiva ou processual*([11]).

A excepção é admitida relativamente a questões de importância fundamental pela sua relevância jurídica ou social, ou então quando seja ***claramente necessária*** *para uma* ***melhor aplicação do direito****.*

É em função desse carácter excepcional que a lei faz depender este recurso duma ***apreciação preliminar sumária****, por parte de uma formação de três juízes dos mais antigos, da verificação, no caso concreto, dos pressupostos legais — uma tal apreciação, tendo em conta o carácter fortemente indeterminado dos conceitos utilizados pela lei, tenderá a aproximar-se de uma decisão discricionária de aceitação (permissão) do recurso pelo tribunal, que, sendo frequente nos modelos anglo-saxónicos (...), não é comum nos tribunais do sistema romano-germânico*([12]).

(...)

Em boa verdade, parece-nos que, diferentemente do que acontece com o recurso de revisão, o objectivo principal desta revista não será tanto a defesa do recorrente quanto a realização de interesses comunitários de grande relevo, designadamente, a boa aplicação do direito (…)**"** (cf. 6.ª ed., 2.2.3. *O recurso de revista*, p. 412; sublinhado nosso).

No mesmo sentido aponta Aroso de Almeida, em "*Manual de Processo Administrativo*", Almedina, 2012, p. 422:

"*O art. 150.º admite, no entanto, a possibilidade de interposição de um excepcional recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo (...)*".

22. Verifica-se que as decisões da Secção que aplicaram a amnistia afrontaram a lição da doutrina e, bem assim, o conteúdo dos despachos de

---

([11]) Nota-se que o objeto assinalado às revistas admitidas era precisamente uma "*questão de direito*".

([12]) Os despachos de admissão dos recursos de revista consideraram "*pertinentes as críticas*" constantes das alegações de recurso.

admissão das revistas, da autoria de formações "*de três juízes dos mais antigos*" do mesmo Tribunal.

E as referidas decisões desatenderam igualmente esclarecimentos produzidos por doutos acórdãos da mesma secção, como é o caso do acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Administrativo do STA (Proc. n.º 0149/ /22.9BALSB), da Senhora Conselheira Dora Lucas Neto, que concluiu:

> "*O objectivo desta revista não será tanto a defesa do recorrente, mas a realização de interesses comunitários de grande relevo, designadamente a boa aplicação do direito (...)*" (conclusão IV).

23. Em nosso entender, mesmo se se considerar que o recurso de revista **não** detém "*autonomia em relação ao litígio de que emerge*" — como argumentaram os Conselheiros da Secção —, ainda assim consideramos que prevalece o voto de vencido da Conselheira Suzana Tavares da Silva, no Proc. n.º 618/19.3BELSB, que "*teria deferido a reclamação*([13]) *e determinado a prossecução da lide para verificar se procediam ou não os fundamentos de anulação do acto que aplicou a pena disciplinar*". Ou seja, teria julgado a questão de direito que era o objecto da revista admitida.

A Senhora Conselheira esclarece no seu voto os fundamentos "*da diferença entre os efeitos da anulação de um acto que aplica uma sanção punitiva (uma pena disciplinar) e os efeitos da amnistia*", para concluir que "***os efeitos das penas disciplinares apenas podem ser destruídos através da anulação do acto que a tenha aplicado***" (sublinhado nosso).

24. Mas, em rigor, entendemos que o recurso de revista também existe — e existe fundamentalmente —, para resolver uma questão de direito, reputada de "*importância fundamental*" (cf. art. 150.º, n.º 1, do CPTA). Foi precisamente isso que os *despachos de admissão das revistas* reconheceram muito claramente.

As revistas foram admitidas por despachos datados de 20/10/2022 (Conselheiro José Veloso), de 03/11/2022 (Conselheiro José Veloso), de 09/02/2023 (Conselheiro José Veloso), de 09/02/2023 (Conselheiro Carlos Medeiros de Carvalho) e de 19/10/2023 (Conselheiro José Veloso).

Verifica-se que o juízo dos Conselheiros "*mais antigos*"([14]) **se manteve idêntico antes e depois da entrada em vigor da Lei da Amnistia** (que ocorreu em 1 de setembro de 2023).

([13]) Refere-se à reclamação para a conferência apresentada pela entidade administrativa.

([14]) O legislador do art. 150.º, n.º 6, do CPTA foi sábio, ao assinalar aos Juízes *mais antigos* —

Torna-se, assim, inquestionável que os *despachos de admissão das revistas assinalavam ao colectivo da Secção do Tribunal a tarefa* de decidir o recurso de revista, julgando a questão de direito que justificara a sua admissão([15]).

25. Em face do que se disse, pode agora constatar-se o seguinte:

i) Tornou-se público e notório, através dos *despachos de admissão das revistas*, que a jurisprudência sobre a questão em apreço se encontra(va) num estado deplorável([16]);

ii) O *julgamento* do objecto da revista e a eventual *anulação* da pena disciplinar seriam, como foi mostrado pela Conselheira Suzana Tavares da Silva no seu voto de vencido, muito *favoráveis aos arguidos* do processo disciplinar; e,

iii) No caso de o julgamento do fundo da questão conduzir à conclusão de que a prescrição não ocorrera e que a pena disciplinar fora correctamente aplicada, então aí, sim, haveria lugar à aplicação da amnistia — **essa foi a posição defendida pela entidade administrativa nas reclamações para a conferência**.

A aplicação da amnistia nos termos indicados em *iii*) teria sido correcta e desejável, porque não impedia o julgamento dos recursos *e também* garantia aos arguidos que fossem condenados a aplicação da amnistia.

Mas a aplicação da amnistia nos termos decididos pelos Conselheiros da Secção configurou um erro de direito e foi usado como um subterfúgio para evitar a decisão sobre o fundo da questão. Repete-se: os *despachos de admissão* mandataram os Conselheiros da Secção para "*dissipar as dúvidas que ainda subsistem*" na jurisprudência administrativa; e os Conselheiros da Secção furtaram-se a essa tarefa muito concreta, a pretexto da aplicação de uma amnistia — **como se o julgamento do objecto da revista excluísse a aplicação da amnistia** [cf. *ii*) e *iii*)].

---

a pensar nos Juízes *mais experientes e descomprometidos* — o "poder discricionário" de admitir ou recusar os recursos de revista. Mas os Juízes *menos antigos* não reconheceram a sabedoria do legislador…

([15]) É irrefragável que o STA, atenta a sua jurisprudência sobre a questão, jamais admitiria recursos de revista que visassem simplesmente reponderar **a concreta aplicação de penas disciplinares das mais leves** (como 3 ou 5 dias de multa, como era o caso).

([16]) Lembramos o despacho de admissão: "*Daí que, ponderadas as pertinentes críticas ínsitas nas alegações de revista à solução acolhida no acórdão do «tribunal de apelação», atenta a complexidade da questão e a vocação paradigmática da decisão que venha a ser proferida, impõe-se que o juízo ora impugnado seja objecto de reanálise e reponderação por este STA, de forma a dissipar as dúvidas que ainda subsistem*".

26. É, aliás, muito interessante verificar que o Tribunal se mostrou — depois da referida *omissão* — muito empenhado na discussão sobre a amnistia, a sua natureza e os seus efeitos. A energia que não usou na discussão do objecto do recurso de revista prodigalizou-a depois na discussão sobre a amnistia.

Esta actuação, que é estéril, não é incomum na justiça portuguesa. Pelo contrário, trata-se de uma infeliz vocação da justiça portuguesa, a de se socorrer de uma questão formal ou processual para evitar resolver as questões de fundo que os Juízes têm o dever de decidir e que são a razão da sua existência enquanto *poder judicial* (e *poder de soberania*)([17]).

26.1. No caso, o Tribunal ao evitar a discussão da questão de fundo furtou-se a reconhecer que a jurisprudência sobre esta questão se revelava confusa e mesmo, como dissemos logo no início, anómala.

Essa tentativa saiu porém gorada, pela simples razão de que isso mesmo foi reconhecido nos despachos de admissão das cinco revistas.

26.2. Com esta actuação, o STA deixou que a jurisprudência administrativa se mantivesse no estado decrépito em que se encontra, alheia às alterações radicais que sofreu o conceito de acto administrativo.

Convém precisar desde já: este texto não pretende afirmar, sequer insinuar, que os Senhores Conselheiros desconhecem a definição de acto administrativo constante do CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro.

O que este texto pretende mostrar é que os Senhores Conselheiros da Secção se privaram de retirar a ilacção devida da consagração de um conceito substantivo de acto administrativo, para o tratamento desta questão.

Os Senhores Conselheiros não mostraram ter compreendido que a circunstância de o CPA ter estipulado que o acto administrativo agora definido no art. 148.º dispõe de eficácia externa implica que a prescrição do procedimento termina com a sua notificação ao interessado. Pois, se nesse momento a entidade administrativa toma uma decisão que a vincula e que tem efeitos para o arguido, isso significa que termina nesse mesmo momento a situação de indefinição que caracteriza o decurso do prazo de prescrição!

([17]) É para não "*beneficiar o infractor*" (aquele que se eximiu a julgar) que nos recusamos a introduzir mais "*lenha*" na discussão sobre a amnistia. Aqui, a questão a julgar era a **prescrição do procedimento**; e o seu não julgamento constituiu um incumprimento do *dever de administrar justiça* (cf. art. 152.º, n.º 1, do CPC), como a entidade administrativa defendeu nas reclamações para a conferência.

26.3. E mostraram não ter apreendido a lição de Esteves de Oliveira, de 1995, atrás mencionada:

> "*Absorvendo as implicações da alteração introduzida pela revisão constitucional de 1989,* ***o Código excluiu do conceito de ato administrativo a referência ao caráter definitivo e executório*** *(...).*

O Autor evidenciou, a traço carregado, que doravante deixaria de vigorar a velha definição de acto administrativo como o acto "*definitivo e executório*". Ora, foi essa lição que os Senhores Conselheiros ignoraram, quando afirmaram, *repetidamente*, que a decisão administrativa relevante é a decisão do recurso hierárquico necessário.

Os Senhores Conselheiros ignoraram que, de acordo com o CPA, *antes* da interposição dos recursos hierárquicos — sejam facultativos ou necessários — *já há acto administrativo*. Ou seja, já há uma decisão que vincula a entidade e produz "*efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*" (cf. art. 148.º do CPA).

26.4. E os Senhores Conselheiros também se mostraram indiferentes à introdução da norma do art. 127.º do CPA, na alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 4/2015.

É natural que ao discutirmos a questão da *prescrição do procedimento* assuma importância central o próprio conceito de *procedimento* (administrativo). Ora, em 2015, o CPA passou a afirmar que:

> "*(...) o procedimento pode terminar pela prática de um acto administrativo ou pela celebração de um contrato*".

E esse *acto administrativo* corresponderá, inexoravelmente, à realidade definida no art. 148.º, com a epígrafe "*conceito de acto administrativo*".

Significa que o CPA indicou, sem qualquer dúvida em 2015, que *o fim do procedimento disciplinar* corresponde ao momento em que é praticado o *acto administrativo*. Ou seja, não há fundamento para que os Senhores Conselheiros situem, *sempre*, a discussão na natureza do recurso hierárquico que caiba no caso.

26.5. Em síntese, a omissão do dever de decidir poupou o STA ao reconhecimento de que as suas decisões anteriores sobre esta matéria — designadamente, o Acórdão do STA, de 4 de Fevereiro de 2008 (Proc. n.º 0774/07) e o Acórdão da 1.ª Secção do STA, de 9 de Setembro de 2021 (Proc. n.º 01378/20.5BELSB) — se revelam insustentáveis, pelas razões que desenvolvemos, *supra*, nos n.os 2, 3 e 4.

Mas, procedendo deste modo, mantiveram uma jurisprudência anacrónica, como se cuidassem de um fóssil.

27. A omissão do STA constituiu-se como um incumprimento do *dever de decidir o objecto do recurso* (cf. art. 652.º, n.º 2, do CPC); e, mais, como um incumprimento do *dever de administrar justiça* (cf. art. 152.º, n.º 1, do CPC e art. 1, n.º 1, do ETAF).

O art. 1.º do ETAF estatui que:

> "*os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios compreendidos pelo âmbito de jurisdição previsto no art. 4.º deste Estatuto*" (cf. n.º 1).

Esta norma de competência, bem como as referidas normas do CPC, ficaram por cumprir nos casos estudados. O Supremo Tribunal não cumpriu, como se disse, as exigências do poder judicial.

Ocorre-nos que em casos como este — infelizmente frequentes — as decisões judiciais deveriam ser privadas do poder assinalado no art. 205.º da Constituição.

Esse poder deveria ficar reservado para as decisões dos tribunais que façam jus ao *sentido de responsabilidade* da parte dos Juízes encarregados de julgar. Exemplos dessas decisões, à atenção dos Conselheiros da Secção, encontravam-se mesmo ao lado (acima), nos *despachos de admissão das revistas*, de que foram relatores os Juízes Conselheiros José Veloso e Carlos Medeiros de Carvalho.

Jurisprudência dos Conselhos

Consulte os pareceres do Conselho Geral e do Conselho Superior no portal da Ordem dos Advogados:
<https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/20252027/>
Ou através do QR Code

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

No âmbito do processo legislativo sempre que, nos termos do artigo 3.º, alínea *j*) do EOA, a Ordem dos Advogados é "ouvida sobre os projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor como alterações legislativas que se entendam convenientes" são emitidos os respetivos pareceres os quais se encontram disponíveis em:
<https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/processo-legislativo/trienio-2025-2027/>
Consulte através do QR Code

Vida Interna

Regras profissionais — Estatuto da Ordem dos Advogados e regulamentação aprovada pela OA
<https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/>
Consulte através do QR Code

REVISTA
da Ordem dos Advogados

80 Anos de sabedoria
80 Anos de conhecimento jurídico

A ROA através do formulário online disponível em ***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