ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Editorial

Renato Lopes Militão

Atualidade

Bastonária Fernanda de Almeida Pinheiro
Discurso na Abertura do Ano Judicial

Ricardo Pedro
Principais Conclusões da Conferência: Arbitragem Administrativa — Problemas e Desafios

Doutrina

André Alfar Rodrigues
Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade: Uma Análise ao Regime das Diretivas 2019/770 e 2019/771

Duarte Valido Viegas
Da (in)admissibilidade de prorrogação unilateral da vigência dos contratos administrativos. Algumas reflexões

João Filipe Graça / João Regêncio
Interseções entre a transmissão do estabelecimento comercial (cf. artigo 285.º do Código do Trabalho) e a Contratação Pública

José Engrácia Antunes
Os contratos de crédito ao consumo

Manuel P. Barrocas
Sobre a validade do reconhecimento e execução, ex officio *e face ao Direito Arbitral Português, de apenas uma parte de uma sentença arbitral estrangeira ser reconhecida ou executada com recusa do reconhecimento da matéria restante nela decidido*

Ano 83 **Lisboa** **Jan. / Jun. 2023**

Marcelo Silva Moreira Marques
Dilemas jurídicos da medicina digital e da judicialização da saúde

Marco Caldeira
Os "Governos de Gestão": Conceito, origem e limites

Maria Amélia Barradas Carlos
As Holdings *e a proposta ATAD 3 (ou diretiva* unshell*): um regime específico para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais*

Renato Lopes Militão
Em defesa da descriminalização de ofensas à honra. Eleutéria não protege apenas Hedilogos

Renato Lovato Neto
Regra da localidade e responsabilidade civil na prestação de serviços médicos

Ricardo Pedro
Estado de necessidade administrativa e indemnização pública: a responsabilidade por atos lícitos e a indemnização pelo sacrifício em Angola

Sónia Santos Viana
Pluriemprego e Exclusividade no Contrato de Trabalho

Jurisprudência Comentada

Ana Pereira de Sousa / Ana Luísa Paiva
A execução de sentenças e a frequência de estágios

André Lamas Leite
Revogação da pena substitutiva e recurso de revisão — anatomia de um acórdão

Informação Institucional

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

Preço €15

REVISTA
da Ordem dos Advogados

ANO 83
2 0 2 3



L I S B O A

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Bastonária da Ordem dos Advogados e *Diretora*
Fernanda de Almeida Pinheiro

Sub-Diretor
Renato Lopes Militão

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: 750 exemplares

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

Os artigos publicados respeitam a norma ortográfica escolhida pelos autores

Renato Lopes Militão
Editorial p. 7

Atualidade

Bastonária Fernanda de Almeida Pinheiro
Discurso na Abertura do Ano Judicial p. 9

Ricardo Pedro
Principais Conclusões da Conferência: Arbitragem Administrativa — Problemas e Desafios p. 15

Doutrina

André Alfar Rodrigues
Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade: Uma Análise ao Regime das Diretivas 2019/770 e 2019/771 p. 23

A Diretiva 2019/770, relativa aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, e a Diretiva 2019/771, relativa aos contratos de compra e venda de bens, constituem um marco no direito europeu dos contratos de consumo. O presente artigo realiza uma análise das vias possíveis de transposição para a ordem jurídica interna e assinala os aspetos em que o direito português terá de ser alterado, em alguns casos diminuindo o nível de proteção do consumidor.

Duarte Valido Viegas
Da (in)admissibilidade de prorrogação unilateral da vigência dos contratos administrativos. Algumas reflexões p. 61

O presente artigo versa sobre a prorrogação enquanto ato administrativo modificador do contrato e os potenciais argumentos inquinadores da admissibilidade da prorrogação unilateral. Analisará a questão de saber se o contraente público pode, ao abrigo dos seus poderes de conformação contratual, prorrogar a vigência de um contrato administrativo na ausência de clausulado para o efeito.

João Filipe Graça / João Regêncio
Interseções entre a transmissão do estabelecimento comercial (cf. artigo 285.º do Código do Trabalho) e a Contratação Pública p. 85

O texto presente analisa a transmissão do estabelecimento comercial (cf. art. 285.º do Código do Trabalho), assim como a relevância do acesso à informação para efeitos da transmissão do estabelecimento comercial na contratação pública e a relevância do pedido de esclarecimentos e/ou identificação de erros e omissões das peças do procedimento. Integra ainda uma breve nota sobre a transmissão dos trabalhadores de entidades privadas para o quadro do pessoal da entidade adjudicante.

José Engrácia Antunes
Os contratos de crédito ao consumo p. 113

O artigo versa sobre os contratos de crédito ao consumo, referindo as noções gerais e fontes, nacionais e europeias. Enquadra os sujeitos (credor, consumidores e intermediários de crédito), o objeto, as exclusões, a negociação do contrato (deveres publicitários, deveres de informação e de assistência pré-contratual, dever de avaliação da solvabilidade), a forma, o conteúdo, o cumprimento e extinção de tais contratados. Incluí ainda noções gerais sobre os contratos coligados.

Manuel P. Barrocas
Sobre a validade do reconhecimento e execução, *ex officio* e face ao Direito Arbitral Português, de apenas uma parte de uma sentença arbitral estrangeira ser reconhecida ou executada com recusa do reconhecimento da matéria restante nela decidido p. 161

Trata este artigo da questão de saber da legalidade, segundo a lei portuguesa, da conduta de tribunais estaduais de Estados-Membros da Convenção de Nova Iorque, de reconhecer, oficiosamente, apenas uma parte do decidido numa sentença arbitral estrangeira, bem como sobre a faculdade de poderem, igualmente de modo oficioso, alterar a sua fundamentação, recusando-se a reconhecer ou a executar a parte ou as partes restantes do que nela tiver sido decidido.

Marcelo Silva Moreira Marques
Dilemas jurídicos da medicina digital e da judicialização da saúde p. 175

A Ciência do Direito precisa estar atenta a regulação do uso das novas tecnologias, notadamente a Inteligência Artificial (IA). Neste artigo, serão abordadas a necessidade de normativa própria, em sede de responsabilidade civil, a regular os danos decorrentes do uso de médicos robôs na área da saúde, ou se os atuais princípios e normas do Direito Civil Constitucional já estão aptos a promover a normatividade da matéria, respeitando-se sempre a baliza dos direitos humanos fundamentais. Serão cotejadas a aplicabilidade das principais teorias da temática da responsabilidade civil ao novo mundo da IA. Pontuaremos como essas ferramentas tecnológicas podem auxiliar a efetividade do princípio da consensualidade, de modo a suavizar o fenômeno da judicialização da saúde, com aplicação de plataformas digitais de mediação que permitam a participação de autoridades médicas do executivo, legislativo e judiciário, a viabilizar a sustentabilidade fiscal do Estado e o respeito ao princípio da separação de poderes, deixando a cargo da judicialização tão somente as demandas de caráter coletivo aptas a suprir inações do Poder Executivo na efetivação do direito social à saúde.

Marco Caldeira
Os "Governos de Gestão": Conceito, origem e limites p. 199

Artigo sobre o regime dos "Governos de Gestão". A génese histórica da fórmula constitucional: "prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos". A densificação feita pela doutrina e pela jurisprudência. O controlo da actividade dos "Governos de gestão". Nota final: a situação dos Governos sem programa apreciado face aos Governos já demitidos.

Maria Amélia Barradas Carlos
As *Holdings* e a proposta ATAD 3 (ou diretiva *unshell*): um regime específico para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais p. 239

No presente artigo apresentam-se algumas reflexões críticas sobre as sociedades *holdings* no âmbito da proposta de Diretiva *Unshell* ou ATAD 3 enquanto regime especial para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

Renato Lopes Militão
Em defesa da descriminalização de ofensas à honra. Eleutéria não protege apenas Hedilogos p. 255

Da legitimidade constitucional da tutela penal da honra. A tutela penal da honra perante o sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A tutela da honra à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O movimento de descriminalização de atentados à honra. A tutela civilista da honra na ordem jurídica portuguesa. A tutela penal da honra na ordem jurídica portuguesa.

Renato Lovato Neto
Regra da localidade e responsabilidade civil na prestação de serviços médicos p. 325

O direito da responsabilidade civil tem como um dos seus requisitos a culpa, que no regime-regra é averiguada por meio de um padrão de cuidado de uma pessoa razoável. Esse critério é objetivo, porém deve ser verificado diante das circunstâncias de cada caso. O artigo tem como finalidade estudar se dentro desse quadro é possível considerar a localização onde o médico exerce a sua profissão poderá modular esse padrão de qualidade.

Ricardo Pedro
Estado de necessidade administrativa e indemnização pública: a responsabilidade por atos lícitos e a indemnização pelo sacrifício em Angola p. 347

O presente artigo analisa o novo quadro jurídico angolano referente ao estado de necessidade administrativa com destaque para o regime de indemnização publica que deve ser convocado nestas situações de excecionalidade jurídica. Este quadro inclui uma noção legal de estado de necessidade administrativa e um regime de indemnização pública pelos danos causados por atuações públicas em estado de necessidade. Explora-se o regime da responsabilidade civil por atos lícitos e da obrigação de indemnizar pelo sacrifício imposto aos particulares, assim como as causas de exclusão da indemnização civil pública extracontratual, em particular, em estado de necessidade administrativa, fazendo-se uma análise crítica das recentes soluções adotadas pelo legislador.

Sónia Santos Viana
Pluriemprego e Exclusividade no Contrato de Trabalho p. 367

A liberdade de trabalho tem consagração constitucional e daí resulta o direito do trabalhador ao pluriemprego, muito embora, existam restrições decorrentes do interesse legítimo do empregador, também constitucionalmente previsto no âmbito da liberdade empresarial, manifestadas nos deveres legalmente estabelecidos a que o trabalhador fica adstrito com a celebração do contrato de trabalho, com destaque para a lealdade, abrangendo sigilo e não concorrência e, nas cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, como o pacto de permanência, o pacto de não concorrência e o pacto de exclusividade, que sendo admissível com base no princípio da limitação voluntária dos direitos de personalidade, obedecerá a rigorosos pressupostos de ordem material e formal, incluindo o ressarcimento do trabalhador e a possibilidade da sua livre desvinculação, operando a restrição do direito do trabalhador, apenas na estrita medida necessária, para acautelar o direito do empregador.

Jurisprudência Comentada

Ana Pereira de Sousa / Ana Luísa Paiva
A execução de sentenças e a frequência de estágios p. 399

A liberdade de trabalho é o princípio fundamental e apenas poderá ser objeto das restrições legais, e eventualmente convencionais, das decorrentes do princípio do cumprimento do contrato de trabalho e respetivos deveres intrínsecos, ou ainda das cláusulas de limitação voluntária da liberdade de trabalho, como o pacto de exclusividade que deverá ser conforme com a lei, boa fé, ordem pública e bons costumes.

André Lamas Leite
Revogação da pena substitutiva e recurso de revisão — anatomia de um acórdão 403

O acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 1/2024 decidiu que o recurso de revisão não é aplicável ao despacho que revoga a pena suspensa (na verdade, este entendimento vale para todas as penas de substituição). Sucede que existem diferentes momentos temporais a ter em consideração: quando se pretende impugnar esse mesmo despacho no prazo de trânsito em julgado, depois deste ou, por fim, nas hipóteses em que, seja sobre a questão de culpabilidade, seja da sanção, o condenado carreia novos factos que podem incidir não só sobre a sanção substitutiva, mas também sobre a principal.

Informação Institucional

- Jurisprudência dos Conselhos p. 417
- Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas p. 417
- Vida Interna p. 417

EDITORIAL

A Revista da Ordem dos Advogados (ROA) foi publicada pela primeira vez no longínquo ano de 1941. A superlativa qualidade científica evidenciada logo no seu primeiro número, que abriu com um discurso proferido pelo Senhor Professor Doutor Vaz Serra, no Supremo Tribunal de Justiça, sobre o papel do juiz na interpretação da lei, a que se seguiram textos brilhantes dos insignes juristas Ruy Ulrich, Fernando Martins de Carvalho, Paulo Cunha, Mário de Castro, Palma Carlos, Amaral de Figueiredo, Manuel Rodrigues, Henriques da Silva, Carlos Olavo e Francisco Gentil (então Bastonário), jamais deixou de a caraterizar. É, assim, uma referência na ciência do Direito, nacional e internacionalmente. Concomitantemente, tem sido imenso o seu contributo para o robustecimento da Advocacia portuguesa.

Foi, pois, uma enorme honra ter sido nomeado Subdiretor da ROA, cuja Direção pertence, por inerência, à Senhora Bastonária. Todavia, o receio de não estar à altura do cargo não é menor, sendo apenas minimizado por ter comigo um Conselho Consultivo e um Conselho de Redação constituídos por alguns dos mais ilustres juristas portugueses da atualidade. Espero, assim, em conjunto com os referidos Conselhos e apoiado pelo Departamento Editorial, conseguir dar sequência à tradição, ao papel e, enfim, ao nome da ROA.

Lisboa, 23 de dezembro de 2023

Renato Lopes Militão
Subdiretor da ROA

DISCURSO NA ABERTURA DO ANO JUDICIAL

10 de janeiro de 2023

Pela Bastonária Fernanda de Almeida Pinheiro

Ex.mo Senhor Presidente da República,

Ex.mo Senhor Presidente da Assembleia da República,

Ex.mo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça,

Ex.ma Senhora Ministra da Justiça,

Ex.ma Senhora Procuradora-Geral da República,

Ex.mos Convidados e Ex.mas Convidadas,

Ex.mos Magistrados e Ex.mas Magistradas,

Meus Caros e Minhas Caras Colegas.

Celebramos hoje, nesta magnífica sala do Supremo Tribunal de Justiça, o início de um novo ano judicial.

Tradicionalmente, entre os operadores judiciários, o novo ano judicial é também celebrado em setembro, após as férias judiciais de verão, que marcam um pequeno interregno na sequência das inúmeras diligências, cumprimento de prazos e afazeres, que são muitos, na Justiça. E é a Justiça que aqui nos traz. Não no seu sentido abstrato, simbólico ou institucional, mas no seu sentido concreto — o impacto que tem nas vidas de todos e todas nós que trabalhamos no sistema judicial e, principalmente, nas vidas dos cidadãos e cidadãs que a mesma deve servir.

Jamais se poderá aqui afirmar que o princípio da tutela jurisdicional efetiva, que se encontra consagrado nos artigos 20.º e 268.º da Constituição da República Portuguesa, está a ser devidamente cumprido e isso tem de ser corrigido. Se é verdade que o erário tem de ser gerido com rigor e

parcimónia, não é menos verdade que o Estado, ao investir na Justiça, nada mais faz que cumprir com a sua obrigação constitucional de a disponibilizar aos cidadãos e cidadãs que a ela recorrem, uma vez que são estes, através dos seus impostos e taxas, que a pagam. Sendo a justiça um serviço público não poderá jamais ser qualificada como um "custo" ou uma "despesa" do Estado.

Já para o cidadão e cidadã que a ela recorre, a justiça é um serviço público demasiado dispendioso, atendendo ao valor exorbitante das taxas de justiça, o que arreda, desde logo, uma parte substancial da população de poder ver garantido este seu direito constitucional.

Não se vislumbra qualquer alternativa viável que não passe por uma alteração profunda do sistema de custas atualmente em vigor, promovendo-se que as mesmas sejam aplicadas de acordo com os rendimentos pessoais de cada um, de forma a garantir maior equidade no acesso à justiça. Esta alteração, a par da garantia de acesso de todos os cidadãos e cidadãs, independentemente dos seus rendimentos, ao aconselhamento técnico jurídico, nos termos previstos na Constituição, são o garante de um verdadeiro acesso à justiça, que, inclusivamente, evitará a utilização desnecessária dos meios judiciais, como tantas vezes sucede.

A Ordem dos Advogados encontra-se inteiramente disponível para criar, em conjunto com o Ministério da Justiça, as necessárias sinergias para garantir este direito constitucional dos cidadãos e cidadãs, ou seja, assegurar o acesso à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário de Advogado, perante qualquer autoridade judicial ou outra, até porque esta é, também, uma das suas atribuições estatutárias. Para que essas sinergias sejam encontradas, torna-se imperativo que o sistema judiciário, no seu todo, seja dotado de meios humanos, de meios técnicos e dos meios logísticos adequados a promover uma justiça célere e adaptada a cada circunstância.

Não é a isso que assistimos todos os dias nos Tribunais, nos Departamentos de Investigação e Ação Penal, nos Órgãos de Polícia Criminal e nas Conservatórias. Existe uma gritante falta de recursos humanos, quer a nível das magistraturas (judiciais e do Ministério Público), quer a nível de funcionários/as judiciais, na investigação criminal, nas cadeias, na reinserção social, que acarreta para todos e todas nós, enquanto sociedade, graves prejuízos, com custos elevadíssimos em termos da pacificação social, que é, afinal, o escopo da boa aplicação da Justiça.

Uma criança que é forçada a aguardar meses por uma decisão judicial que lhe autorize os convívios com um progenitor de quem foi afastada, por vontade do outro progenitor que os impede ou dificulta, como tantas vezes sucede por mera vingança pessoal entre adultos, poderá ficar para sempre

arredada de criar laços fundamentais para o seu crescimento, tendo como consequência problemas diversos na vida adulta, que se pretende que seja sempre funcional e satisfatória, completamente arredada da ansiedade que este tipo de guerrilha provoca na sua estrutura enquanto ser humano.

O mesmo sucede quando estamos a falar de criminalidade, principalmente aquela que é praticada contra as pessoas e contra o seu património, que, segundo o último Relatório Anual de Segurança Interna (RASI), representa ainda cerca de 76% de toda a criminalidade registada no nosso país. Ora, sendo Portugal um dos mais seguros da Europa, não pode deixar de causar perplexidade o hiato temporal que existe entre o apuramento de prova da prática de um ilícito criminal e a decisão final sobre o mesmo, o que, naturalmente, obstaculiza a boa aplicação da Justiça.

Através da comunicação social chegam, todos os dias, às nossas casas, noticias sobre o desenrolar de processos mediáticos, que nos vão sendo servidos como uma espécie de telenovela da vida real. Porém, não podemos nunca perder de vista que a esmagadora maioria dos processos que se tramitam na justiça criminal não é essa, é a outra, é aquela que impacta os mais frágeis, como os idosos, as crianças, as mulheres e, de facto, não existem meios suficientes para, por um lado, proteger essas pessoas e, por outro, punir atempadamente os infratores. Assim como, também não existem os meios adequados para garantir dignidade humana a esses mesmos infratores no cumprimento da pena em que são condenados e, menos ainda, na sua posterior reintegração social.

Também a Justiça Administrativa e Fiscal está totalmente paralisada, com prejuízos gravíssimos para os cidadãos, para as cidadãs e para as empresas que operam no território nacional. O mesmo se diga em relação à ação executiva, que representa hoje cerca de 80% dos processos tramitados nos tribunais cíveis, onde, a título de exemplo, uns simples embargos podem levar anos a serem julgados, com executados quase sempre desacompanhados de Advogado, que seguem sendo alvo de penhoras, algumas delas ilegais, por vezes ao longo de anos a fio, sem que uma decisão seja proferida.

É óbvio que toda esta realidade afeta, de forma desmesurada e muito contundente, a advocacia do nosso país, que se vê despojada de poder prestar os seus serviços às populações, uma vez que estas não dispõem de meios económicos suficientes para poder custear uma qualquer demanda, que envolve custas, honorários, despesas várias e, essencialmente, muito tempo e muito desgaste emocional.

Se a isto acrescentarmos o crime de procuradoria ilícita, que é praticado com a anuência silenciosa da sociedade e dos diversos organismos públicos, e, bem assim, os custos inerentes a uma qualquer profissão libe-

ral (como é o caso da Advocacia), temos o cenário perfeito para a desvalorização desta nobre profissão, o que impede, principalmente, os mais jovens de poderem aceder e manter um exercício digno da Advocacia, que continua a ser, na sua esmagadora maioria, exercida em prática individual.

Estas circunstâncias deveriam preocupar qualquer Governo, porque não há Justiça sem Advocacia, mas, a verdade é que, a insensibilidade política que existe perante esta factualidade custa muito caro aos cidadãos e cidadãs, que se vêm despojados dos seus mais básicos direitos constitucionais de acesso à justiça. Bastará trazer aqui à colação a forma como os sucessivos governos têm vindo a ignorar a necessidade premente de atualizar a tabela de honorários dos Advogados e das Advogadas inscritas no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais (SADT), que já não é revista há quase 20 anos.

Eu fui, até ao dia de ontem, uma Advogada inscrita no SADT, tendo servido, dentro da medida das minhas capacidades e conhecimentos, todos e todas os beneficiários e beneficiárias a quem fui nomeada por indicação da minha Ordem, sempre com total empenho e zelo, sendo essa uma das minhas maiores honras profissionais, mais até do que a do cargo que atualmente ocupo, porque serei sempre, antes de Bastonária, uma simples Advogada, que conhece muito bem esta realidade por dentro e que é também a realidade de milhares de Advogados e Advogadas neste país.

Neste momento que atravessamos, com índices de inflação que não aconteciam no nosso país há décadas, com as subidas das taxas de juro, que agravaram, de forma substancial, o crédito contratado pelas famílias que a ele recorrem para suprir as suas necessidades básicas, como é a do seu direito à habitação, num mercado de arrendamento que não representa alternativa alguma, não posso deixar de exigir, em nome da classe que aqui represento, um sinal claro de alteração desta realidade. Esta injustiça, porque é de uma injustiça que se trata, merecerá da parte da Advocacia, estou certa, uma resposta vigorosa, caso continue a ser ostensivamente ignorada.

Uma palavra também para a Lei das Associações Públicas Profissionais, recentemente aprovada por maioria na Assembleia da República e que pretende claramente arredar as profissões liberais da sua autorregulação intrínseca, por via de uma intolerável ingerência de terceiras entidades, que nada conhecem sobre a *legis artis* de cada uma delas. Esta lei pretende condicionar pela via disciplinar, mas não só, os seus associados e associadas. No entanto, esta situação merecerá, também, da nossa parte, medidas concretas que impeçam a sua entrada em vigor nos termos em que se encontra redigida, já que a mesma representa uma clara ameaça à liberdade, autonomia e independência das profissões.

Convoco ainda todos e todas aqui presentes para a necessidade urgente de garantir justiça à Advocacia portuguesa em relação à sua proteção social. As regras de previdência têm que ser iguais para todos os cidadãos e cidadãs portugueses, quer nos direitos sociais de que dispõem, quer nos deveres para com a mesma. O direito à parentalidade, à proteção na doença, à proteção na quebra de rendimentos e o respeito pela capacidade contributiva indexada ao rendimento real têm que ser assegurados por qualquer sistema de previdência, e a Advocacia não pode continuar arredada desses seus direitos, como atualmente sucede.

Só com uma previdência digna desse nome se pode garantir aos Advogados e Advogadas que exercem no país a possibilidade de conciliação da sua vida profissional e pessoal e, bem assim, um exercício completamente livre e sem amarras da profissão.

Este novo ano judicial prevê-se conturbado. Estamos perante uma guerra na Europa e uma crise económico-financeira que é sua consequência, o que poderá significar um aumento de pendências processuais, principalmente por via do previsível incumprimento contratual de mútuos bancários por parte das famílias. Esta realidade exige uma resposta forte e segura de todas as Instituições e a Ordem dos Advogados estará à altura dos desafios que estes tempos nos colocam.

Estes são tempos que obrigam à cooperação, ao bom entendimento e à solidariedade entre os diversos operadores judiciários, competindo ao Estado, através do seu governo, assegurar todas estas sinergias, para que consigamos alcançar mais e muito melhor Justiça, já que, como escreveu um dia a socióloga americana vencedora do Prémio Nobel da Paz, Laura Jane Addams *"A verdadeira paz não é meramente a ausência de guerra, é a presença da justiça"*.

A todos e a todas deixo os meus sinceros votos de um excelente ano judicial.

Muito obrigada!

PRINCIPAIS CONCLUSÕES DA CONFERÊNCIA: *ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA — PROBLEMAS E DESAFIOS*

Pelos Doutor Ricardo Pedro
Dra. Fernanda de Almeida Pinheiro
Dr. Raul Relvas
Dr. José Duarte Coimbra
Dr. Vasco Moura Ramos
Dr. António Mendes Oliveira
Doutor António Pedro Pinto Monteiro
Dr. Simão Mendes de Sousa

A arbitragem administrativa é um tema de relevância crescente no campo do direito público, que levanta importantes questões e desafios para os profissionais e académicos da área. Com o objetivo de explorar essas questões e promover um debate aprofundado, o *Lisbon Public Law Research Center* (LPL) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Ordem dos Advogados organizou a *Conferência sobre Arbitragem Administrativa: Problemas e Desafios*, sob a coordenação do Doutor Ricardo Pedro, Investigador do LPL, que teve lugar dia 23 de maio, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados.

A abertura da Conferência contou com a participação da Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados, Dra. Fernanda de Almeida Pinheiro, que fez uma breve introdução ao tema da arbitragem administrativa da perspetiva da advocacia.

O primeiro painel foi moderado pelo Doutor Ricardo Pedro e contou com a intervenção do doutorando Raul Relvas, que apresentou o tema da convenção de arbitragem; seguiu-se a intervenção do doutorando José

Duarte Coimbra, que versou sobre os desafios e implicações da impugnação das decisões arbitrais e, por fim, interveio o Dr. Vasco Moura Ramos, que explorou o tema da publicidade das decisões arbitrais.

O segundo painel foi moderado pela ilustre Professora Doutora Carla Amado Gomes, e contou com a intervenção do senhor juiz António Mendes Oliveira sobre o estatuto dos árbitros, seguiu-se a intervenção do Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro, que abordou o tema do papel do secretário arbitral e, para finalizar, teve lugar a intervenção do doutorando Simão Mendes de Sousa, que tratou de alguns dos aspetos mais problemáticos da arbitragem em matéria de contratos públicos.

Intervenção da Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados

Ex.mo Senhor Doutor Ricardo Pedro,
Ex.mo Senhor Doutorando Raul Relvas,
Ex.mo Senhor Doutorando José Duarte Coimbra,
Ex.mo Senhor Dr. Vasco Moura Ramos,
Ex.ma Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes,
Ex.mo Senhor Doutor Juiz António Mendes Oliveira,
Ex.mo Senhor Professor Doutor António Pedro Pinto Monteiro,
Ex.mo Senhor Doutorando Simão Mendes de Sousa,
Ex.mos e Ex.mas Colegas,

Agradecendo, desde logo, a todos e a todas a presença nesta conferência, não posso deixar, contudo, deixar de dirigir uma primeira palavra de apreço aos ilustres oradores que aceitaram o convite, disponibilizando-se, assim, com o seu reconhecido saber, a dar um meritório contributo para a discussão e reflexão destas matérias que hoje aqui irão ser abordadas.

Sendo pública e notória, de há muitos anos a esta parte, a crescente morosidade na justiça administrativa com o avolumar de pendências processuais que entopem os tribunais administrativos e fiscais, e assumindo-se, assim, a arbitragem administrativa como uma alternativa aos meios processuais ditos convencionais, é, efectivamente, importante a análise e o debate sobre o tema, como resposta aos desafios que esta realidade coloca, designadamente até na perspectiva do advogado, na condução do mandato

que lhe é outorgado, na cogitação da melhor via e solução que acautela os interesses do cliente que o procura.

Pode, nessa mesma perspectiva, assumir-se como uma alternativa viável aos meios tradicionais de resolução de conflitos e no combate ao paradigma de uma justiça burocrática, pouco eficiente e que não satisfaz, em pleno, pelas vicissitudes sabidas, os interesses dos cidadãos e das cidadãs que recorrem à justiça administrativa para ver os seus problemas solucionados.

Mas, para que tal aconteça, torna-se necessário que esta solução seja objecto de reflexão profunda e maturada análise sobre o regime jurídico implementado, sobre os desafios que encerra e — acima de tudo — se o modelo que, actualmente, é acolhido no ordenamento jurídico responde, de forma eficaz e cumpre o seu fito de salvaguardar o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional, em cumprimento do comando constitucional ínsito no artigo 18.º da CRP.

É, pois, imperioso proceder a uma reavaliação e reponderação da arbitragem administrativa, identificando as vicissitudes e as fragilidades do recurso à resolução arbitral de litígios, de modo a que não se subvertam as finalidades de salvaguarda de uma justiça célere e eficiente e de interesse público para a qual foi desenhada e a que deve, impreterivelmente, estar sempre vinculada, garantido sempre o respeito pelo contraditório e pela igualdade de partes e demais princípios que devem reger, de igual modo, o processo de arbitragem administrativa.

Estou certa que, com o inestimável contributo de todos os presentes em ambos os painéis, assente numa discussão viva e profícua sobre o tema, se alcançará tal desiderato.

Formulo os meus desejos de um bom trabalho a todos e a todas.

Muito obrigada!

A Bastonária
Fernanda de Almeida Pinheiro

Deixam-se de seguida as principais conclusões das referidas intervenções:

1. Na intervenção sobre a convenção de arbitragem propôs-se uma reflexão sobre a convenção de arbitragem em Direito Administrativo centrada em três planos: os seus principais efeitos, os espaços de conformação administrativa no recurso à arbitragem e a vinculação teleológica da Administração ao interesse público. Principiando por uma caracterização geral da figura no espaço jurídico-administrativo, o orador referiu-se aos seus elementos constitutivos, abordou os seus principais efeitos, nos planos processual e material, e questionou a sua natureza jurídica. Do enquadramento traçado resultou, entre o mais, e em termos gerais, a verificação da insuficiência do regime legal em vigor e, nesse contexto, a necessidade de uma reponderação da disciplina da arbitragem administrativa.

De seguida, o orador procedeu à delimitação dos espaços de conformação administrativa no recurso à arbitragem, analisando a competência de vinculação da Administração à resolução arbitral de litígios em matéria administrativa. Nesse particular, traçou os contornos da autonomia pública para decidir sobre o recurso à arbitragem, para definir os termos em que a Administração se vincula à jurisdição arbitral e para escolher a forma jurídica de vinculação, explicitando as principais vinculações a observar nesses domínios e questionando a suficiência das mesmas para um modelo adequado e coerente de arbitragem administrativa.

Na terceira parte da sua intervenção, o orador sublinhou que o recurso à arbitragem pela Administração Pública deve ser enquadrado no plano da sua vinculação ao interesse público, sublinhando que as escolhas que a Administração fizer devem, sob pena de invalidade, poder ser referidas à prossecução de um fim de interesse público. Neste sentido, tanto a opção de base pela via arbitral como a definição dos termos em que a Administração se vincula à arbitragem devem resultar de um juízo valorativo sobre a *melhor* jurisdição para o caso concreto, atendendo às especificidades do mesmo e em vista do interesse público. Também aqui os contributos normativos para orientar a Administração são escassos, de tudo resultando a conveniência de se desenvolver o regime jurídico da arbitragem administrativa.

2. Na intervenção sobre os desafios e implicações da impugnação das decisões arbitrais defendeu-se que talvez mais do que na arbitragem civil e comercial, o tema dos meios de impugnação de decisões arbitrais é crucial na perspetivação das relações entre a arbitragem administrativa e a

justiça estadual. Se no caso da ação de anulação o quadro legislativo se tem mantido estável, com uma remissão integral para os casos e termos previstos na Lei da Arbitragem Voluntária, o mesmo não sucede em relação aos recursos.

Na base da muito divulgada — mas não incontestável — premissa segundo a qual a arbitragem administrativa reclamaria mais vias de recurso do que as previstas na arbitragem civil e comercial, o legislador tem efetivamente intervindo no sentido de criar vias recursivas próprias, com fundamento legal, hoje com assento nos arts. 185.º-A e 180.º/3, *a*) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e 476.º/5 do Código dos Contratos Públicos.

O modo como o tem feito, porém, deixa ao intérprete um alargado número de dúvidas, sobretudo sob o ponto de vista do concreto regime a aplicar. Acresce que a manutenção dessas múltiplas vias de recurso, de pertinência não equivalente, também merece ser questionada. A apresentação fez o diagnóstico do estado da arte e apontou vias possíveis de solução para superar os desafios trazidos pela difícil malha legislativa que hoje grassa nesta matéria.

3. Na intervenção sobre o tema da publicidade das decisões arbitrais concluiu-se que, em 2015, o legislador português decidiu, tal como tinha já feito antes em se de arbitragem tributária, mas rompendo com as regras vigentes em sede de arbitragem voluntária, que as sentenças proferidas em arbitragens administrativas. Aquela opção legislativa foi aplaudida pela generalidade da doutrina. Com efeito, e num momento em que o legislador decidiu também alargar substancialmente o âmbito das matérias subsumíveis a arbitragens administrativas — admitindo, desde logo, que os litígios relativos à validade de atos administrativos fossem subsumíveis a arbitragem —, a publicitação das arbitragens administrativas foi encarada como a melhor forma de garantir a transparência das decisões que viessem a ser proferidas, contribuindo desse modo para afastar a desconfiança com que o público encara estes processos.

Aquela opção correspondeu, também, à concretização de um dos princípios constitucionais respeitantes ao funcionamento dos Tribunais (e, recorde-se, nos termos da Constituição da República Portuguesa, os tribunais arbitrais são umas das categorias de Tribunais constitucionalmente previstos): o princípio da publicidade. Surpreendentemente, no entanto, a opção legislativa do legislador não foi acompanhada das iniciativas necessárias a operacionalizar aquela decisão, uma vez que o Governo não instituiu os meios necessários a concretizar aquela obrigação. Foi só em 2020,

já depois de uma outra alteração legislativa ocorrida em 2019, que finalmente foi aprovada a portaria que veio operacionalizar a publicitação das sentenças arbitrais em matéria administrativa.

Escrutinando as sentenças entretanto publicadas (entre as quais quase só se encontram sentenças arbitrais proferidas no seio de um concreto Centro de Arbitragem), existem motivos para suspeitar que a obrigação legal de publicitar as sentenças arbitrais administrativas não estará a ser devidamente respeitada. A isso acresce que o modo como as sentenças estão a ser publicitadas, anonimizando a identidade das partes e, pasme-se, a própria identidade dos autores de votos de vencido, não respeita as exigências legais, motivo pelo qual se pode concluir que, não obstante os progressos verificados nesta matéria nos últimos anos, existe ainda um longo caminho a percorrer para tornar efetiva a obrigação legal de publicitar as sentenças arbitrais, de modo a garantir a transparência desses processos.

4. A intervenção dedicada ao estatuto dos árbitros veio a concluir que, do estudo realizado, acerca do estatuto dos árbitros no âmbito da arbitragem administrativa, nomeadamente acerca dos impedimentos e deveres a que estão sujeitos se pode concluir o seguinte.

Primo, os árbitros estão sujeitos aos impedimentos e deveres previstos no Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), dentro e fora do catálogo legal, e bem assim aos princípios e normas do direito arbitral de aplicação imperativa.

Secundo, a aplicação dos impedimentos e deveres previstos no RJAT deve fazer-se com as necessárias adaptações, e não de forma subsidiária, o que acarreta a aplicação de todas as normas previstas sobre os deveres e os impedimentos, com exceção das que sejam exclusivas do âmbito tributário, e que não encontrem lugar equivalente no âmbito administrativo, ou seja, cuja aplicação seja objetivamente impossível ou inviável.

Tertio, a aplicação daqueles impedimentos e deveres do RJAT pode ser total, aplicando-se a toda a arbitragem administrativa, incluindo a arbitragem institucionalizada e *ad hoc*, ou parcial, aplicando-se apenas à arbitragem institucionalizada.

Quarto, a *ratio* dos impedimentos e deveres do RJAT concatena-se, na sua maioria, com disposições deontológicas existentes no Estatuto da Ordem dos Advogados, como as respeitantes aos conflitos de interesses.

Quinto, o dever de revelação, pese embora não esteja expressamente previsto no RJAT, aplica-se à arbitragem e aos árbitros administrativos,

como corolário dos princípios e normas do direito processual e arbitral de aplicação imperativa (*ius cogens*).

5. Da intervenção dedicada ao tema do Secretário da arbitragem são de destacar as seguintes conclusões fundamentais. Partindo da premissa de que "a arbitragem vale o que valem os árbitros" fica bem patente a importância que os árbitros assumem em qualquer processo arbitral. O sucesso ou insucesso da arbitragem dependerá, muitas vezes, da qualidade dos árbitros escolhidos, o que explica que esta escolha seja considerada um momento decisivo.

Não obstante a importância que os árbitros revestem (sendo considerados um dos atores principais de qualquer processo arbitral), em várias situações existe um ator secundário cujo papel pode assumir grande relevância, não devendo ser esquecido: o secretário do tribunal arbitral. E quem é o secretário do tribunal arbitral? Muito resumidamente, estamos a falar de alguém que auxilia o tribunal arbitral na sua missão de julgar o litígio, podendo ser chamado a desempenhar diferentes tarefas.

Figura pouco estudada na doutrina, o secretário pode assumir um papel muito importante, que não deve ser subestimado. Alguns autores chegam, aliás, a questionar se, em certos casos, o secretário não será um quarto árbitro ou um "árbitro sombra" (questão discutida, em particular, no âmbito do conhecido "caso *Yukos*", por referência a uma arbitragem que decorreu no *Permanent Court of Arbitration*, em Haia).

Com esta intervenção na conferência "Arbitragem Administrativa: Problemas e Desafios", pretende-se chamar a atenção para a figura do secretário arbitral e para as diversas questões que se colocam com a sua atuação na arbitragem. O papel do secretário exige efetivamente um maior estudo e reflexão, atendendo à importância que o desempenho das suas funções pode assumir para o reforço da credibilidade e das vantagens da arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios.

6. A intervenção sobre o tema da arbitragem em matéria de contratos públicos veio a concluir que o regime decorrente do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que reviu profundamente o Código dos Contratos Públicos (CCP), trouxe uma importante mudança de paradigma relativo à arbitragem em matéria de contratos públicos.

Ao regime decorrente da reforma a Doutrina direcionou todo o tipo de críticas, nomeadamente, por não se afigurar claro se nos encontrávamos diante de uma arbitragem necessária ou se, contrariamente, ainda poderíamos considerar que nos encontrávamos diante de um mecanismo de arbi-

tragem voluntária; se o regime se afigurava compatível com a Constituição da República Portuguesa; ou, ainda, saber se o regime não inviabilizaria o recurso à arbitragem *ad hoc* mercê da assumida preferência pela arbitragem institucionalizada.

Crê-se que o cerne da questão se prende com a eventual compatibilidade constitucional do n.º 2 do art. 476.º do CCP em virtude da margem de discricionariedade absoluta que é conferida à entidade adjudicante para recorrer à arbitragem sem qualquer tipo de fundamentação podendo, em tese, excluir o concorrente que não pretenda submeter um eventual litígio à arbitragem. Assim, entende-se defensável a possibilidade de considerar incompatível com a Constituição o regime decorrente do art. 476.º, n.º 2, desde logo pela possibilidade de exercício arbitrário do poder discricionário por parte da Administração, mas também pela difícil compatibilização de uma interpretação literal do preceito com os princípios da igualdade e da proporcionalidade em sentido amplo.

DIREITOS DO CONSUMIDOR EM CASO DE FALTA DE CONFORMIDADE: UMA ANÁLISE AO REGIME DAS DIRETIVAS 2019/770 E 2019/771

Pelo Dr. André Alfar Rodrigues(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** A hierarquia de direitos. **3.** A reposição da conformidade (através da reparação ou substituição do bem). **4.** A redução do preço. **5.** A resolução do contrato. **6.** Outras situações jurídicas. *6.1.* A exceção de não cumprimento. *6.2.* O direito à indemnização. **7.** Conclusão. **Resumo**.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo a investigação dos direitos dos consumidores nos casos de falta de conformidade do bem([1]), em espe-

---

(*) Advogado. Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. Pós-graduação Avançada em Direito das Sociedades Comerciais (Foundations of Corporate Law and Deals, Markets and Litigation) pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (PhD). Formação Avançada em Compliance pelo Instituto de Formação Bancária. Participou nas I e II Jornadas de Financeiras de Capital de Risco e II Jornadas de Metodologia do Direito realizadas pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Conselheiro Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coordenador do Gabinete de Erasmus e Relações Internacionais da Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É investigador no Nova Compliance Lab (Nova School of Law) e Investigador no Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal (CIDEEFF) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É autor de diversos livros e de um grande número de artigos científicos sobre diferentes temas jurídicos. É Presidente da Comissão Executiva e Conselheiro Científico da Revista Jurídica Ex Libris.

([1]) O Tribunal da Relação de Guimarães pronunciou-se no sentido de que "*presume-se que os*

cial no âmbito da Diretiva 2019/770 e da Diretiva 2019/771. Importa referir que a Diretiva 2019/770 é complementar à Diretiva 2019/771([2/3]).

Será objeto da nossa investigação a existência de hierarquia de direitos no âmbito das novas Diretivas europeias, bem como será retratado o regime atualmente em vigor no nosso ordenamento jurídico. O regime português, como veremos ao longo do nosso trabalho, não prevê a existência de uma hierarquia de direitos do consumidor nos casos de falta de conformidade do bem, pelo que, após a transposição das novas Diretivas europeias, o regime nacional irá sofrer uma profunda alteração.

Além das questões jurídicas que a existência de uma hierarquia de direitos comporta, veremos ao longo do nosso trabalho, que existem dois problemas em relação à referida hierarquia. Em primeiro plano, temos de compreender se existe ou não uma prevalência da reparação sobre a substituição e, em segundo plano, se existe uma hierarquia relativamente aos direitos da redução do preço e da resolução do contrato.

Relativamente à Diretiva 2019/771, o seu art. 13.º, n.º 1, estabelece que em caso de ocorrer uma falta de conformidade, o consumidor tem o direito([4]) à reposição da conformidade do bem (através da sua reparação

---

bens de consumo não são conformes o contrato, quando não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem", *in* Acórdão do TRG, de 04.10.2017, Processo n.º 644/15.6TBGMR.G2, Relator: Heitor Gonçalves.

([2]) Jorge Morais Carvalho, "New Developments in EU Consumer Contract Law", *in PoLaR — Portuguese Law Review*, Vol. 3, n.º 1, 2019, p. 11; Jorge Morais Carvalho, "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) — ámbito de aplicación y grado de armonización", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, n.º 1, 2020, p. 931.

([3]) Por economia de espaço não trataremos autonomamente a figura da indemnização. Segundo o TRL: "*O referido direito do consumidor a ser indemnizado, nos termos gerais, pode ser exercido isoladamente ou em conjunto com qualquer dos outros "quatro direitos primários", de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e salvaguarda dos limites impostos pela proibição geral do abuso de direito*", *in* Acórdão do TRL, de 12.03.2009, Processo n.º 993/06-2, Relator: Ezagüy Martins.

([4]) Alguma doutrina fala em "remédios" ao invés de "meios de ressarcimento", como é o caso de Alexandre Dias Pereira, "Os Direitos do Consumidor de Conteúdos e Serviços Digitais segundo a Diretiva 2019/770", ; *Revista Eletrónica de Direito*, janeiro de 2020, p. 9; Mafalda Miranda Barbosa, "O Futuro da Compra e Venda (De Coisas Defeituosas)", *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III/IV, 2019; Angelo Luminoso, "Il Sistema dei Rimedi: La Riparazione e la Sostituzione del Bene Difettoso e il Dreitto di Regresso del Venditore, *in L´Attuazione della Direttiva 1999/44/CE in Italia e in Europa*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 45 a 81; Felisa Maria Corvo López, "Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771", *in Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 (2020), pp. 118-169; Lidia Arnau Raventós, "Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones", *in Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 (2020),

ou substituição), à redução proporcional do preço ou à resolução do contrato(5). Já em relação ao art. 14.º da Diretiva 2019/770, o consumidor tem (1) o direito a repor a conformidade dos bens (conteúdos digitais ou serviços digitais); (2) o direito a uma redução proporcional do preço ou à resolução do contrato. Esta Diretiva não menciona a reparação e a substituição como formas de reposição da conformidade dos conteúdos e serviços digitais. Após a leitura dos arts. 13.º, n.º 1 a n.º 3 da Diretiva 2019/771 e do art. 14.º da Diretiva 2019/770, constatamos que o consumidor tem o direito à reposição da conformidade dos bens, tendo o direito de escolha entre a reparação e a substituição a menos que o meio de ressarcimento seja impossível(6) ou imponha custos desproporcionais ao vendedor(7).

2. A hierarquia de direitos

Resulta das Diretivas 2019/770 e 2019/771 que existe uma hierarquia entre os direitos do consumidor. Através de uma leitura de ambas as Diretivas, constata-se que o consumidor tem ao seu dispor diversos direitos em caso de falta de conformidade do bem com o contrato celebrado. A reposição da conformidade de conteúdos ou serviços digitais poderá ser feita, em primeiro lugar, através da reparação ou substituição do bem. Se nenhuma das soluções se afigurar possível, ou mesmo que o sejam, comportem custos desproporcionais para o vendedor, o consumidor terá direito à redução do preço ou à resolução do contrato.

---

pp. 796-807; Vanessa Mak, Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law, *Hart Publishing*, Oxford/Portland (Oregon), 2009. A expressão "*remedies*" é também utilizada na versão inglesa da Diretiva. Da mesma forma, a expressão "remédios" também é utilizada na versão italiana. A versão espanhola da Diretiva, por sua vez, utiliza a expressão "medidas". A versão francesa contém a expressão "*recours*" que significa recurso.

(5) Ressalvamos que discordamos da aplicação do termo "*rescisão*" utilizada pelo legislador europeu, pois em bom rigor, estamos perante uma "*resolução*" contratual e não propriamente de uma "*rescisão*".

(6) Mário Tenreiro e Soledad Gómez, ao procurarem definir as características da impossibilidade, realizaram uma interpretação restritiva quanto ao conceito de "*impossibilidade*", defendendo que somente é aplicável aos casos em que fosse materialmente impossível proceder à substituição ou reparação do bem desconforme, *in* "La Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2000, p. 23.

(7) Carline Cauffman, "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, n.º 4, 2019, p. 471.

Nos termos do art. 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, relativo à venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, estabelece-se que "*em caso de falta de conformidade do bem com o contrato,* ***o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato***". O presente artigo só sofre limitações no n.º 5 da presente norma, na qual estes direitos não podem ser exercidos se se manifestarem impossíveis(8) ou constituírem abuso de direito(9). Contudo, discorda-se da doutrina que defende que a escolha deve caber ao profissional, visto que este último possui mais conhecimentos sobre o bem ou o serviço em causa. Desta forma, na minha opinião, pode-se afirmar que esta escolha recai sobre o consumidor(10). Defendo que esta escolha é irrevogável uma vez realizada, só podendo ser alterada em caso de incumprimento por parte do devedor, o que não prejudica o facto de o consumidor poder, a título subsidiário, invocar outros direitos(11).

Nos termos do art. 4.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 67/2003, a expressão "*sem encargos*"(12), utilizada na aceção do n.º 1, reporta-se às despesas necessárias para repor a conformidade do contrato, incluindo, por exemplo, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material(13). O legislador português, ao transpor a Diretiva 1999/44/CE(14) para o nosso ordena-

---

(8) Por exemplo, a reparação é impossível quando o bem tenha perecido ou se tenha deteriorado de tal forma que não seja possível repor a sua conformidade. No caso da substituição, esta será impossível, por exemplo quando o bem em causa seja a camisola do futebolista Rui Costa no seu último jogo pelo Benfica.

(9) Felisa María Corvo López, "Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, n.º 1, 2020, p. 139. Sobre o tema: Acórdão do STJ, de 30.09.2010, Processo n.º 822/06.9TBVCT.G1.S1, Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

(10) Assunção Cristas, "Portuguese Contract Law: The Search for Regimes Unification?", *European Review of Contract Law*, Vol. V, n.º 3, 2009, p. 359.

(11) Tal como se pronunciou o Tribunal da Relação de Coimbra, em 1.03.2016, Processo n.º 1684/08.7TBCBR.C1, Relator: Jorge Arcanjo: "*Pedindo o autor a título principal a substituição da coisa e a título subsidiário a resolução do contrato, julgado procedente o pedido principal fica prejudicado o pedido subsidiário, que só pode ser apreciado no caso de improceder o principal*".

(12) Já existia uma norma semelhante que constava do Anteprojeto de Transposição de Diretiva. Sobre este tema: Paulo Mota Pinto, "Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português", *in Estudos de Direito do Consumo*, n.º 2, Coimbra, 2000, p. 78.

(13) Esta lista não é taxativa, podendo, por exemplo, englobar os custos associados com peritagens ou avaliações, que deverão ocorrer a expensas do devedor. Assim: Acórdão do TRP, de 24.09.2020, Processo n.º 2835/19.1YIPRT.P1, Relatora: Fernanda Almeida.

(14) Para uma extensa comparação entre a Diretiva 2019/771 e a Diretiva 1999/44/CE *vide* Nuno Manuel Pinto Oliveira, "O direito europeu da compra e venda 20 anos depois. Comparação entre a Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Diretiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019", *Revista de Direito Comercial*, 2020.

mento jurídico, aproveitou o facto de estarmos perante uma Diretiva de harmonização mínima para alargar a proteção conferida aos consumidores([15]). A Diretiva 1999/44/CE prevê, no seu art. 3.º, n.º 3, uma hierarquia quantos aos direitos que o consumidor pode exercer([16]/[17]). No entanto, essa hierarquia não foi transposta para o nosso ordenamento. O Decreto-Lei n.º 67/2003 não consagra uma hierarquia quantos aos direitos do consumidor([18]).

Cumpre referir que, à luz do Decreto-Lei n.º 67/2003, a doutrina e jurisprudência portuguesas não foram unânimes relativamente à existência ou não de uma hierarquia dos direitos([19]), sendo que as vozes a favor desta hierarquização separavam habitualmente a reparação e a substituição, da

---

([15]) Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner e Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, 2018, pp. 186 e 187.

([16]) Assim, Marco B.M. Loos, "Consumer sales law in the proposal for a Consumer rights directive", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, N.º 2009/07, 2009, p. 21.

([17]) Para um estudo sobre a transposição da Diretiva 1999/44/CE em vários países da União Europeia *vide* Manuel Jesús Marín López, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2004, pp. 360 a 404.

([18]) Quanto ao método de transposição adotado pelo legislador português *vide* Ana Filipa Assunção, "Os direitos do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato na compra e venda de bens de consumo", dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito sob Orientação da Prof. Doutora Elsa Dias Oliveira, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pp. 20 a 21; João Calvão da Silva, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 21, ss.

([19]) A título de exemplo, alguma jurisprudência que se pronunciou a favor da existência de uma hierarquia: Acórdão do STJ de 15.3.2005, Processo n.º 04B4400, Relator: Lucas Coelho; Acórdão do STJ de 24.1.2008, Processo n.º 07B4302, Relator: Pereira da Silva. Acórdão do TRG, de 31.01.2019, Processo n.º 1618/17.8T8BRG.G1, Relatora: Eva Almeida; Acórdão do TRG, de 20/02/2020, Processo n.º 1213/17.1T8GC.G1, Relator: Jorge Teixeira; Acórdão do TRL, de 19.04.2007, Processo n.º 1389/07-2, Relator: Vaz Gomes. Também a título de exemplo referimos alguma jurisprudência que se pronunciou no sentido de que o consumidor pode exercer qualquer um dos seus direitos, tendo apenas como limite o instituto do abuso de direito: Acórdão do STJ de 9.11.2010, Processo n.º 12.764/03.5TOER.L1.S1, Relator: Urbano Dias; Acórdão do TRE, de 15.03.2007, Processo n.º 2805/06-2, Relator: Gaito das Neves; Acórdão do TRG de 13.10.2011, Processo n.º 1327/07.6TBPVZ.G1, Relatora: Conceição Bucho; Acórdão do TRG, de 22.10.2015, Processo n.º 193/13.7TBFAF.G1, Relatora: Raquel Silva; Acórdão do TRG, de 18.05.2017, Processo n.º 183/14.2TBCHV.G1, Relatora: Helena Melo; Acórdão do TRG, de 01.02.2018, Processo n.º 783/15.3T8FAF.G1, Relator: António Barroca Penha; Acórdão do TRL de 18.04.2013, Processo n.º 3965/08.0TMSNT.L1-8, Relatora: Maria Amélia Ameixoeira; Acórdão do TRL, de 17.01.2017, Processo n.º 826/07.4TCFUN.L1-1, Relator: Rijo Ferreira; Acórdão do TRL, de 06.07.2017, Processo n.º 899/17.1YRLSB-8, Relator: Ilídio Martins; Acórdão do TRL, de 26.09.2019, Processo n.º 2042/17.8T8OER.L1-6, Relatora: Cristina Neves; Acórdão do TRP, de 14.09.2009, Processo n.º 542/2001.P1, Relator: Abílio Costa; Acórdão do TRP, de 4.02.2010, Processo n.º 1362/05.9TBGDM.P1, Relator: José Ferraz; Acórdão do TRP, de 11.05.2020, Processo n.º 120377/15.6YIPRT.P1, Relatora: Fernanda Almeida.

redução do preço e da resolução do contrato([20]). No nosso ordenamento jurídico a discussão em relação à hierarquia entre os direitos já ocorria antes do Decreto-Lei n.º 67/2003, pois a versão originária do art. 12.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, também não contemplava uma norma que fosse clara nesse sentido([21]).

Contrariamente ao que sucede nas atuais Diretivas que têm de ser transpostas para as ordens jurídicas nacionais até ao dia 1 de julho de 2021, estando o início da sua vigência marcado para o dia 1 de janeiro de 2022([22]), o regime português vigente não consagra, uma hierarquia de direitos em caso de falta de conformidade de um bem([23]).

Desta forma, o consumidor, ao abrigo da legislação portuguesa tem a faculdade de escolher qual o direito que quer invocar. Por outras palavras, a partir do momento em que ocorrer a transposição das Diretivas, o nível de proteção dos consumidores diminuirá. No que respeita às novas Diretivas europeias, sendo estas de harmonização máxima([24]), ao contrário do que sucedia com a Diretiva de 1999/44/CEE, os Estados-Membros não têm o poder de divergir das normas europeias, mesmo que em benefício dos consumidores. Apesar de na lei portuguesa não existir uma hierarquia entre os direitos, o consumidor não pode socorrer-se do exercício de um

---

([20]) Em relação à Diretiva 1999/44/CE, pronunciou-se Carlos Ferreira de Almeida: "*Na lógica subjacente ao sistema da Diretiva, a reparação e a substituição têm primazia sobre os outros direitos do comprador, porque constituem sucedâneos (posteriores mas primários) do cumprimento, modalidades da sua execução natural e específica, simples modificações da pretensão de cumprimento. Sendo uma nova chance para o vendedor, representam para o comprador o modo de satisfazer o direito à prestação originária, o seu direito ao cumprimento conforme, que é, no lado ativo da relação jurídica, o simétrico da obrigação de entrega conforme pelo vendedor*", *in Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 163. Em relação aos contratos de empreitada, Pedro Romano Martinez defende que a interpretação no sentido de que o consumidor pode optar pela resolução do contrato "*não é razoável, porque a resolução do contrato será sempre a última hipótese e, nos termos gerais, depende do preenchimento de pressupostos comuns*", *in* "Empreitada de Bens de Consumo — A Transposição da Diretiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003", *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 2005, p. 33.

([21]) Por limitação de espaço e por não se circunscrever no âmbito desta investigação, ressalva-se que "*a tutela do consumidor, era já assegurada pela LDC que foi posteriormente alterada pelo DL 67/2003, quando este entrou em vigor*", cf. Ana Filipa Assunção, "Os direitos do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato na compra e venda de bens de consumo*"*, dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito sob Orientação da Prof. Doutora Elsa Dias Oliveira, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2016, p. 19.

([22]) O que corresponde a um período mínimo de *vacatio legis* de seis meses.

([23]) José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo*, Almedina, 2019, p. 162.

([24]) Sobre o tema: Maria João Vasconcelos, "New Perspectives on Sale of Consumer Goods — Maximum Harmonization and High Protection of Consumers as a Condition for Further Development of Cross-Border Trade in Single Market", *in PoLaR — Portuguese Law Review*, Vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 19-31.

direito se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito([25]), nos termos gerais. A norma constante do art. 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 67/2003 é clara nesse sentido. Ademais, os requisitos para a verificação do abuso de direito da norma do Decreto-Lei não são menos exigentes do que os do art. 334.º do CC. Mesmo na ausência da disposição do art. 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 67/2003, o instituto do abuso de direito seria sempre aplicável através do art. 334.º do CC, no entanto, este não deixa de ter um efeito pedagógico([26]). Por exemplo, não atua em abuso de direito o consumidor que depois de ter entregue a viatura para reparação pelo menos 7 vezes, vendo-se confrontado com a subsistência das anomalias, instaura ação contra o vendedor, nela pedindo a resolução do contrato de compra e venda([27]).

Se o vendedor, após a denúncia do comprador da falta de conformidade do bem, tiver reposto a conformidade do mesmo sem que o comprador se tenha oposto, o instituto do abuso do direito não é aplicável, na medida em que o comprador deixa de estar munido de qualquer direito para o fazer.

Apesar da imposição de uma hierarquia dos direitos que podem ser utilizados pelo consumidor, a Diretiva 2019/771 consagra uma regra especial no art. 3.º, n.º 7, que contém o seguinte teor: "*a presente diretiva não afeta a faculdade de os Estados-Membros permitirem que os consumidores escolham um meio de ressarcimento específico caso a falta de conformidade dos bens se manifesta dentro de um prazo curto após a entrega, que não deve exceder 30 dias. A presente diretiva também não afeta regras nacionais que não sejam específicas dos contratos celebrados por consumidores que prevejam meios de ressarcimento específicos para certos*

([25]) Previsto para as situações em que o consumidor utiliza, de forma abusiva, os seus direitos, excedendo manifestamente os limites impostos pelo princípio da boa-fé. O instituto do abuso do direito encontra-se previsto no art. 334.º do Código Civil e tem a seguinte redação: "*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito".* Por exemplo, existe abuso de direito quando, por exemplo, o consumidor exige a substituição do veículo adquirido por ter um defeito na escova do pára-brisas.

([26]) Jorge Morais Carvalho, "Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo", Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, p. 521.

([27]) Assim se pronunciou o Tribunal da Relação de Coimbra em Acórdão de 15.12.2016, Processo n.º 1638/11.6TBACB.C1, Relatora: Maria Domingas Simões; Num caso semelhante pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão do TRL, de 14.04.2015, Processo n.º 1174/ /12.3TVLSB-7, Relatora: Maria Amélia Ribeiro.

tipos de defeitos que não eram evidentes no momento da celebração do contrato de compra e venda". Esta disposição permite uma margem de manobra legislativa significativa aos Estados-Membros que desejem conferir (ou manter) uma maior proteção aos interesses dos consumidores([28]), como é o caso de Portugal. Assim, o legislador nacional pode estabelecer que o consumidor possa socorrer-se de qualquer meio de ressarcimento especifico, desde que a falta de conformidade se manifeste nos primeiros 30 dias após a entrega([29]).

O disposto no art. 13.º, n.º 2 da presente Diretiva 2019/771 deve ser complementado com o considerando (48). O consumidor ***tem a possibilidade de escolha*** entre a reparação e a substituição. Esta escolha só será limitada se for jurídica ou factualmente impossível([30]) ou se comparando com outras opções, possa impor ao vendedor custos desproporcionais([31]). Para tal, devem ser tidos em consideração os seguintes fatores: o valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade [alínea *a*)]; a importância da falta de conformidade [alínea *b*)]; a possibilidade de recorrer ao meio de ressarcimento alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor [alínea *c*)]. As figuras da reparação e da substituição do bem visam conferir ao vendedor uma oportunidade para cumprir a obrigação a que estava vinculado, sem destruir os efeitos do contrato, cumprindo assim o princípio do *favor negotii*, que se traduz no princípio da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico([32/33]).

De seguida, procede-se à análise de alguns exemplos. Imagine-se o caso em que A. compra um telemóvel que apresenta um risco no ecrã. Não é necessário precisar se este risco é pequeno ou do tamanho do ecrã. Se o ecrã puder ser substituído, na minha opinião, a conformidade do bem con-

---

([28]) Sobre o tema: Marthe Hårvik Austgulen, "Understanding National Preferences in EU Consumer Policy: A Regime Approach", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 43, 2020, pp. 767 a 798.

([29]) Sobre o tema, Kåre Lilleholt, "A Half-built House? The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law", *Juridica International*, n.º 28/2019, p. 4.

([30]) Na lei portuguesa, tal situação resulta claramente do disposto no art. 280.º, n.º 1 do Código Civil, que estatui: "*é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável*".

([31]) Sob pena de existir, no caso do direito português, um abuso de direito.

([32]) O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que "*a lei consagra abertamente o princípio do favor negotii, privilegiando a manutenção da parte sã do negócio, fazendo apelo à vontade conjectural dos contraentes, no sentido de fazer valer o que elas teriam querido se se tivessem apercebido de que o negócio era parcialmente inválido, não podendo manter-se integralmente*", Acórdão de 24.05.2011, Processo n.º: 3310/07.2TVLSB.L1.S1, Relator: Alves Velho.

([33]) Alexandre L. Dias Pereira, "Contratos de Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais", *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 15, 2018, p. 15.

sidera-se reposta. Se o consumidor requerer a substituição do bem quando somente é necessária a substituição do ecrã e não de todo o aparelho, tal comportaria um custo desproporcional para o vendedor. Desta forma, justifica-se, em primeiro lugar, a reparação do ecrã([34]). Por sua vez, se o ecrã substituído se encontrar mal colocado, não permitindo a normal utilização do telemóvel, defendo que já fará sentido o pedido, por parte do consumidor, a substituição do bem que se encontra desconforme. Neste caso, embora possa à primeira vista parecer que se trata de um custo (adicional) desproporcional para o vendedor no caso de ser solicitada a substituição do bem após a sua tentativa de reparação, a verdade é que não parece possível a manutenção da relação de confiança, à luz do princípio da boa-fé, do consumidor em relação ao vendedor([35]), pelo que o consumidor poderá exigir a redução do preço ou a resolução do contrato. Contudo, não se descura a possibilidade de uma nova reparação, se esta se afigurar como possível, desde que as partes assim o definam, mediante acordo. O que se pretende realçar é que a Diretiva permite ao vendedor, nos termos do art. 13.º, n.º 3, auxiliada com o considerando (49), rejeitar a substituição do bem se este lhe impuser custos desproporcionais([36]).

Defendo que, numa eventual segunda desconformidade, o vendedor não pode rejeitar a opção do comprador em preferir a substituição do bem([37]). Pense-se na hipótese de o ecrã reparado apenas ter um ligeiro defeito que passível de ser corrigido na hora. No meu entender, o consumidor não deverá socorrer-se da figura da substituição, mas sim da repara-

---

([34]) Sobre a perceção do consumidor no que concerne ao direito à reparação *vide* Aaron Perzanowski, "Consumer Perceptions of the Right to Repair", *Indiana Law Journal, Forthcoming*, Case Legal Studies Research Paper n.º 2020-25.

([35]) Dispõe a primeira parte do considerando (52) da Diretiva 2019/771 que: "*em certas situações, poderá justificar-se que o consumidor tenha direito à redução imediata do preço ou à rescisão imediata do contrato. Caso o vendedor tenha tomado medida para repor a conformidade dos bens, mas subsequentemente se verifique uma falta de conformidade, deverá determinar-se, de forma objetiva, se o consumidor deverá aceitar novas tentativas, por parte do vendedor, de reposição dos bens em conformidade, tendo em conta todas as circunstâncias do caso, como o tipo e o valor dos bens e natureza e a gravidade da falta de conformidade*".

([36]) Assim, a interpretação da referida norma da Diretiva deve ser realizada com o auxílio do disposto na parte final do considerando (49) da Diretiva 2019/771: "*se, por exemplo, os bens estiverem situados num local diferente daquele onde foram entregues inicialmente, os custos das franquias e do transporte poderão ser desproporcionados para o vendedor*".

([37]) Em sentido semelhante, pronunciou-se o Tribunal da Relação de Guimarães: "I*sto porque o veículo, menos de dois meses após a compra, já tinha tido uma avaria no painel de instrumentos, surgindo um segundo defeito, apenas quatro meses depois, ainda que diferente do primeiro, o consumidor não pode ser obrigado a dar nova oportunidade de reparação e deve ser-lhe consentido resolver imediatamente o contrato*", *in* Acórdão do TRG, de 30.03.2017, Processo n.º 279/13.8TBMNC.G1, Relator: Jorge Teixeira.

ção, sob pena de estarmos perante uma situação de abuso de direito, à luz do direito português, nos termos do art. 334.º do Código Civil. Assim, embora não esteja previsto nas Diretivas, defende-se de *iure constituindo,* que a reposição da conformidade do bem deve ser feita, em primeiro lugar, através da reparação e, só depois de esgotada esta via, será possível o recurso à substituição do bem em causa. Embora legalmente não exista uma hierarquia entre os direitos à reparação e à substituição, defendo que esta seria, porventura, a solução mais favorável ao ambiente. Tal solução, parece ser compatível com o entendimento da Comissão Europeia, na Nova Agenda do Consumidor, publicada no dia 13 de novembro de 2020. A Nova Agenda do Consumidor apresenta uma visão para a política dos consumidores da UE de 2020 a 2025. Esta Agenda visa igualmente dar resposta às necessidades imediatas dos consumidores face à atual pandemia de COVID-19 e aumentar a sua resiliência([38]). Uma melhor informação sobre a disponibilidade de peças sobressalentes e serviços de reparação pode auxiliar a uma maior durabilidade dos produtos. É referido na Nova Agenda do Consumidor que "*a futura revisão da Diretiva Venda de Bens* (Diretiva 2019/771) *proporcionaria uma oportunidade para analisar o que mais pode ser feito para promover a reparação e incentivar produtos circulares e mais sustentáveis. Serão analisadas várias opções relativas aos meios de defesa do consumidor, tais como a preferência pela reparação em detrimento da substituição, o alargamento do período mínimo de garantia para os bens novos ou em segunda mão, ou um novo período de garantia após a reparação*"([39]). É ainda indicado pela Nova Agenda do Consumidor que os esforços poderão ser complementados através da promoção de novos conceitos e comportamentos de consumo, como por exemplo, a economia da partilha, novos modelos de negócio que permitam aos consumidores comprar um serviço em vez de um bem, ou o apoio às reparações através de ações das

---

([38]) Foi defendido pelo Departamento de Políticas Econômicas, Científicas e de Qualidade de Vida do Parlamento Europeu que: "*The hierarchy of remedies as established by the Sale of Goods Directive 2019* ***does not stimulate, let alone require, consumers to choose the most sustainable remedy****. The primary remedies are* ***repair or replacement****. The choice between these primary remedies lies with the consumer in first instance. In terms of sustainability and promotion of a longer lifetime of goods,* ***repair*** *will however most often be the more sustainable choice*", através de uma análise sobre a Legislação de Consumo Sustentável e Proteção ao Consumidor feita pelos Autores B. Keirsbilck, E. Terryn, A. Michel, I. Alonga, abril de 2020, p. 18. Ainda sobre este tema: E. Maitre-Ekern & C. Dalhammar, "Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy", MJ 2019, Vol. 26(3), 419; E. Terryn, "A Right to Repair: Towards Sustainable Remedies in Consumer Law" *European Review of Private Law* 2019, 858.

([39]) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu a ao Conselho, Nova Agenda do Consumidor, 13.11.2020, p. 8.

organizações da comunidade e da economia social e de mercados de segunda mão.

Recorrendo ao exemplo anterior, se o ecrã do telemóvel apresentar um defeito, e se for possível a sua reparação, corrigindo a desconformidade do bem, considera-se que o recurso à substituição acarretaria custos desproporcionais e desnecessários para o vendedor. No entanto, a reparação terá de repor integralmente a conformidade do bem em causa, sob pena de o consumidor exercer outros direitos. A natureza do bem será determinante para a existência desta hierarquia. Se um consumidor adquire, por exemplo, uma figura de ação, de alto valor, pertencendo a uma série de produção limitada, e esta no momento de entrega apresenta um arranhão, o vendedor não pode efetuar a sua reparação. O arranjo ou um remendo na figura nunca irá repor a conformidade do bem, no máximo, o vendedor poderá substituí-lo por uma figura da mesma série. Se a figura de acção for única, a reposição da conformidade será sempre impossível, não restando outra opção ao consumidor que não seja o recurso à figura da redução do preço ou da resolução do contrato.

Se a reparação não for possível, defendo que o vendedor não possa recusar a substituição do bem desconforme, exceto nos casos em que o problema possa ser considerado como diminuto([40]). E embora não me possa socorrer de um critério objetivo para solucionar esta questão, defendo que a solução adequada irá diferir consoante o caso em concreto, estando as partes adstritas ao cumprimento dos ditames da boa-fé.

Sustenta-se a opinião de que dentro da hierarquia de direitos, a reparação prevalece sobre a substituição, pois não só acarreta custos inferiores para o vendedor, mas também é uma solução mais ecológica. Contudo, tal não se encontra expressamente previsto na lei, pelo que a solução aqui

---

([40]) Este raciocínio é sustentado pelo disposto na segunda parte do considerando (52) e no considerando (53) da Diretiva 2019/771. Assim: "*no caso, nomeadamente, de bens dispendiosos ou complexos, poderá justificar-se que o vendedor tenha a possibilidade de tentar novamente solucionar a falta de conformidade. Importa igualmente ter em conta a questão de saber se é expectável que o consumidor mantenha ou não a confiança na capacidade do vendedor de repor os bens em conformidade, designadamente, se o problema se tiver manifestado duas vezes. Do mesmo modo, em certas situações, a falta de conformidade pode ser tão grave que o consumidor não pode manter a confiança na capacidade do operador de repor os bens em conformidade, como no caso de a falta de conformidade afetar gravemente a capacidade do consumidor de efetuar uma utilização normal dos bens e não for expectável que o consumidor confie na reparação ou substituição pelo vendedor para solucionar o problema*". E ainda no considerando (53) da presente Diretiva estabelece-se que: "*a fim de manter o equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes contratantes, o consumidor deverá ter o direito de rescindir o contrato apenas em casos em que a falta de conformidade não seja de pouca importância*". No entanto, embora esta ideia resulte de um critério legal, defendo que esta solução também decorre da dimensão negativa do princípio da boa-fé.

defendida terá de ser de *iure constituendo*. Assim sendo, no caso de o consumidor não escolher nenhum direito, sendo ambos possíveis, a escolha caberá ao vendedor, podendo este optar pela solução mais adequada e proporcional para o caso em concreto, pois a solução pode acarretar custos muito mais elevados para o vendedor, do que, em termos proporcionais, para o consumidor([41]). Note-se que, se a reparação não for possível, o consumidor deverá procurar se a substituição é possível, ou vice-versa, antes de exigir a redução do preço ou a resolução do contrato([42]).

O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se através de Acórdão datado de 16.06.2011 (comummente conhecido por *Acórdão Weber & Putz*), relativamente aos processos Weber contra Wittmer e Putz contra Medianess Electronics([43/44]). No primeiro processo, Wittmer e a Weber celebraram um contrato de compra e venda de mosaicos polidos pelo preço de 1382,27€ euros. Após ter feito aplicar cerca de dois terços destes mosaicos na sua casa, Wittmer constatou a presença, nestes mosaicos, de marcas escuras, visíveis a olho nu. Após o sucedido, Wittmer apresentou uma reclamação, que a Weber rejeitou após concertação com o fabricante dos referidos mosaicos. Num processo de produção de prova

---

([41]) Tal como refere Mafalda Miranda Barbosa, "*contrariamente ao que resulta da diretiva, o legislador português não procedeu a um escalonamento dos remédios ao dispor do consumidor. Com isto, o regime afasta-se, igualmente, da solução consagrada no art. 914.º do CC, que apenas admite a substituição em lugar da reparação quando for necessário e se a coisa for fungível, excluindo-a se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece*", *in* "O Futuro da Compra e Venda (De Coisas Defeituosas)", *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III/IV, 2019, p. 727, p. 732.

([42]) MC Bianca, 'Article 3: Rights of the consumer', *in* MC Biana and S Grundmann (eds), EU Sales Directive (Intersentia, 2002), paragraphs 73-74; Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner e Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, 2018, pp. 192 e 193.

([43]) Que têm por objecto pedidos de decisão prejudicial nos termos do art. 234.° CE, apresentados pelo Bundesgerichtshof (C-65/09) e pelo Amtsgericht Schorndorf (C-87/09) (Alemanha), por decisões de 14 de Janeiro e 25 de Fevereiro de 2009, entrados no Tribunal de Justiça em 16 de Fevereiro e 2 de Março de 2009.

([44]) Neste último processo, Putz e a Medianess Electronics celebraram, através da Internet, um contrato de compra e venda de uma máquina de lavar loiça nova pelo preço de 367 euros, acrescido das despesas de entrega num montante de 9,52 euros. As partes acordaram que este bem seria entregue à porta do domicílio de Putz. A entrega da máquina de lavar loiça e o pagamento do preço ocorreram como tinha sido acordado. Depois de Putz ter a máquina de lavar loiça instalada em sua casa, verificou que esta tinha um defeito não atribuível às operações de instalação do aparelho e que a sua reparação era impossível. As partes puseram-se, assim, de acordo sobre a substituição da referida máquina de lavar loiça. Putz exigiu que a Medianess Electronics não só entregasse uma nova máquina de lavar loiça mas que procedesse igualmente à remoção do aparelho defeituoso e instalasse o aparelho de substituição ou suportasse os custos da remoção e da nova instalação, o que esta sociedade recusou. Não tendo a Medianess Electronics reagido à intimação que esta lhe dirigiu, Putz rescindiu o contrato de compra e venda. Putz demandou então a Medianess Electronics no Amtsgericht Schorndorf para obter o reembolso do preço de venda contra a restituição da máquina de lavar loiça defeituosa.

autónomo, iniciado pelo demandante, o perito designado concluiu que as referidas marcas escuras constituíam vestígios finos do micropolimento impossíveis de remover, pelo que a substituição integral dos mosaicos constituía o único modo possível de ressarcimento. O perito estimou os custos desta operação em 5830,57 € euros. Wittmer intentou uma acção contra essa sociedade no Landgericht Kassel a fim de obter o fornecimento de mosaicos isentos de defeitos e o pagamento da quantia de 5830,57€ euros. Esse órgão jurisdicional condenou a Weber no pagamento a Wittmer da quantia de 273,10€ euros, a título de redução do preço de venda, e julgou a acção improcedente relativamente aos demais pedidos. Na sequência do recurso interposto por Wittmer da decisão do Landgericht Kassel, o Oberlandesgericht Frankfurt, por um lado, condenou a Weber no fornecimento de novos mosaicos, isentos de defeitos, e no pagamento a J. Wittmer da quantia de 2122,37€ euros para o levantamento e a remoção dos mosaicos defeituosos e, por outro, negou provimento aos restantes pedidos. O Bundesgerichtshof entende que a possibilidade, conferida pelo direito nacional ao vendedor, de recusar a cumprimento *a posteriori* devido a tal desproporção absoluta dos respectivos custos pode ser incompatível com o art. 3.º, n.º 3, da diretiva, o qual, como está formulado, parece referir-se unicamente à desproporção relativa. Porém, não está excluído que uma recusa assente na desproporção absoluta possa ser abrangida pelo âmbito do conceito de "impossibilidade", previsto no mesmo art. 3.º, n.º 3, na medida em que não se pode partir do princípio de que a Diretiva admite unicamente os casos de impossibilidade física e pretende impor ao vendedor um cumprimento *a posteriori* absurdo do ponto de vista económico. Por julgar que as normas do direito alemão pudessem ser contrárias às disposições da Diretiva 1999/44/CE, o Bundesgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a presente questão([45]).

Segundo este Acórdão, o art. 3.º, n.º 2 e n.º 3 da Diretiva 1999/44/CE deve ser interpretado no sentido de que "*se opõe a que uma legislação nacional confira ao vendedor o direito de recusar a substituição de um bem não conforme, único modo possível de ressarcimento, pelo facto de esta lhe impor, devido à obrigação de proceder à remoção deste bem do local onde foi instalado e de aí instalar o bem de substituição, custos desproporcionados em relação ao valor que o bem teria se fosse conforme e à importância da falta de conformidade*"([46]).

([45]) *Vide* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), 16 de junho de 2011, Processo n.º C-65/09, *Gebr. Weber e Putz.*

([46]) Sobre o tema: Giorgio Afferni, "La responsabilità del venditore per i difetti materiali del

Caso se fruste a possibilidade de reparação ou substituição do bem que se encontra em desconformidade, o consumidor tem direito à redução proporcional do preço (nos termos do art. 15.º) ou à resolução do contrato (nos termos do art. 16.º), segundo o art. 13.º, n.º 4 da Diretiva 2019/771.

A alínea *a*) do n.º 4 do art. 13.º da Diretiva prevê que o consumidor possa pedir a redução proporcional do preço ou a resolução do contrato se o vendedor não efetuar a reparação ou substituição do bem em desconformidade, ou, se não efetuou a reparação ou substituição nos termos do art. 14.º, n.º 2 e n.º 3, ou ainda, se o vendedor se recusar a repor a conformidade nos termos do n.º 3, que serão os casos em que o vendedor irá incorrer em custos desproporcionais ou se a reparação ou substituição forem impossíveis. A alínea *b*) do n.º 4 do art. 13.º da Diretiva 2019/771, por sua vez, permite ao vendedor recorrer à redução do preço e à resolução do contrato, caso se verifique uma falta de conformidade, mesmo que o vendedor tenha procurado repor a conformidade do bem.

O requisito elencado na alínea *c*) encontra-se preenchido quando a falta de conformidade se mostrar de tal forma grave que justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato. Ou seja, a gravidade é de tal forma significativa que permite a resolução imediata do contrato ou a redução do preço. Por exemplo, se o consumidor adquire uma figura de acção e esta, aquando da entrega do bem, vem com um braço partido. Ou num caso em que o consumidor adquire um veículo automóvel novo e este vem sem o motor de fábrica. Com isto, a interpretação que fazemos quando a alínea *c*) refere a "*falta de conformidade é de natureza tão grave que justifica a imediata redução do preço ou a rescisão do contrato (...)*", é a de que o bem padece de uma desconformidade tão grave que a substituição e a reparação não são suficientes para garantir a conformidade do bem.

Por fim, o consumidor pode pedir a redução do preço ou a resolução do contrato, nos termos da alínea *d*) quando o vendedor declare, de forma expressa ou tácita, que não irá repor os bens em conformidade([47]); ou ainda, quando o vendedor embora tenha aceite a reparação ou a substituição do bem, não o vá fazer numa prazo razoável([48]); ou, por último, no caso de a reparação ser inconveniente ao consumidor.

---

bene venduto nel diritto dell'Unione Europea", *In: Recenti sviluppi nel diritto privato della UE, Pacini Giuridica*, Pisa, 2017, pp. 61 a 66.

([47]) Por exemplo, podemos falar numa recusa tácita quando o vendedor, apesar de sucessivamente interpelado pelo consumidor para se pronunciar sobre a reparação ou substituição de um bem, ignora o apelo do consumidor.

([48]) Pense-se por exemplo, numa situação em que o consumidor deixa para reparação numa loja de informática, onde anteriormente adquiriu um tablet, e o vendedor fica com este para dar posteriormente

3. A reposição da conformidade (através da reparação ou substituição do bem)

Embora as Diretivas sejam em si bastante semelhantes, um (importante) traço que as distingue é o de que a Diretiva 2019/770 não acolhe expressamente a possibilidade de reparação e substituição como uma das formas de reposição da conformidade dos conteúdos ou serviços digitais com o contrato. Defendo que a substituição, no âmbito da Diretiva 2019/ /770 não é possível, mas a reparação já o é. Antes de extrairmos uma conclusão, ilustraremos um breve exemplo. O consumidor X contrata durante um determinado período de tempo os serviços de uma plataforma de *streaming*. Certo dia, o consumidor depara-se com um problema e não consegue aceder à plataforma. A substituição será impossível, na medida em que não se pode trocar especificamente aquela plataforma por uma exatamente igual, visto que é digital. No entanto, a reparação afigura-se possível. Pode acontecer que a plataforma esteja sobrecarregada devido à utilização excessiva por parte de outros consumidores ou ainda que um determinado programa não esteja a funcionar corretamente. Em qualquer dos casos a reparação, mesmo que digital, pode ser feita pelo vendedor, ou por pessoa responsável pela manutenção do serviço, através do software do programa.

Decidiu-se retratar estes dois direitos num só tema porque ambos os direitos não se encontram previstos na Diretiva 2019/770. Passa-se agora à análise dos contornos das Diretivas. A Diretiva 2019/770 tem um conteúdo bastante semelhante ao que é apresentado pela Diretiva 2019/771, pelo que, se não explicarmos um ponto específico, o que for dito é aplicável a ambas.

A reparação consiste na reposição do bem entregue em conformidade com o contrato, através da eliminação do defeito ou através da introdução das alterações necessárias para que o bem fique em conformidade. É considerada reparação se, uma situação onde não aja uma intervenção direta, mas sim um ato que altera alguma qualidade ou faculdade inerente ao bem, tal como o caso em que a desconformidade resulta de um registo. Deste modo, esta desconformidade cessará quando este for realizado(49). A subs-

---

um orçamento, e só o faz 30 dias após a entrega do bem por parte do consumidor ao vendedor. Neste caso julgamos que o consumidor possa socorrer-se desta alínea para exigir a imediata resolução do contrato.

(49) Jorge Morais Carvalho, "Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo", Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, p. 522.

tituição comporta duas obrigações distintas para as partes. O consumidor tem a obrigação de devolver o bem e o vendedor tem o dever de entregar um novo bem ao comprador. Assiste ao vendedor o direito de recusar a entrega do novo bem enquanto o comprador não devolver o bem em desconformidade. Se o objecto do contrato for um bem novo, o vendedor não cumpre o seu dever de substituição com a entrega de um bem usado, a não ser que o comprador expressamente o aceite.

Importante é ainda o disposto no art. 14.º da Diretiva 2019/771, que especifica os contornos da reparação ou substituição dos bens. Estes dois mecanismos devem, tanto um como o outro, nos termos do n.º 1, ser prestados a título gratuito [alínea *a*)](50); num prazo razoável a contar do momento em que o vendedor tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade [alínea *b*)] e; sem inconveniente importante para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade a que o consumidor os destina [alínea *c*)].

A alínea *a*) do n.º 1 do art. 14.º refere que a reparação e a substituição de um bem desconforme deve ser prestada a título gratuito, o que significa que o consumidor não terá encargos com o bem ou, se os tiver, estes serão reembolsados pelo vendedor. O que a norma visa é garantir que o consumidor não sofra nenhuma desvantagem patrimonial. Já foi decidido pelo TJUE, ainda no âmbito da Diretiva 1999/44/CE, através do *Acórdão Quelle* e do *Acórdão Fülla*(51), que a gratuitidade visa proteger o consumidor contra o risco de encargos financeiros que o poderiam dissuadir de exercer os seus direitos caso essa proteção não existisse. Esta garantia de gratuitidade pretendida pelo legislador europeu leva a excluir uma pretensão financeira do vendedor no âmbito da execução da sua obrigação de repor a conformidade do bem.

Por sua vez, relativamente ao prazo razoável previsto na alínea *b*) do n.º 1 do art. 14.º, cabe referir que esta disposição deve ser interpretada com o auxílio do considerando (55) da Diretiva 2019/771, que estabelece que a Diretiva faculta aos Estados-Membros a possibilidade de interpretarem o conceito de prazo razoável para a conclusão da reparação ou da substituição, podendo estes prever prazos fixos que podem ser geralmente considerados

---

(50) Ivana Kanceljak, "Reform of Consumer Sales law of Goods and Associated Guarantees – Possible Impact on Croatian Private Law", *EU and Comparative law issues and challenges series*, Issue 2, pp. 586-610, pp. 596 e 597.

(51) Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), 17 de abril de 2008, Processo n.º C-404/06, *Quelle AG contra Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*; Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), 23 de maio de 2019, Processo n.º C-52/18, *Christian Fülla contra Toolport Gmbh.*

razoáveis para a reparação ou substituição, em especial no que respeita a categorias especificas de produtos. Um "*prazo razoável*" permite proteger os consumidores contra uma eventual excessiva demora na reparação ou substituição do bem desconforme. Este deverá ser o mais curto prazo necessário para a sua conclusão, o que irá variar em cada caso concreto. O tempo de reparação de um ecrã não será seguramente o mesmo de um motor de um carro. No entanto, de forma a salvaguardar os interesses do consumidor é estabelecido um prazo que resulte como medida de garantia para o bom cumprimento da reparação ou substituição do bem. Importante é ainda o disposto na parte final do considerando (55) da Diretiva 2019/771, onde consta expressamente o seguinte: "*ao aplicarem a presente diretiva, os Estados-Membros deverão poder interpretar o conceito de prazo razoável para a conclusão da reparação ou da substituição, prevendo prazos fixos que podem ser geralmente considerados razoáveis para a reparação ou substituição, em especial no que respeita a categorias especificas de produtos*". O conceito de prazo razoável, sendo este um conceito indeterminado, irá assim variar consoante a cultura de cada país. O princípio da boa-fé pode ser um elemento de partida para uma aproximação da sua concretização, no entanto, não nos podemos esquecer, que a boa-fé, é também um conceito indeterminado. Reza o disposto no art. 762.º, n.º 2 (princípio geral) do Código Civil, que: "*no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé*".

Atualmente, no caso de Portugal, este prazo razoável (máximo) é de 30 dias([52]). Perfilho o pensamento de que se for necessário "*efetuar alguma peritagem, o tempo gasto nesta operação é integrado nos 30 dias*"([53]). A não reparação do bem neste prazo faz o vendedor incorrer em responsabilidade contraordenacional nos termos do art. 12.º-A, n.º 1, alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 67/2003. No caso da reparação, se o vendedor ultrapassar o prazo estipulado, o consumidor tem o direito de optar por outro meio de ressarcimento([54]). Em suma, o consumidor deve conceder ao vendedor um

---

([52]) Dispõe o art. 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003: "*Tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias, em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor*". A lei portuguesa concretizou assim o conceito indeterminado de prazo razoável relativamente aos bens móveis, definido um prazo de 30 dias. Quanto aos bens imóveis, mantém-se o critério da razoabilidade do prazo, mas não se define um prazo fixo, o que significa que terá de ser avaliado casuisticamente.

([53]) Assim, Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 329.

([54]) Perfilho a posição sustentada por Giovanna Capilli, "Las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", tradução de M.ª Teresa Álvarez Moreno, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LX, n.º 4, 2007, p. 1714; Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 330.

prazo razoável para que este possa reparar ou substituir o bem em desconformidade.

O art. 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003 alude a um critério que pode ser determinante quanto ao prazo razoável a aplicar, que é o critério da natureza do defeito. A maior ou menor gravidade da desconformidade e o grau de exigência técnica para efetuar a reparação, são por exemplo, critérios para a determinação da razoabilidade do prazo([55]).

Destaca-se ainda a alínea *c*) do n.º 1 do art. 14.º. A reparação de um bem pode ser efetuada, embora realizada a título gratuito e num prazo razoável e mesmo assim ser inconveniente para o consumidor. Por exemplo, o caso da reparação de um frigorífico, que consiste num bem de primeira necessidade. Se a reparação do frigorífico não for feita num prazo razoável tendo em conta a natureza do bem e a finalidade a que o consumidor o destina, pode este último requerer a imediata resolução do contrato nos termos do art. 13.º, n.º 4, alínea *d*) da Diretiva 2019/771.

No caso de o bem se encontrar em desconformidade, o consumidor, apesar de se encontrar munido de vários direitos à sua disposição tem o ónus de disponibilizar os bens ao vendedor, sempre que a falta de conformidade deva ser sanada através da reparação ou substituição dos bens, tal como enuncia o n.º 2 do art. 14.º da Diretiva 2019/771. Acrescenta ainda a presente disposição que o vendedor tem o dever de receber os bens substituídos a expensas suas, o que significa que terá de custear as despesas.

O consumidor não pode proceder à reposição da conformidade do bem sem exigir primeiro a intervenção do vendedor([56]), só o podendo

---

([55]) Posição sustentada por Ana Filipa Assunção, "Os direitos do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato na compra e venda de bens de consumo", dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito sob orientação da Prof. Doutora Elsa Dias Oliveira, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 37. Tal como refere a autora, a Diretiva 1999/44/CE no seu art. 3.º, n.º 3, refere como critérios a natureza do bem e não a natureza do defeito, e ainda o fim a que o consumidor destina o bem, critérios estes que também podem ser utilizados pelo intérprete.

([56]) Fernando de Gravato Morais defende que o consumidor não pode "*proceder à reparação da coisa e exigir ao vendedor, em acção de condenação, o custa dessa reparação*", *in União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, 2004, p. 116; Jorge Morais Carvalho sustenta que "a questão de saber se o consumidor pode promover a reparação do bem, exigindo depois o pagamento dos custos ao vendedor, não encontra resposta expressa no diploma, mas deve entender-se que o consumidor deve exigir a reposição da conformidade do bem diretamente ao vendedor", *in* "Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo", Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, p. 524. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça face ao regime do Código Civil: "*não faz sentido que o credor solicite a terceiro a prestação defeituosamente cumprida sem que antes exija ao devedor a eliminação do defeito e a reparação da coisa, tal como não faz sentido que o credor demanda judicialmente e de imediato o*

fazer, no caso de este último não aceder a nenhum dos direitos invocados pelo comprador. Não se pode retirar diferente conclusão, na medida em que o vendedor precisa de verificar as reais condições em que se encontra o bem, sob pena de este vir a pagar por reparações ou por substituições que não correspondem ao valor real. Mesmo em casos de reparações urgentes, o consumidor deve, em primeiro lugar, interpelar o vendedor, dando-lhe um prazo razoável para repor a conformidade. Se nos prazos definidos, a resposta tardar ou se manifestar insuficiente([57]), o consumidor tem o direito a proceder à reposição da conformidade, e a realizar as reparações, por si ou através de terceiro, exigindo posteriormente o pagamento do preço ao vendedor. O que se acabou de afirmar é sobretudo válido nas situações onde é necessário a reparação urgente do bem desconforme([58]).

Em relação ao local de entrega e ao local onde deve ser efetuada a reparação ou substituição do bem desconforme, a Diretiva remete para as soluções consagradas nas legislações dos Estados-Membros([59]). O TJUE já se tinha pronunciado sobre esta questão no *Acórdão Fülla*([60]). No presente caso, que remonta a 2015, C. Fülla adquiriu à empresa Toolport, por telefone, uma tenda de cinco por seis metros. Após a entrega da tenda no domicílio de C. Fülla, este último constatou a falta de conformidade do bem e pediu ao vendedor que procedesse à reposição da conformidade, no seu domicílio. No entanto, não enviou o bem desconforme ao vendedor, nem propôs fazê-lo. A Toolport considerou que as reclamações não tinham fundamento e não informou C. Fülla de que era necessário o transporte da

---

dever sem que, antes, lhe diga que ele cumpriu mal e que deve reparar a prestação", *in* Acórdão do STJ, de 6.07.2004, Processo n.º 04B1686, Relator: Noronha do Nacimento; Pronunciou-se ainda o Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão do TRL, de 29.04.2014, 2491/11.5 YXLSB.L1-6, Relatora: Ana de Azeredo Coelho.

([57]) Segundo o Tribunal da Relação de Guimarães: "*não configura abuso de direito o pedido de condenação do réu ao pagamento do custo da mesma reparação, perante a recusa de reparação do veículo por parte do réu*", *in* Acórdão do TRG, 10.07.2019, Processo n.º 680/17.8T8GMR.G1, Relatora: Conceição Bucho.

([58]) Acórdão do TRG, de 12.07.2016, Processo n.º 59/12.8TBPCR.G1 , Relator: Jorge Seabra; Acórdão do TRP, de 31.05.2012, Processo n.º 1210/08.8TBGMR.P1, Leonel Serôdio; Acórdão do TRP, de 16.05.2016, Processo n.º 263/13.1T2ILH.P1, Relator: Manuel Domingos Fernandes; Acórdão do TRP, de 12.10.2017, Processo n.º 392/13.1TVPRT.P1, Relatora: Judite Pires; Acórdão do TRP, de 18.12.2018, Processo n.º 4070/17.4T8VNG.P1, Relatora: Anabela Tenreiro; Acórdão do TRP, de 10.02.2020, Processo n.º 849/17.5T8PRD.P1, Relator: José Eusébio Almeida.

([59]) Segundo o considerando (56) da Diretiva 2019/771: "*A presente diretiva não deverá regular o lugar do cumprimento das obrigações de um devedor. Por conseguinte, a presente diretiva não define o local de entrega nem determina o local em que a reparação ou substituição deverá ser efetuada, cabendo a sua determinação ao direito nacional*".

([60]) Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), 23 de maio de 2019, Processo n.º C-52/18, *Christian Fülla contra Toolport Gmbh.*

tenda até à sede do seu estabelecimento e também não lhe propôs adiantar as despesas do transporte. Ou seja, as partes não acordaram o lugar da reposição da tenda em conformidade e o contrato que fora celebrado era omisso em relação a esta matéria. Com o sucedido, C. Fülla invocou a resolução do contrato e o respetivo reembolso do valor da compra, onde em contrapartida, restituiria a tenda. O vendedor não acedeu a este pedido, obrigando o consumidor a intentar uma ação judicial no Tribunal de Primeira Instância de Norderstedt, na Alemanha. Este tribunal teve sérias dúvidas quanto à interpretação do disposto no art. 3.º, n.º 3 e n.º 5 da Diretiva 1999/44/CE e tomou a decisão de suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça diversas questões prejudiciais. Segundo o ponto 3. do sumário do Acórdão, o TJUE entendeu que: "*numa situação como a que está em causa no processo principal, o consumidor que informou o vendedor da não conformidade do bem adquirido à distância, cujo transporte para a sede do estabelecimento do vendedor corre o risco de constituir, para ele, um grave inconveniente e que pôs esse bem à disposição do vendedor no seu domicílio para ser reposto em conformidade, tem direito à resolução do contrato por falta de uma solução num prazo razoável, se o vendedor não tiver tomado nenhuma medida adequada para repor a conformidade do referido bem, incluindo a de informar o consumidor do lugar onde esse mesmo bem deve ser posto à sua disposição para a referida reposição em conformidade*"([61]). O que é que se conclui deste acórdão? À partida, cabe ao consumidor entregar o bem ao vendedor, exceto se isso lhe causar um prejuízo ou se for muito exigente ao consumidor. Neste caso, caberá ao vendedor recolher o bem ou cobrir as despesas que o consumidor possa sofrer aquando do envio para reparação/substituição.

Se a reparação de um bem desconforme exigir a retirada de bens que tenham sido previamente instalados de uma forma compatível com a sua natureza e finalidade antes da manifestação da falta de conformidade, ou

---

([61]) Perfilho a opinião de Paulo Mota Pinto na medida em que um "inconveniente grave" abrange quer os danos patrimoniais, quer os danos não patrimoniais, *in* "Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português", *Estudos de Direito do Consumo*, N.º 2, Coimbra, 2000, p. 263. O Tribunal da Relação de Évora já se pronunciou sobre os danos não patrimoniais nas situações de direito do consumo: "*III — No domínio do incumprimento das obrigações, os danos de natureza não patrimonial, são normalmente pouco frequentes e de fraca intensidade e só se justificará o seu ressarcimento se, para além dos demais requisitos da obrigação de indemnizar forem objectivamente graves. IV — A impossibilidade do adquirente retirar proveito e utilidades, por tempo prolongado, de uma coisa por culpa do vendedor, constituiu seguramente um dano de natureza não patrimonial merecedor da tutela do direito e a ressarcir, não havendo outros elementos, por recurso à equidade*", *in* Acórdão do TRE, de 05.03.2009, Processo n.º 2612/08-3, Relator: Bernardo Domingos.

ainda, sempre que esses bens sejam substituídos, estatui o art. 14.º, n.º 3 da Diretiva 2019/771, que a obrigação de reparar ou substituir os bens deve incluir a retirada dos bens não conformes e a instalação de bens de substituição ou bens reparados ou a assunção dos custos da instalação. Por exemplo, vamos imaginar o caso de um pavimento que foi colocado no chão de uma casa e existe uma desconformidade, essa reposição irá exigir a retirada do pavimento e a colocação de um novo.

A Diretiva 2019/771 concede ainda a possibilidade aos Estados-Membros de regularem as condições em que as funções do devedor podem ser desempenhadas por outras pessoas([62]). Por exemplo, o vendedor pode substituir-se por um terceiro para efetuar uma reparação ou substituição de um bem em desconformidade, no entanto, se o fizer, este não deixa de ser responsável perante o consumidor, caso a reparação ou a substituição não sejam suficientes para repor a conformidade do bem.

Por fim, de forma a terminar a análise das disposições relativas à reparação e substituição dentro do campo de aplicação da Diretiva 2019/771, temos de considerar o disposto no n.º 4 do art. 14.º, que estabelece que o consumidor não é obrigado a pagar pela utilização normal dos bens substituídos durante o período anterior à sua substituição. Esta norma deverá ser interpretada com o auxílio do disposto na parte final do considerando (57), que dispõe que "*a utilização dos bens deverá ser considerada normal se for efetuada em conformidade com a natureza e a finalidade dos mesmos*". Antes desta solução normativa, o TJUE já se tinha pronunciado sobre um problema jurídico em relação a este tema. O célebre *Acórdão Quelle*([63]) teve por base uma situação que ocorreu em Agosto de 2002. A Quelle entregou a S. Brüning, para seu uso pessoal, um fogão. No início de 2004, esta última verificou que o aparelho não se encontrava em conformidade. Tendo a reparação sido impossível, S. Brüning devolveu o fogão à Quelle que o substituiu por um novo. No entanto, esta última exigiu o valor de 69,97€ a título de indemnização pelas vantagens que a consumidora tinha obtido com o uso do aparelho inicialmente entregue. A Bundesverbrand (associação de consumidores) que foi mandatada por S. Brüning, exigiu que o montante pago por esta última lhe fosse resti-

---

([62]) O considerando (56) da Diretiva 2019/771 dispõe que: " *Os Estados-Membros deverão poder regular as condições em que as funções do devedor podem ser desempenhadas por outra pessoa, por exemplo, as condições em que a obrigação do vendedor de reparar um bem pode ser assumida pelo consumidor ou por um terceiro, a expensas do vendedor*".

([63]) Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), 17 de abril de 2008, Processo n.º C-404/06, *Quelle AG contra Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände.*

tuído. Além disso, solicitou ao Tribunal Alemão que a Quelle fosse condenada a deixar de faturar montantes correspondentes ao uso do referido bem. O Tribunal Alemão de primeira instância deu como procedente o pedido de reembolso e indeferiu o pedido, requerendo que a Quelle fosse intimada a deixar de faturar montantes relativos à utilização de um bem não conforme.

Ambas as partes recorreram da decisão, tendo sido julgada improcedente. Foi submetido um recurso de revisão para o Bundesgerichtshof (Tribunal de Justiça Federal Alemão, o equivalente ao Supremo Tribunal de Justiça em Portugal), que decidiu suspender a instância e submeter a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, acerca da conformidade das disposições do BGB (código civil alemão), com a regulamentação comunitária. Foi decidido pelo TJUE que "*o art. 3.º da Diretiva 1999/44/CE (...) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permite que o vendedor, no caso de ter vendido um bem de consumo não conforme, exija ao consumidor uma indemnização pelo uso do bem não conforme até à sua substituição por um novo bem*"([64]).

4. A redução do preço

A redução do preço visa a reposição do equilíbrio negocial entre as partes, pressupondo a vontade do consumidor em ficar com o bem desconforme([65/66]). Em princípio, um bem desconforme tem um valor inferior a um bem com as mesmas características que seja conforme o contratualizado. Se o consumidor optar pela redução do preço como meio de ressarcimento, o vendedor deve devolver a diferença entre o valor pago e o valor do bem desconforme.

([64]) Em sentido contrário, Armando Braga defende que "o comprador também poderá ter de «compensar» o vendedor do uso ou utilidade que tenha retirado da coisa defeituosa", *in A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil — A Venda de Bens de Consumo, Vida Económica*, 2005, p. 71.

([65]) Assim: Fernando de Gravato Morais, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, 2004, p. 119; Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 336.

([66]) Cabe ainda referir, nos termos da legislação nacional, o disposto no n.º 4 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, "*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*". Neste ponto, perfilho da posição sustentada por Jorge Morais Carvalho, na medida em que o "*risco corre por conta do vendedor a partir do momento em que se revela a falta de conformidade*", *in Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 335.

A redução do preço é porventura o direito mais difícil de calcular em termos concretos(67). Por exemplo, o direito alemão e o direito inglês consagram a existência de regras específicas(68). Por sua vez, o direito francês e o direito espanhol estabelecem que é necessário a intervenção de um perito para o cálculo da redução do preço(69). A lei em vigor em Portugal não estabelece qual o modo de exercício deste direito(70). Apesar de a lei portuguesa ser omissa, o valor da redução deve ser apurado de forma objetiva, não devendo esta ser apurada subjetivamente. Nos termos do art. 15.º da Diretiva 2019/771, "*a redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos bens que foram recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que os bens teriam se estivessem em conformidade*". Defendo que esta redução corresponde ao valor da desvalorização que o bem possa sofrer(71).

Perfilho a opinião de que o que se deve verificar é a percentagem de desvalorização. Ou seja, por exemplo, o bem sem desconformidade vale 1000€ e o bem com desconformidade vale 1000€ - 10%. Portanto, ocorre uma desvalorização de 10%. Assim, se esse bem custou 1000€, então a redução do preço será de 100€. O que importa é o verdadeiro valor do bem e não o valor pelo qual o consumidor o adquiriu. Pode acontecer que o consumidor tenha adquirido este bem com um desconto significativo sobre o seu valor de mercado(72). Esse valor pago não releva, pois o que conta para efeitos

---

(67) Segundo Jorge Morais Carvalho, "*na prática, o exercício não judicial deste direito depende da existência de um acordo entre o vendedor e o comprador quanto ao valor da redução. Ao contrário das outras soluções, nesta o remédio tem de ser quantificado, pelo que é necessário um maior diálogo entre as partes. Talvez por esta razão, trata-se do direito estatisticamente menos utilizado pelos consumidores*", *in* "Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo", Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, pp. 531 e 531. Apesar de concordarmos com o Autor que o exercício extrajudicial dependa de um acordo entre as partes, discordamos que esta seja a razão porque este direito seja o menos utilizado pelos consumidores. Porventura, a razão pela qual é o meio de ressarcimento menos utilizado é porque o consumidor, na maior parte dos casos, quando adquire um bem pretende que ele seja conforme. Como tal, não se conforma, apesar da redução do preço, em ficar com um bem desconforme.

(68) Art. 472.º do BGB (direito alemão) e art. 53.3 do "Sale of Goods Act" (direito inglês).

(69) Art. 1644.º do Code Civil (direito francês) e art. 1486.I CC (direito espanhol).

(70) Um Autor que se pronunciou sobre vários métodos possíveis para a redução do preço é Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso, em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, 2015, pp. 408 a 411.

(71) Neste sentido, Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 337. Por sua vez, Rui Paulo de Mascarenhas Ataíde defende que cabe "*ao vendedor devolver a diferença entre o valor pago pelo consumidor e o valor do bem desconforme*", *in* "Direitos e Garantias do Comprador. Meios de Tutela", *in Estudos de Direito do Consumo,* 2017, p. 162.

(72) Margarida Lima Rego refere que, no caso da aquisição de um bem em saldos, "*em nada*

da redução do preço é o valor real e não o valor em desconto. Esta é a interpretação que fazemos da norma([73]).

De seguida irá recorrer-se a um exemplo anteriormente ilustrado. Imagine-se que um consumidor adquire uma figura de acção bastante valiosa e única no mercado. A figura não apresenta um dano, mas a sua caixa sim. Para um ávido colecionador, um pequeno rasgão na caixa que protege a figura de ação leva à desconformidade do bem. Sendo esta figura rara e única, estamos perante um bem infungível, ou seja, a substituição do bem afigura-se tendencialmente impossível([74]). Neste caso específico, a reparação também não seria possível. Assim, o consumidor poderia exigir a redução proporcional do preço do bem desconforme, ficando com este, pese embora a sua desconformidade.

Um importante caso sobre a figura da redução do preço foi o *Acórdão Soledad Duarte Hueros contra Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*([75]). O consumidor adquiriu ao vendedor um automóvel descapotável no valor de 14.320€. No entanto, o consumidor verificou que quando chovia, a água infiltrava-se no tejadilho. O automóvel foi levado diversas vezes à oficina do vendedor que nunca conseguiu reparar o veículo, mesmo após diversas tentativas de reparação. O consumidor requereu a substituição do veículo. O vendedor recusou a substituição e o consumidor

---

afeta o recurso à figura da redução do preço, por exemplo, se for posteriormente detetado um defeito de fabrico que ambas desconheciam à data da contratação" *in Contrato de Seguro e Terceiros — Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2010, p. 387.

([73]) Perfilho ainda da posição sufragada por Jorge Morais Carvalho que, por sua vez, afirma que, "*na falta de outros critérios, podem ser aplicadas as normas do CC que regulam a redução do preço no caso de venda que fica limitada a parte do seu objeto (art. 884.º), de venda de bens onerados (art. 911.º) e de empreitada defeituosa (art. 1222.º)*", *in Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 337; Foi decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no âmbito de uma empreitada, que "*a redução do preço deverá ser proporcional à diminuição do valor da obra, a encontrar numa ponderação entre o valor acordado entre as partes, o valor objetivo da obra com defeitos e o valor ideal da obra à data da sua aceitação*", *in* Acórdão do TRL, de 24.02.2015, Processo n.º 735/ /11.2TBFND.C1, Relatora: Maria João Areias.

([74]) A fungibilidade decorre do que for acordado entre as partes. Jorge Morais Carvalho dá o exemplo de que "*o Guernica é infungível, mas se para as partes o acordo incidir sobre um quadro de Pablo Picasso então já será fungível, podendo ser substituído por outro quadro*", *in Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, pp. 326 e 327. Pedro Pais de Vasconcelos sustenta que "*a fungibilidade das coisas tem o sentido jurídico de substituibilidade. As coisas fungíveis, quando são objeto de relações ou de negócios jurídicos, podem ser substituídas, não sendo verdadeiramente importante a sua identidade concreta*", *in Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, 2012, p. 227; Sobre a origem do conceito de "fungibilidade" *vide* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Parte Geral — Coisas, 3.ª ed., Almedina, 2013, pp. 207 a 211.

([75]) Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), 3 de outubro de 2013, Processo n.º C-32/12, *Soledad Duarte Hueros contra Autociba SA, Automóviles Citroën España SA.*

intentou uma ação judicial contra o vendedor e o fabricante exigindo a resolução do contrato. O tribunal de primeira instância de Badajoz salientou, no entanto, que, sendo insignificante o defeito que deu origem ao litígio que lhe foi submetido, acabou por improceder o pedido de resolução do contrato de compra e venda, nos termos do art. 3.º, n.º 6, da Diretiva 1999/44/CE. Neste contexto, embora o consumidor tivesse direito a uma redução do preço de aquisição, com base no art. 3.º, n.º 5, da referida Diretiva, o órgão jurisdicional de reenvio declarou, todavia, que essa solução não podia ser acolhida devido às regras processuais internas, designadamente, o art. 218.º , n.º 1, do Código de Processo Civil Espanhol, relativo ao princípio da congruência entre o requerido pelas partes e o pronunciado pelos tribunais, uma vez que nenhum pedido tinha sido formulado nesse sentido pelo consumidor, quer a título principal, quer a título subsidiário. Nestas condições, tendo dúvidas relativamente à compatibilidade do direito espanhol com os princípios decorrentes da Diretiva 1999/ /44/CE, o tribunal de primeira instância de Badajoz decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial(76). O TJUE pronunciou-se no sentido de que se opunha à regulamentação de um Estado-Membro, como a que estava em causa no processo principal, que: *"quando um consumidor com direito a uma redução adequada do preço de um bem estipulado no contrato de compra e venda se limita a pedir judicialmente apenas a rescisão desse contrato, quando esta não pode ser obtida devido ao caráter insignificante da falta de conformidade desse bem, não permite ao juiz nacional incumbido de apreciar o litígio conceder oficiosamente essa redução, e isto não obstante o referido consumidor não estar autorizado a precisar o seu pedido inicial nem a intentar nova ação para esse efeito*"(77). O legislador português não transpôs a solução da Diretiva 1999/44/CE, que veda ao consumidor a possibilidade de optar pela resolução do contrato quando a falta de conformidade seja insignificante (art. 3.º, n.º 6 da Diretiva 1999/44/CE)(78).

---

(76) A questão formulada era a seguinte: "*No caso de um consumidor, não tendo obtido a reposição do bem em conformidade porque, embora a tenha pedido de forma reiterada, a reparação não foi levada a cabo, pedir judicialmente com caráter exclusivo a resolução do contrato e esta não for procedente por se estar perante uma falta de conformidade insignificante, pode o tribunal conceder oficiosamente ao consumidor uma redução adequada do preço?*".

(77) Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Primeira Secção), 3 de outubro de 2013, Processo n.º C-32/12, *Soledad Duarte Hueros contra Autociba SA, Automóviles Citroën España SA.*

(78) Acórdão do TRC, 18.01.2011, Processo n.º 2129/03.4TBVIS.C1, Relator: Pedro Martins; Acórdão do TRL, de 12.04.2011, Processo n.º 391/09.8YXLSB.L1-1, Relator: Pedro Brighton; Acórdão do TRL, de 14.02.2012, Processo n.º 111/08.4TBMTA.L1-1, Relatora: Teresa Henriques; Acórdão do TRP, de 15.09.2011, Processo n.º 7679/08.3TBMTS.P1, Relator: Teles de Menezes.

Destaca-se o segundo parágrafo do n.º 5 do art. 14.º da Diretiva 2019/ /770, que dispõe que, se o contrato estipular que os conteúdos ou serviços digitais são fornecidos durante um determinado período em troca de um pagamento de um preço, ou seja, nos casos de fornecimento contínuo, ou em que esteja em causa uma série de atos individuais, não se esgotando o contrato num ato único, a redução no preço deve aplicar-se ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais não estiverem em conformidade.

Pense-se no exemplo em que um consumidor subscreveu um serviço de *streaming* durante um mês. Durante os primeiros 15 dias, os serviços foram conformes o contratualizado, no entanto, nos últimos 15 dias existiu uma desconformidade da prestação do serviço. Ora, visto que o pagamento ocorreu logo na data da subscrição, a solução mais adequada seria que o profissional reembolsasse o consumidor em metade do valor pago, ocorrendo assim uma redução proporcional do preço.

Deve ressalvar-se que o direito de redução do preço é um meio de ressarcimento que pode ser utilizado mais do que uma vez, caso ocorram outras faltas de conformidade([79]).

5. A resolução do contrato

A resolução([80]), independentemente dos seus motivos ou fundamentos, implica a destruição dos efeitos contratuais entre as partes. Segundo o art. 434.º, n.º 1 do Código Civil, "*a resolução tem efeito retroactivo, salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução*".

O legislador português decidiu não transpor para o nosso ordenamento jurídico o art. 3.º, n.º 5 da Diretiva 1999/44/CE, que faz depender a resolução do contrato do facto de o consumidor não ter direito à reparação

---

([79]) Armando Braga, *A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil — A Venda de Bens de Consumo, Vida Económica*, 2005, pp. 70 e 71; Jorge Morais Carvalho, "Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo", Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, p. 532.

([80]) Segundo Luís Menezes Leitão, a resolução consubstancia a "*extinção da relação contratual por declaração unilateral de um dos contraentes baseada num fundamento ocorrido posteriormente à celebração do contrato", in Direito das Obrigações*, Vol. II, 7.ª ed., Almedina, 2010, pp. 99 e ss.; Sobre o direito à resolução no ordenamento jurídico português vide Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5.ª ed., Almedina, 1991, pp. 248-253; Fernando Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1976, pp. 195-199; Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2002, pp. 355, ss.

ou substituição do bem em desconformidade. Uma outra norma que não foi transposta para o ordenamento jurídico português consiste no art. 3.º, n.º 6 da Diretiva 1999/44/CE, que dispõe que o consumidor não tem direito à resolução do contrato se a falta de conformidade for insignificante. O legislador português socorreu-se do facto de a Diretiva 1999/44/ /CE ser de harmonização mínima para não transpor estas disposições. As novas Diretivas são, por sua vez, de harmonização máxima, o que significa que o legislador português não pode introduzir regras mais rigorosas ou mais flexíveis do que as estabelecidas nas próprias Diretiva, exceto nos casos expressamente previstos.

O art. 13.º, n.º 5 da Diretiva 2019/771 destaca que o consumidor não tem o direito à resolução do contrato se a falta de conformidade for de escassa importância([81]/[82]), sob pena de o consumidor atentar contra os limites impostos pela boa-fé, existindo assim um abuso de direito([83]). Esta norma visa proteger o vendedor de um eventual uso abusivo do exercício de um direito por parte do consumidor. Por exemplo, se um consumidor adquire uma camisola de algodão e esta tem uma linha descosida, não afetando o normal destino que o consumidor lhe pretenda dar, este não pode exigir ao vendedor a resolução do contrato pois trata-se de um meio de ressarcimento excessivo quando a desconformidade do bem pode ser reposta através de uma simples costura (reparação) ou até pela substituição da peça de vestuário. Se o vendedor não quiser reparar ou substituir o bem desconforme, o consumidor tem o direito de exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, nos termos do art. 13.º, n.º 4, alínea *d*) da Diretiva 2019/771. Importa notar que o ónus da prova de que a falta de conformidade é menor recai sobre o vendedor e não sobre o comprador([84]).

([81]) Semelhante solução já constava do art. 3.º, n.º 6 da Diretiva 1999/44/CE.

([82]) Como refere Paulo Mota Pinto, a "*falta de conformidade insignificante (...) inculca uma sua consideração não meramente objectiva, mas também subjectiva (...) tendo em conta predominantemente o significado para o comprador, mas permitindo considerar igualmente a perspectiva do vendedor, (pois é justamente o interesse deste que se visa tutelar com a exclusão, nestes casos, do direito de rescisão)", in* "Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português", *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, 2000, p. 267; Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 335; João Calvão da Silva, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, 2010, p. 109.

([83]) No caso do direito português estaria em causa a violação do art. 334.º do CC. Foi decidido pelo TRL que "*o consumidor não terá direito à rescisão do contrato se a falta de conformidade for insignificante (n.º 6 do art. 3.º da Diretiva), regra esta que resultaria já dos princípios gerais do direito (nomeadamente, da boa fé) e da proibição do abuso de direito (art. 334.º do Código Civil e n.º 5 do art. 4.º do DL 67/2003)*", *in* Acórdão do TRL, de 31.05.2007, Processo n.º 3862/2007-6, Relatora: Granja da Fonseca.

([84]) Acórdão do TRL, de 18.11.2010, Processo n.º 791/08.0TBVFX.L1-8, Relatora: Catarina Arêlo Manso.

Cabe fazer uma nota terminológica relevante neste ponto. O n.º 1 do art. 13.º utiliza um termo que julgamos incorreto que é a "*rescisão*" do contrato. Onde se lê "*rescisão*" deve ler-se "*resolução*". A rescisão é geralmente utilizada em contexto de Direito Laboral([85]). Por sua vez, a resolução do contrato tem como fundamento a desconformidade do bem com o contrato (mas não só), sendo relevante o incumprimento da obrigação por parte do vendedor.

Observando o n.º 1 do art. 16.º da Diretiva 2019/771, podemos constatar que o consumidor exerce o direito à resolução do contrato através da comunicação da sua pretensão ao vendedor. No caso da lei portuguesa, a resolução do contrato opera mediante declaração à outra parte, nos termos e para os efeitos do art. 436.º, n.º 1 do Código Civil.

Contudo, pode acontecer que o consumidor queira exercer o seu direito à resolução do contrato apenas relativamente a uma parte dos bens entregues, nos termos do n.º 2 do art. 16.º da Diretiva 2019/771([86]). Ou seja, neste caso, estamos perante situações em que ocorre uma desconformidade parcial e a regra geral é que o consumidor pode resolver o contrato na totalidade. Aqui, o problema coloca-se relativamente aos efeitos do contrato, visto que a resolução implica a destruição dos efeitos contratuais.

Cumpre referir que existe um lapso na tradução da Diretiva 2019/771 para a língua portuguesa. O art. 16.º, n.º 2 alude ao art. 9.º da Diretiva. Está incorreto. Noutras traduções, a norma refere-se ao art. 13.º e não ao art. 9.º. Trata-se de um mero lapso de escrita. No entanto, propomos a seguinte redação: "*sempre que a falta de conformidade diga respeito a apenas uma parte dos bens entregues no âmbito do contrato de compra e venda e não exista fundamento para a resolução do contrato de compra e venda nos termos do art. 13.º, o consumidor pode resolver o contrato de compra e venda apenas em relação a esses bens e em relação a quaisquer outros bens que o consumidor adquiriu juntamente com os bens não conforme se não se puder razoavelmente esperar do consumidor que aceite ficar ape-*

([85]) Tal como já se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto, "*rescisão é a destruição dos efeitos de um acto jurídico por iniciativa de um dos seus autores, com base em fundamento objetivo que lhe outorga esse direito, condicionado à ocorrência de justa causa*", Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25.01.2005, Processo n.º 0425712, Relator: Alziro Cardoso.

([86]) O considerando (58) da Diretiva 2019/771, servindo como auxiliar da norma, dispõe que: "*a fim de tornar o direito de rescisão eficaz para os consumidores, nos casos em que o consumidor adquire vários bens e a falta de conformidade afeta apenas alguns dos bens entregues ao abrigo do contrato, o consumidor deverá ter o direito de rescindir o contrato também em relação aos restantes bens adquiridos juntamente com os bens não conformes, mesmo que esses bens estejam em conformidade com o contrato, caso não seja razoável esperar que o consumidor aceite manter apenas os bens conformes*".

nas com os bens conformes". Pense-se no caso em que um consumidor decide adquirir 10 telemóveis para oferecer no Natal a familiares. Imagine-se que 2 deles encontram-se com avarias e que a reparação e a substituição se afiguram impossíveis. Defende-se que o consumidor tem o direito, tanto à resolução parcial, ou seja, somente em relação aos 2 telemóveis, como à resolução do contrato que engloba os 10 telemóveis. Esta parece ser a leitura correta tendo em conta a segunda parte do art. 16.º, n.º 2 da Diretiva 2019/771. No entanto, apesar de esta ser a solução que defendo, não deixo de sublinhar o que já foi dito. A figura da resolução parcial acaba por ser semelhante à figura da redução proporcional do preço.

O n.º 3 do art. 16.º da Diretiva 2019/771 deve ser interpretado com o auxílio do disposto no considerando (59), que regula os efeitos da resolução do contrato. Se o consumidor resolver o contrato, seja de forma total ou parcial, deve devolver os bens ao vendedor a expensas deste último, e o vendedor deve ainda reembolsar o consumidor do preço pago pelos bens após a receção destes ou da prova do seu envio apresentada pelo consumidor.

Cabe referir que, nos termos do art. 16.º, n.º 3 da Diretiva 2019/771, o legislador europeu remete para a legislação dos Estados-Membros a questão da determinação da devolução e do reembolso. A Diretiva não afeta a faculdade de os Estados-Membros regularem as consequências da resolução para além das que lá estão previstas, tais como as consequências da diminuição do valor dos bens ou da sua destruição ou perda([87]). Os Estados-Membros estão ainda igualmente autorizados a regular as modalidades de reembolso do preço ao consumidor, como por exemplo: as relacionadas com os meios utilizados para esse reembolso ou com eventuais custos e encargos incorridos.

Já relativamente ao direito da resolução contratual no âmbito da Diretiva 2019/770, é relevante a disposição do n.º 1 do art. 16.º, que dispõe que, em caso de resolução do contrato, o profissional deve reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos no âmbito do contrato. Cabe afirmar que, nos casos em que o contrato estipular o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em troca do pagamento de um preço e durante um determinado período, ou seja, nas situações em que existir um contrato de fornecimento contínuo ou ocorram uma série de atos individuais, e os conteúdos ou serviços digitais tiverem estado em conformidade durante um período anterior à resolução do contrato, o profissional deve reembolsar

([87]) *Vide* considerando (60) da Diretiva 2019/771.

apenas na parte proporcional do preço pago correspondente ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais não estiverem em conformidade.

Por fim, salienta-se um problema que pode ser colocado no âmbito do n.º 4 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, que consiste no exercício do direito se a coisa tiver perecido ou se deteriorado por motivo não imputável ao consumidor. O momento da perda ou deterioração é muito relevante para a solução em concreto. Durante o período após a denúncia da desconformidade e o momento anterior à reparação, se a coisa se deteriorar ou perecer, defendo que o consumidor tem o direito à resolução do contrato([88]). Sucede que a falta de conformidade do bem pode também ser a causa da deterioração ou do perecimento do bem([89]).

Segundo parte da doutrina, o art. 4.º, n.º 4 do diploma afasta a aplicação do art. 432.º, n.º 2, do CC, pois só assim é possível o exercício do direito à resolução, mesmo que o bem tenha perecido por um motivo não imputável ao vendedor([90]). Algumas vozes da doutrina defendem ainda que a referência à imputabilidade do evento é desnecessária na medida em que somente existe a dúvida quando o evento não é imputável a nenhuma das partes([91]). Se, mesmo que a desconformidade seja imputável ao vende-

---

([88]) Segundo Jorge Morais Carvalho, "*esta é também a solução resultante das regras gerais do Código Civil, bem interpretadas, mas apenas no caso de o direito de resolução já ter sido exercido e o perecimento ou deterioração da coisa ocorrer entre o exercício do direito e a devolução das prestações. Com efeito, o art. 433.º remete, no que respeita aos efeitos da resolução entre as partes, para o regime da nulidade e da anulabilidade. Por sua vez, o n.º 3 do art. 289.º determina a aplicabilidade, "diretamente ou por analogia", do disposto nos arts. 1269.º e seguintes. Ora, o art. 1269.º estabelece que "o possuidor de boa fé só responde pela perda ou deterioração da coisa se tiver procedido com culpa*", *in* "Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo", Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, p. 530. Ainda sobre o tema: Acórdão do TRG, de 17.02.2019, Processo n.º 201/15.7T8BAO.G1, Relator: Alcides Rodrigues.

([89]) Como fora decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa : "*o acidente foi causado por falta de pressão do óleo devida a desaperto do tubo de óleo do travão, nada impede que o reclamante possa exercer o direito de resolução do contrato, não obstante a viatura se haver deteriorado acentuadamente, uma vez que o condutor em nada contribuiu para essa deterioração, como atrás se referiu (art. 4.º, n.º 4 do DL 67/2003)*". Acórdão do TRL, de 31.05.2007, Processo n.º 3862/2007-6, Relator: Granja da Fonseca.

([90]) Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, pp. 335 e 336; João Calvão da Silva, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 110.

([91]) Jorge Morais Carvalho, "Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo", Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, p. 529; João Calvão da Silva, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 110; Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 994.

dor, o consumidor tiver agravado o resultado, defendo que a solução tem de ser equitativa para ambas as partes, devendo-se apurar qual dos comportamentos surtiu um maior efeito, respondendo numa maior proporção aquele que tenha contribuído para a maior concretização do problema, o que não invalida o exercício do direito à resolução, mas limita-o.

Por fim, releva-se o facto de que é deixado aos Estados-Membros, nos termos do art. 13.º, n.º 7 da Diretiva 2019/771, a possibilidade de estes regularem a questão de saber se, nos casos em que o consumidor contribui para a falta de conformidade, este mantém ou não os seus direitos aos meios de ressarcimento nos casos de falta de conformidade do bem.

6. Outras situações jurídicas

6.1. *A exceção de não cumprimento*

O art. 13.º, n.º 6 da Diretiva 2019/771 consagra a exceção de não cumprimento([92]). Dispõe a referida norma: "*O consumidor tem o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ou de parte do preço até que o vendedor tenha cumprido as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva. Os Estados-Membros podem determinar as condições e modalidades em que o consumidor pode exercer o direito de recusar o pagamento*".

O consumidor tem assim o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ou de parte do preço até que tenha cumprido as obrigações que lhe incumbem por força da presente Diretiva. Os Estados-Membros podem determinar as condições e modalidades em que o consumidor pode exercer o direito de recusar o pagamento. Significa isto que o consumidor pode não pagar o preço, caso exista um sinalagma, enquanto não for cumprida a conformidade com o contrato. No direito português o regime da exceção de não cumprimento encontra-se prevista nos arts. 428.º a 431.º do Código Civil([93]). Para que a *exceptio* possa ser invo-

---

([92]) À luz do direito português a doutrina maioritária já se tinha mostrado favorável à possibilidade do recurso à figura da exceção de não cumprimento. Assim: Fernando de Gravato Morais, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, p. 144; Calvão da Silva, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 114; sobre a figura, em geral: José João Abrantes, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato*, Almedina, 2012, p. 80.

([93]) Reza o n.º 1 do art. 428.º do Código Civil (noção): "*Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de*

cada necessário é que a parte do preço, cujo pagamento se recusa, seja proporcional à desvalorização provocada pela existência do defeito, conforme o exige os ditames da boa fé no cumprimento das obrigações(94). Como refere Jorge Morais Carvalho, "*em termos processuais, trata-se de uma exceção perentória de direito material, pelo que tem de ser alegada pela parte (não sendo de conhecimento oficioso), ainda que não necessariamente de forma expressa*"(95).

6.2. *O direito à indemnização*

O consumidor tem o direito a ser indemnizado pelos danos causados pela entrega de um bem desconforme com o contrato, independentemente do modo de ressarcimento que exercer. Segundo o Tribunal da Relação de Lisboa, "*O referido direito do consumidor a ser indemnizado, nos termos gerais, pode ser exercido isoladamente ou em conjunto com qualquer dos outros "quatro direitos primários", de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e salvaguarda dos limites impostos pela proibição geral do abuso de direito*"(96).

Quanto ao direito à indemnização, os Estados-Membros gozam de uma ampla liberdade para regular esta matéria. Tal resulta expressamente do n.º 6 do art. 3.º da Diretiva 2019/771, onde se lê: "***a presente diretiva não afeta a faculdade de os Estados-Membros regularem os aspetos gerais do direito nacional dos contratos****, como as regras relativas à formação, à validade, à nulidade ou aos efeitos dos contratos, incluindo as consequências da rescisão de um contrato, na medida em que estes não sejam regulados pela presente diretiva,* ***nem o direito a indemnização***". A Diretiva 2019/770 contém exatamente a mesma norma, no seu art. 3.º, n.º 10. Perfilhamos a opinião de Jorge Morais Carvalho, na medida em que o considerando (61) da Diretiva 2019/771 vai mais longe, "*apontando no sentido de se tratar de um direito a indemnização pelo interesse contratual positivo*"(97).

---

recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo".

(94) João Cura Mariano, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, Almedina, 2004, p. 126. Neste sentido: Acórdão do STJ, de 8.06.2010, Processo n.º 135/07.9YIVNG.P1.S1, Relator: Oliveira Vasconcelos.

(95) Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 339.

(96) Acórdão do TRL, de 12.03.2009, Processo n.º 993/06-2, Relator: Ezagüy Martins.

(97) O Autor cita a parte do considerando (61) de onde resulta essa ideia, "*tal indemnização deverá repor a situação em que o consumidor se encontraria se o bem estivesse em conformidade*", *in*

No caso do direito nacional, apesar de o direito à indemnização não resultar expressamente do Decreto-Lei n.º 67/2003, o seu recurso é possível. Como já foi identificado pelo Tribunal da Relação do Porto, "*apesar do Decreto-Lei n.º 67/2003 não incluir no seu regime o direito de indemnização, isso não impede a sua utilização pelo adquirente consumidor, atenta a sua previsão no art. 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor*"([98]). E foi ainda decidido pelo Tribunal da Relação do Porto, no mesmo acórdão, que o direito de indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da alienação de coisas com defeitos, nas relações de consumo, continua a ter a sua previsão no art. 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, podendo ser livremente exercido pelo adquirente consumidor, tendo apenas os limites impostos pela figura geral do abuso de direito (art. 334.º do Código Civil), isto é, devendo o seu exercício respeitar, tal como qualquer outro direito, as exigências da boa fé, dos bons costumes e a sua finalidade económico-social.

Apesar de ser possível o recurso ao direito de indemnização por danos não patrimoniais, cabe referir que a extensão deste direito tem limites. O art. 496.º, n.º 1 do CC é claro nesse sentido: "*na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que,* ***pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito***". Como referem Pires de Lima e Antunes Varela, "*a gravidade do dano há-de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstancias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada*"([99]). Como não decorre da lei uma enumeração dos danos não patrimoniais que são suscetíveis de indemnização, caberá ao tribunal, em cada caso concreto, verificar se o dano é, ou não, merecedor de tutela jurídica. Desta forma, a mera contrariedade ou simples incómodo não é suficiente, pela sua gravidade, de justificar uma indemnização por danos não patrimoniais.

Para além do que foi dito, cabe referir que a privação do uso do bem é também indemnizável. Foi decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa que, "*com efeito, a maioria da doutrina e da jurisprudência mais recente inclina-se a aceitar a ressarcibilidade autónoma do dano de privação de uso*"([100]). No entanto, o Tribunal salienta que contra a admissibilidade da

---

Revista Eletrónica de Direito, Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Setembro de 2019, p. 84.

([98]) Acórdão do TRP, de 15.12.2016, Processo n.º 720/10.1TVPRT.P1, Relator: Cura Mariano.

([99]) Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Almedina, 2010, p. 499.

([100]) Acórdão do TRL, de 08.10.2009, Processo n.º 3359/07.5TBVD.L1-8, Relatora: Catarina

indemnização do dano da privação do uso invoca-se frequentemente a sua natureza abstrata, contraposta ao facto de a responsabilidade civil exigir a produção de um dano concreto cuja medida serve para quantificar a indemnização. Todavia, isso não significa que o chamado "dano de privação do uso" deva incluir-se na categoria do dano abstrato, sob pena de se afrontarem juízes assentes em padrões de normalidade. Desta forma, concordamos com a posição sustentada pelo Tribunal da Relação de Lisboa que concluiu que "*se a privação do uso do bem durante um determinado período origina a perda das utilidades que o mesmo era suscetível de proporcionar e se tal perda não pode ser reparada mediante a forma natural de reconstituição, impõe-se que o responsável compense o lesado na medida equivalente*"([101]). De forma a ser ressarcido, o consumidor deverá provar o dano e o nexo de causalidade entre este e a falta de conformidade([102]).

Deste modo, recorrendo ao direito nacional, estatui o art. 12.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96 de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor) que, o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos.

Nos termos do n.º 2, o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que este coloque no mercado. Em complemento com o que foi dito, temos de fazer uma referência ao regime da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, previsto pelo Decreto-Lei n.º 383/89 de 06 de novembro. Nos termos do art. 8.º do citado Decreto-Lei só são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino. O direito de indemnização caduca no prazo de 10 anos sobre a data em que o produtor pôs em circulação o produto causador do dano.

Nos casos em que o vendedor não seja o produtor (como na maioria dos casos), e este causar um dano, existe uma obrigação de indemnizar, nos termos do art. 562.º do Código Civil([103]), cuja culpa é presumível nos

---

Arêlo Manso. Neste sentido: Abrantes Geraldes, *Temas da Responsabilidade Civil — Indemnização do Dano da Privação do Uso*, 3.ª ed., Almedina, 2007.

([101]) Acórdão do TRL, de 08.10.2009, Processo n.º 3359/07.5TBVD.L1-8, Relatora: Catarina Arêlo Manso.

([102]) Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 342.

([103]) Dispõe o art. 562.º do Código Civil (princípio geral): "*Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*".

termos do art. 799.º do mesmo código. Segundo o art. 799.º do Código Civil (presunção de culpa e apreciação desta): "*1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil*". Desta forma, o consumidor apenas tem provar a desconformidade do bem, o dano e o nexo de causalidade([104]).

Aplica-se neste caso o art. 498.º, n.º 1 do Código Civil que prevê um prazo de três anos para a prescrição do direito de indemnização. Dispõe o n.º 1 do art. 498.º do Código Civil: "*o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso*".

7. Conclusão

Através do nosso estudo verificou-se que ambas as novas Diretivas europeias, tanto a Diretiva 2019/770 como a 2019/771 estabelecem uma hierarquia de direitos, seguindo-se o mesmo pensamento que o legislador europeu aquando da Diretiva 1999/44/CE. A diferença entre ambas é que as novas Diretivas são de harmonização máxima, contrariamente à Diretiva 1999/44/CE, que era de harmonização mínima. Significa isto que o legislador de cada Estado-Membro não terá o poder de divergir das normas europeias, mesmo que em benefício dos consumidores. Este era o caso do direito português que não estabelecia uma hierarquia no que concerne aos direitos do consumidor. Assim, após a transposição das Diretivas 2019/770 e 2019/771, que ocorrerá até ao dia 1 de julho de 2021, estando o início da sua vigência marcado para o dia 1 de janeiro de 2022, o consumidor gozará de uma proteção inferior aquela que consta do Decreto-Lei n.º 67/ /2003, pois neste diploma o consumidor pode exercer qualquer um dos direitos, desde que tal não seja impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.

Concluímos também que um traço que separa a Diretiva 2019/771 e a Diretiva 2019/770, é que esta última não acolhe, de forma expressa, a reparação e a substituição como uma das formas de reposição da confor-

---

([104]) Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, 2020, p. 340.

midade dos conteúdos ou serviços digitais com o contrato. Defendo, pelas razões expostas nesta investigação que a substituição não é possível à luz da Diretiva 2019/770, mas a reparação é um meio válido para a reposição da conformidade. Nos termos da Diretiva 2019/771, a reparação e a substituição tornam-se no primeiro meio de ressarcimento em caso de falta de conformidade, e só se estes direitos forem impossíveis de ser exercidos, é que o consumidor terá direito a exigir a redução do preço ou a resolução do contrato. Esta solução legal é a que melhor defende os interesses de ambas as partes, pois permite a reposição da conformidade do bem do consumidor e representará um meio, à partida, menos gravoso para o vendedor. Ou seja, o legislador europeu procura, respeitando o princípio do *favor negotii*, conservar ou aproveitar o negócio jurídico celebrado entre as partes em detrimento das figuras da redução do preço e da resolução do contrato, sendo que esta última leva à destruição dos efeitos jurídicos do contrato entre o consumidor e o vendedor.

Apesar de a lei não consagrar a solução, defendo que deve existir uma prevalência da reparação pela substituição do bem, pelas razões que enunciei ao longo da investigação. Quanto à solução plasmada na lei, não existindo hierarquia entre o direito à reparação e o direito à substituição do bem, na falta de escolha do consumidor, esta caberá ao vendedor. Além disso, o vendedor tem o direito de rejeitar a substituição do bem caso lhe imponha custos desproporcionais ou o valor da reparação for diminuto.

O "*prazo razoável*" é de grande importância na medida em que protege o consumidor de excessivas demoras na reparação ou substituição do bem e sendo este critério ultrapassado, permite ao consumidor exercer outros meios de ressarcimento. Salienta-se que o critério da natureza do bem é essencial para o apuramento do "*prazo razoável*" para a reparação ou substituição de um bem desconforme.

No que concerne ao local da reparação ou substituição do bem desconforme, defendo que cabe ao consumidor a entrega do bem ao vendedor, exceto se tal acarretar prejuízos ou se for muito exigente ao consumidor. Se assim for, caberá ao vendedor a recolha do bem, ou deverá este cobrir as despesas que o consumidor possa incorrer aquando do envio para a reparação ou substituição. O vendedor pode ainda substituir-se por um terceiro para efetuar a reposição da conformidade de um bem, não deixando, no entanto, de ser responsável perante o consumidor caso a reparação ou a substituição não sejam suficientes para repor a conformidade do bem. Por fim, em relação a estes dois direitos, concluímos que o consumidor não é obrigado a pagar pela utilização normal dos bens substituídos durante o período anterior à sua substituição.

No caso da redução do preço defendo que o critério a adoptar deverá ser o da desvalorização que o bem possa sofrer, devendo-se aferir qual a percentagem de desvalorização em causa. No âmbito da Diretiva 2019/ /770, se estivermos perante casos de fornecimento continuo ou de uma série de atos individuais, a redução do preço deve aplicar-se ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais não estiverem em conformidade.

Em relação ao direito à resolução do contrato tem de se referir que este implica a destruição dos efeitos contratuais entre as partes. Este direito, nos termos das novas Diretivas europeias só pode ser exercido caso não seja possível efetuar a reposição da conformidade do bem em questão, nos termos do n.º 4 do art. 13.º da Diretiva 2019/771 e do n.º 3 do art. 14.º da Diretiva 2019/770. Esta norma é também aplicável à figura da redução do preço. O consumidor não tem, contudo, o direito à resolução do contrato, se a falta de conformidade for de escassa importância, sob pena de o consumidor atentar contra os limites impostos pela boa-fé.

Em suma, com a transposição das novas Diretivas europeias, o consumidor passa a estar menos protegido face à imposição por parte da União Europeia em garantir a existência de uma hierarquia em relação aos meios de ressarcimento em caso de desconformidade.

Resumo

A Diretiva 2019/770, relativa aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, e a Diretiva 2019/771, relativa aos contratos de compra e venda de bens, constituem um marco no direito europeu dos contratos de consumo. O presente artigo realiza uma análise das vias possíveis de transposição para a ordem jurídica interna e assinala os aspetos em que o direito português terá de ser alterado, em alguns casos diminuindo o nível de proteção do consumidor.

DA (IN)ADMISSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO UNILATERAL DA VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS([1])

Algumas reflexões([2])

Pelo Dr. Duarte Valido Viegas([3/4])

Sumário:

1. Razão de ordem. 2. Da modificação do contrato. 2.1. Enquadramento. **3. Da prorrogação enquanto ato administrativo modificador do contrato. 4. Possíveis argumentos inquinadores da admissibilidade da prorrogação unilateral. 4.1.** (Potencial) violação do princípio da concorrência. *4.1.1.* (Putativo) "dever" de inscrever a prorrogação no contrato **4.2.** Eventual violação do direito de iniciativa económica privada. **4.3.** Não configuração da prorrogação unilateral como uma modificação do conteúdo do contrato. **4.4.** Previsão de prorrogação, no CCP, para situações específicas. **5. Sinopse conclusiva. 6. Abreviaturas. 7. Jurisprudência. 8. Referências bibliográficas.**

([1]) Não obstante poderem ser celebrados exclusivamente entre sujeitos de direito privado ou entre sujeitos de direito público (contratos interadministrativos), subjacente ao presente escrito estarão os contratos administrativos firmados entre, pelo menos, uma entidade de direito público e uma entidade de direito privado.

([2]) O presente estudo consubstancia uma versão densificada do trabalho apresentado, em 2022, no curso de pós-graduação em Direito e Prática da Contratação Pública, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

([3]) Advogado e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

([4]) As posições manifestadas no presente artigo são estritamente pessoais, não vinculando nem representando qualquer entidade com que o autor tem vindo a colaborar.

1. Razão de ordem

A questão de saber se o contraente público pode, ao abrigo dos seus poderes de conformação contratual, prorrogar a vigência de um contrato administrativo(5) na ausência de clausulado para o efeito, tem sido objeto de reduzida densificação(6).

O tema tem, contudo, relevância dogmática e, sobretudo, prática: se, por um lado, custa não reconhecer (pelo menos à luz de um juízo perfunctório) que a prorrogação unilateral bule, entre outros, com o princípio da concorrência(7)(8), por outro, tendo presente que o contrato administrativo é dirigido à prossecução do interesse público(9) e que, por vezes, por vicissitudes várias, esse interesse pode ser ofendido, parece precipitado — senão mesmo *contra legem*(10) — excluí-la do núcleo de hipóteses suscetíveis de modificação unilateral(11).

Com efeito, é consabido que os contratos administrativos são modelados por um regime distinto daquele que enforma os contratos privados: se quanto a estes a modificação somente pode ocorrer por acordo das partes(12), já quanto aos primeiros o contraente público pode, sob determinados fundamentos(13) e

---

(5) Socorremo-nos da definição de contrato administrativo avançada por Diogo Freitas do Amaral, que encontra respaldo legal no art. 280.º, n.º 1 do CCP, segundo a qual "são contratos administrativos todos os contratos que, à luz do direito administrativo, criem, modifiquem ou extingam relações jurídico-administrativas", *in Curso de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Almedina, 2020, p. 449.

(6) Referimo-nos à prorrogação unilateral e não já à modificação unilateral do contrato, esta, sim, glosada na literatura jurídica e na jurisprudência. Não obstante considerarmos que a prorrogação unilateral da vigência do contrato configura um ato administrativo subsumível na alínea *c*) do n.º 1 do art. 311.º do CCP [e na alínea *c*) do art. 312.º], o núcleo de situações subsumíveis nas sobreditas normas transcende naturalmente as hipóteses de prorrogação unilateral.

(7) Art. 1.º-A, n.º 1, 2.ª parte e, mais detidamente, art. 313.º, n.º 2 do CCP.

(8) E, bem assim, com os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da tutela de confiança.

(9) Pelo menos, a título principal.

(10) É que, sendo o Direito Administrativo primordialmente dirigido à prossecução do interesse público, poderia dar-se o caso de se supor que, sempre que tal interesse se encontrasse na iminência de ser postergado e a prorrogação unilateral do contrato se afigurasse como meio único de o evitar, o órgão administrativo não só teria o poder, como o dever de prorrogar o contrato, ao abrigo do disposto no art. 4.º do CPA e no art. 266.º, n.º 1 da CRP. Num diferente ângulo, poderia aduzir-se que a exclusão da prorrogação unilateral do âmbito do art. 302, alínea *c*) do CCP contraria a sua letra, não respeitando *ao conteúdo* [nem] *ao modo de execução das prestações previstas no contrato*.

(11) Arts. 302.º, alínea *c*), 311.º, n.º 1, alínea *c*) e 312, alínea *c*) do CCP.

(12) Dispõe, *expressis verbis*, o art. 406.º do CC: [o] *contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei*.

(13) Alínea *a*) do n.º 1 do art. 152.º e n.º 1 do art. 153.º do CPA.

conquanto respeite certos limites ([14]), modificá-los sem necessidade de consentimento do cocontratante([15]).

Isto porque, conforme bem aduz Pedro Costa Gonçalves, a "relação contratual administrativa [é] marcad[a] pela desigualdade entre as partes, pressupondo encontrar-se uma delas em posição de, autoritariamente, impor certos tipos de modificação do contrato, ou até mesmo determinar a resolução do mesmo"([16]).

Bem sabendo que o tema da prorrogação da vigência do contrato administrativo pode ser abordado sob diversos ângulos([17]), interessa-nos nesta sede aquilatar, por um lado, da (im)possibilidade de o contraente público promover uma prorrogação carecedora de expressa previsão na lei e no contrato e, por outro, concluindo-se que é possível, dos termos e dos fundamentos em que o pode fazer([18]).

2. Da modificação do contrato

2.1. Enquadramento

Dispõe o art. 302.º, alínea *c*) do CCP([19]), na sua redação atual, que, "[s]alvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei", pode o contraente público, nos termos previstos no contrato e no CCP, [m]*odificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código*.

Por sua vez, o art. 311.º estabelece que a modificação do contrato pode ocorrer em três ocasiões, a saber: (*i*) por acordo entre as partes, cuja

---

([14]) Arts. 312.º e 313.º do CCP.

([15]) Cf. Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, 8.ª ed., Almedina, 2019, p. 637.

([16]) *In Direito dos Contratos Públicos*, 1.ª ed., Almedina, 2015, p. 524.

([17]) Distinta da prorrogação unilateral que aqui cuidamos de analisar, é a prorrogação — expressamente prevista no CCP — do contrato de concessão de obras públicas e do contrato de concessão de serviços públicos quando haja lugar à execução de trabalhos complementares (arts. 373.º, n.º 1, alínea *a*), 374.º e 454.º, n.º 6).

([18]) Neste contexto, a primeira questão que nos cumprirá avaliar, ainda que em abstrato, consiste em saber se a prorrogação unilateral do contrato pode, ou não, configurar-se como um ato administrativo subsumível na alínea *c*) do n.º 1 do art. 311.º e, concomitantemente, na alínea *c*) do art. 312.º.

([19]) Todas as referências, no presente escrito, a artigos sem identificação do respetivo diploma legal reportar-se-ão ao CCP.

forma não pode ser menos solene do que a do contrato [alínea *a*) do n.º 1]; (*ii*) através de decisão judicial ou arbitral, desde que a modificação não *interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo* ou não *implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa* [alínea *b*) do n.º 1]; e (*iii*) por [a]*to administrativo do contraente público* nas hipóteses compreendidas na alínea *c*) do art. 312.º([20]).

Por seu turno, o art. 312.º, alínea *c*) determina que a prorrogação pode ter como fundamento [r]*azões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*.

Ante omnia, importa assinalar que a atual redação do art. 311.º traduz o resultado das alterações instituídas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio. Estas alterações foram justificadas pelo legislador, em sede preambular, nos seguintes moldes:

> *No que concerne ao título i da parte iii do Código («Contratos administrativos em geral»), a primeira nota vai para a preocupação de preservação do quid specificum dos contratos administrativos, perceptível através dos seguintes aspectos:* (*i*) *recorrente apelo aos imperativos de interesse público (por exemplo, na modificação e resolução contratuais);* (*ii*) *manutenção de importantes poderes do contraente público durante a fase de execução do contrato administrativo;* (*iii*) *criação de figuras como a da partilha de benefícios;* (*iv*) *criação de regras especiais para as situações de incumprimento do contraente público;* (*v*) *introdução de normas que versam, directa ou indirectamente, a repartição de risco entre as partes contratantes*.

([20]) Afigura-se-nos ser este, em rigor, o único inciso constante do CCP que permite consubstanciar juridicamente o poder de modificação unilateral do contrato. Defendendo, porém, um escopo de intervenção mais lato do poder de modificação unilateral, Alexandra Leitão aduz que o mesmo pode ser exercido "na sequência de uma alteração das circunstâncias, desde que esta ponha em causa a aptidão do contrato para prosseguir o interesse público subjacente à sua celebração", porquanto "[m]al se compreenderia que o contraente público tivesse o poder de modificar unilateralmente o contrato apenas por fazer uma nova ponderação do interesse público e não o pudesse fazer na eventualidade de sobrevir uma alteração das circunstâncias que tornasse necessária uma modificação do contrato por forma a permitir que este continuasse a prosseguir satisfatoriamente o interesse público", *in Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, que pode ser consultado aqui: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf>. Em idêntico sentido, *vide*, ainda, Lopes, Licínio, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a Reposição do Equilíbrio Económico-financeiro do Contrato e a Determinação dos Danos, in Estudos de Contratação Pública — III*, Coimbra, 2010, p. 367 e Martins, Ana Gouveia, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010, p. 66. Dissonantemente, *vide* Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa, 2010, pp. 420-421, e Almeida, Mário Aroso de, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010, p. 832.

Pese embora ancorada na — compreensível — necessidade de reforçar o princípio da prossecução do interesse público no domínio jus-administrativo, a verdade é que, quando aferida a respeito da alínea *b*) do n.º 1 do art. 311.º do CCP, esta opção legiferante seria dispensável. Com efeito, desde há muito que a comunidade jurídica em geral (*verbi gratia*, a jurisprudência) reconhece a existência de uma margem de livre apreciação dos órgãos administrativos [ressalvadas naturalmente as hipóteses de erro de facto palmar e/ou de violações grosseiras dos princípios que parametrizam o exercício da atividade administrativa, em que os tribunais podem — e devem — intervir([21])]. Por outro lado, a proibição de *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa* pelos tribunais está, também desde há muito, cristalizada no art. 71.º, n.º 2 do CPTA([22]).

Assim, a introdução de segmento com as mencionadas alusões na alínea *b*) do n.º 1 do art. 311.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP afigura-se-nos tautológica.

Já no que respeita à revogação do n.º 2 do art. 311.º, esta parece-nos ter sido uma opção acertada. De facto, em face do disposto na alínea *c*) do art. 312.º, a antedita norma revelava-se redundante([23]). Tendo sido conservada a qualificação da modificação unilateral do contrato como ato administrativo e eliminadas as iterações que constavam de dois preceitos distintos, a atual alínea *c*) do art. 312.º, que agora os congrega, é, de facto, mais clara.

Aqui chegados, e atentando uma vez mais ao teor do art. 311.º, releva ter presente que, não obstante poder emergir de diversas *fontes*, o poder de modificação do contrato não é absoluto; pelo contrário. Por um lado, o seu exercício apenas pode incidir sobre cláusulas relativas *ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato* [alínea *c*) do art. 302.º], por outro, ele tem de respeitar os limites constantes do art. 313.º([24]).

Do que antecede resulta, pois, ao contrário do que uma leitura perfunctória dos arts. 311.º, n.º 1, alínea *c*) e 312.º, alínea *c*) poderia induzir, que o legislador *condicionou* o exercício do poder de modificação unilateral pela Administração, não podendo esta, ainda que motivada por razões

---

([21]) Sobre o domínio de intervenção dos tribunais nos casos de discricionariedade *imprópria*, *vide*, a título de exemplo, Acórdãos do STA, Proc. n.º 0768/15, de 03.03.2016; do TCAS, Proc. n.º 2416/12.0BELSB, de 28.06.2018; e do TCAN, Proc. n.º 02138/07.4BEPRT, de 04.10.2017.

([22]) Que, por sua vez, consubstancia um corolário do princípio da separação de poderes vertido no art. 3.º, n.º 1 do CPTA e no art. 111.º da CRP.

([23]) Antes das alterações promovidas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o art. 311.º, n.º 2 dispunha: [o] *contrato pode ainda ser modificado por ato administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público*.

([24]) Sendo certo que qualquer modificação do contrato deve cumprir os limites ínsitos no art. 313.º, fazemos nesta sede referência à modificação unilateral do contrato pelo facto de a mesma constituir o objeto do nosso estudo.

de interesse público, exercê-lo caso resultem alterações substanciais do objeto do contrato ou violações da concorrência.

Numa palavra: nem mesmo a asserção — aliás, pacificamente aceite — de que o interesse público consubstancia a pedra angular do Direito Administrativo permite fundamentar a existência de um *ius variandi* absoluto.

Há, porém, quem entre nós defenda que não existem "limites absolutos à admissão da introdução de modificações ou de prorrogações", tudo dependendo de um exame, a efetuar discricionariamente pela Administração, do "ordenamento jurídico onde se cristaliza o interesse público e os restantes princípios que podem permitir essa alteração"([25]).

Há também quem, em sentido diverso — partindo da famigerada dicotomia entre cláusulas de natureza contratual e cláusulas de natureza regulamentar há muito glosada na literatura jurídica para justificar as fronteiras que o exercício do poder discricionário da Administração Pública não pode transpor([26]) —, entenda que o exercício do poder de modificação unilateral só "pode incidir sobre as cláusulas que determinam o conteúdo e o modo das prestações que o cocontratante se obrigou a realizar", não podendo postergar as cláusulas "que não interferem com o modo de realização do interesse Público"([27]).

Certo é, em qualquer caso, que a modificação do contrato confere ao cocontratante o direito à reposição do equilíbrio financeiro, nos termos do disposto no art. 282.º([28]) [aplicável *ex vi* art. 314.º, n.º 1, alínea *b*)]. A solução prevista neste inciso legal constitui, assim, uma forma de compensar ou, pelo menos, mitigar os impactos da modificação na esfera jurídica do cocontratante.

([25]) Cf. Freitas, Lourenço Vilhena de, *O poder de modificação unilateral dos contratos administrativos pela Administração*, AAFDL, Lisboa, 2007, p. 200, apesar de circunscrever o seu entendimento às hipóteses em que o contrato administrativo não foi antecedido de concurso público.

([26]) Mário Esteves de Oliveira define cláusulas regulamentares, como "aquelas que, embora incluídas no contrato, respeitam à exploração e utilização dos bens, obras ou serviços públicos, disciplinando o modo como eles devem ser organizados e prestados aos seus utentes" e cláusulas contratuais, como aquelas "que definem os direitos e deveres recíprocos dos co-contratantes, mas que não interferem com o modo de realização do interesse público", *in Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980, p. 701.

([27]) Cf. *idem*, *Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos, Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, AAFDL, 2019, p. 6. Em idêntico sentido, *vide* Oliveira, Rodrigo Esteves de, *Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público* (tese de doutoramento), Coimbra, 2016, p. 182.

([28]) Sobre o racional subjacente à reposição do equilíbrio financeiro, embora com referência às empreitadas de obras públicas, *vide*, a título de exemplo, Campos, Diogo Duarte; Brandão, Joana, *O Reequilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Empreitadas Decorrentes da Maior Permanência em Obra*, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.º 1-2 (Jan.-Jun. 2020), p. 96.

3. Da prorrogação enquanto ato administrativo modificador do contrato

Independentemente da sua *fonte*, a prorrogação da vigência do contrato configura de *jure condito*, conforme deixámos antever no capítulo introdutório deste escrito, um ato administrativo modificador do contrato([29/30]) praticado pelo contraente público no exercício da função administrativa do Estado (art. 311.º)([31]). Por esta razão, ela pode, à luz da disciplina consagrada no art. 311.º do CCP, emergir de diversas *fontes* (sendo a mais comum o acordo entre as partes).

Note-se que a equiparação da prorrogação a uma modificação objetiva do contrato é legalmente substanciada pelo próprio CCP, que, na única secção onde ela surge referenciada a despeito das empreitadas de obras públicas — Secção VI, sob a designação *Modificações objectivas* —, prevê a prorrogação do contrato quando haja lugar à realização de trabalhos complementares.

Sendo que no presente escrito cuidamos de analisar a prorrogação unilateral, uma derradeira nota deve ser feita para referir que, não obstante não se encontrar expressamente prevista no CCP, ela configura um ato administrativo — *impositivo* para o contraente privado — subsumível na alínea *c*) do n.º 1 do art. 311.º [bem como na alínea *c*) do art. 312.º]([32]), *id. est.* uma modificação unilateral do contrato baseada em [r]*azões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*, devendo a Administração, pretendendo dela lançar mão, respeitar os limites constantes do art. 313.º e fundamentar a sua decisão [alínea *a*) do n.º 1 do art. 152.º do CPA].

([29]) Neste mesmo sentido, *vide* Amorim, João Pacheco de, *O princípio da temporalidade dos contratos públicos. Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal, in Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, Coimbra, 2013, p. 24-25.

([30]) *Summo rigore*, numa modificação da cláusula que contém o prazo de vigência do contrato.

([31]) Como Rodrigo Esteves de Oliveira bem assinala, estando em causa um contrato de concessão, para que a prorrogação possa operar na prática, necessário se torna não só proceder à alteração do Decreto-Lei, como do próprio contrato de concessão onde a prorrogação se achará inscrita, *ob. cit.*, pp. 157-162. Mas a circunstância de a prorrogação se dever inscrever em Decreto-Lei em nada altera a sua qualificação como ato administrativo; a prorrogação tratar-se-á, neste caso, de um "ato administrativo praticado sob a forma de lei", *vide* Almeida, Mário Aroso de, *ob. cit.*, p. 715. Sufragando o entendimento de que a prorrogação inscrita em Decreto-Lei constitui inequivocamente um ato administrativo, *vide*, ainda, Acórdão do STA, Proc. n.º 0269/02, de 06.04.2006.

([32]) Previsão esta que, por sua vez, encerra o núcleo de atos reconduzíveis ao conceito de modificação unilateral.

Assim, pese embora a prorrogação unilateral vincule o cocontratante, contra a sua vontade, à execução de trabalhos / serviços por um período temporal mais extenso do aquele que as partes haviam convencionado *ab initio* no contrato, o CCP prevê, cremos, ainda que não *expressis verbis*, que a Administração, enquanto "guardiã do interesse público"(33), possa prorrogar a vigência do contrato *a posteriori*(34) precisamente com o propósito de satisfazer necessidades de interesse público.

Feito este breve enquadramento, e assumindo que a prorrogação unilateral de um contrato administrativo pode, como julgamos, ser admissível, cabe agora aferir se o facto de o art. 282.º, n.º 1 dispor que [h]*á lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excecional, no próprio contrato*, significa que tal preceito não tem aplicação nos casos em que o contrato foi prorrogado de forma unilateral.

Decerto que não.

Com efeito, o 314.º, n.º 1 é perentório ao recortar o núcleo de situações suscetíveis de dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro nos termos do disposto no art. 282.º. Ora, esse *núcleo* abrange a modificação do contrato por razões de interesse público nos termos do disposto na alínea *c*) do art. 312.º, que, por sua vez e como vimos já, constitui o fundamento legal da prorrogação unilateral e do qual esta não se cinde. Assim, a prorrogação unilateral, enquanto ato administrativo subsumível na alínea *c*) do art. 312.º, não bule com a expressão *casos especialmente previstos na lei*, antes se insere de pleno nela.

De resto, por imposição lógica, não seria minimamente defensável a ideia de que o contraente privado tem direito à reposição do equilíbrio financeiro nos casos em que a prorrogação se estriba em acordo, mas já não beneficia desse direito nas situações em que ela foi unilateralmente determinada.

---

(33) Cf. Estorninho, Maria João, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 1990, p. 126.

(34) Refira-se que, em virtude de constituir um ato administrativo, o cocontraente tem direito de audiência prévia antes da sua emissão, nos termos do disposto nos arts. 12.º e 121.º do CPA.

4. Potenciais argumentos inquinadores da admissibilidade da prorrogação unilateral

Não obstante o que se deixou dito, uma breve nota neste capítulo deve ser feita para referir que a (defesa da) admissibilidade da prorrogação unilateral da vigência do contrato não se afigura simples. Na verdade, vários são os argumentos, alguns porventura difusos, que podem ser utilizados como tentativa de a inquinar.

Intransponíveis? Depende.

Não temos, porém, hesitações em afirmar que aqueles que excluem a sua admissibilidade sem cuidar de ponderar o circunstancialismo fáctico que a espoleta incorrem em erro.

Nos capítulos posteriores procuraremos enunciar alguns dos argumentos que podem ser utilizados como tentativa de refutar a possibilidade de o contraente público prorrogar unilateralmente um contrato administrativo, bem como verter o essencial da nossa posição quanto a cada um deles.

Parece-nos, em suma, que esses argumentos são fundamentalmente os seguintes: (*i*) (potencial) violação do princípio da concorrência; (*ii*) (putativo) "dever" de inscrever a prorrogação no clausulado do contrato; (*iii*) eventual violação do direito de iniciativa económica privada; (*iv*) (putativa) não configuração da prorrogação unilateral como uma modificação respeitante ao conteúdo do contrato; e (*v*) previsão de prorrogação, no CCP, para situações específicas.

4.1. (Potencial) violação do princípio da concorrência

Um dos argumentos — porventura, o mais forte — que, com propriedade, pode(ria) ser chamado à colação para se negar a admissibilidade de prorrogação unilateral da vigência do contrato (bem como, aliás, a prorrogação por acordo das partes) consistiria em aduzir que, porque praticada à revelia de concurso público, ela viola, ou pelo menos belisca, o princípio da concorrência (e, bem assim, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência).

Com efeito, "[a] submissão efetiva à concorrência de mercado ou a suscetibilidade dessa submissão por parte das prestações que integrem o objeto do contrato a celebrar, constitui a regra básica da delimitação do âmbito de aplicação objetiva do CCP"([35]).

([35]) Para um aprofundamento do tema da concorrência nos contratos públicos, *vide* Raimundo,

Assim, tratando-se de um contrato com interesse concorrencial — traduzido no "potencial interesse ou à eventual aspiração, comum a vários operadores de mercado, em alcançar o benefício económico resultante de um contrato público"(36) —, impor-se-ia ao órgão administrativo que lançasse mão do necessário procedimento concursal, ao invés de alargar o prazo do contrato.

Note-se aliás que, no Acórdão ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano (Proc. C-347/06, de 17.7.2008), o Tribunal de Justiça considerou já que a prorrogação da vigência do contrato determina o protelamento da "adjudicação de uma nova concessão mediante procedimento de concurso público", o que, entendeu o referido Tribunal, é suscetível de constituir uma "diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão".

E, entre nós, num dos mais recentes Acórdão sobre a matéria, o Tribunal de Contas aduziu, a coberto do disposto no art. 313.º, n.os 1 e 2 do CCP, que, consubstanciando a prorrogação do contrato uma sua modificação, ela não deve apenas obediência ao princípio da prossecução do interesse público, mas também "aos citados princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada"(37).

Não ignoramos a pertinência destes argumentos que são, confessemo-lo, fortes(38).

Mas se não os ignoramos também não cremos que a prorrogação unilateral da vigência do contrato constitua *sempre e em qualquer caso* uma *limitação*, um *falseamento* ou uma *restrição* da concorrência. Desde logo porque, se determinada em observância dos limites elencados nas alíneas do art. 313.º, n.º 2 do CCP, é a própria lei que, *a contrario sensu*, determina que ela não contenderá com o princípio da concorrência(39). Por outro lado, o art. 313.º, n.º 3 contempla exceções à regra prevista no seu n.º 2.

Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Públicos, Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, 2013.

(36) Cf. Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2021, pp. 228-229.

(37) Cf. Acórdão n.º 40/2019, Proc. n.º 2671/2019, 1.ª S/SS, de 15.10.2019.

(38) Vários foram aliás os acórdãos do TdC que, detendo-se na intransponibilidade do limite ínsito no 313.º, n.º 2, *in fine* do CCP, se pronunciaram já neste sentido. A título de exemplo, vejam-se: Acórdão n.º 40/2019, Proc. n.º 2671/2019, de 15.10.2019; Acórdão n.º 29/2013, Proc. n.º 1469/2013, 1.ª S/SS, de 18.11.2013; e Acórdão n.º 20/2010, Proc. n.º 108/2010, 1.ª S/SS, de 01.06.2010.

(39) De facto, é este o sentido que se extrai dos n.os 2 e 6 do art. 313.º.

Assim, não terão de observar os referidos limites as modificações do contrato (*i*) *de valor inferior aos limiares referidos nos n.os 2, 3 ou 4 do art. 474.º, consoante o caso, e inferior a 10/prct. ou, em contratos de empreitada de obras públicas, a 15 /prct. do preço contratual inicial*; nem, tão-pouco, as (*ii*) [m]*odificações que decorram de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, desde que a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo as justifique, e desde que o seu valor não ultrapasse 50/prct. do preço contratual inicial*.

Depois, releva ter presente que há contratos que, fruto da sua natureza, não estão submetidos à concorrência do mercado: é o caso dos *contratos de porta-aberta* e dos contratos interadministrativos de natureza paritária (respetivamente, arts. 5.º e 338.º do CCP), pelo que a sua eventual prorrogação jamais comprometeria a salvaguarda do citado princípio.

Sem prejuízo do que se deixou dito, parece-nos que a interpretação rígida do art. 313.º, n.º 2([40]) — em particular, e com relevo para a questão que ora nos ocupa, da sua alínea a)([41]) — tem o efeito de conduzir a uma contradição. Na verdade, se toda a atividade da Administração é, como os arts. 266.º, n.º 1 da CRP e 4.º do CPA assinalam, dirigida à prossecução do interesse público, mal se compreende que a modificação ditada por motivos de interesse público deva encontrar-se *sempre* subordinada ao princípio da concorrência. Não parece ser assim quando, à luz de um juízo de proporcionalidade, a modificação se afigure adequada e necessária para satisfazer necessidades de interesse público.

Pensamos, por isso, tendo por referência a hipótese de prorrogação unilateral, que a admissibilidade ou inadmissibilidade de introdução de uma modificação no contrato([42]) unilateralmente promovida pelo contraente público está condicionada ao resultado entre a simultânea ponderação do circunstancialismo fáctico existente e a demonstração, pela Administração, de que a manutenção do vínculo contratual entre esta e o contraente privado por certo lapso de tempo é aquela — *rectius*, a única — que, quando comparada com a hipótese de lançamento de novo procedi-

---

([40]) A alínea *a*) deste normativo vai ao encontro do que alguma doutrina já defendia antes da sua entrada em vigor — veja-se, por exemplo, a tese de Lino Torgal a este respeito no sentido de considerar que a Administração pode "apresentar dados fiáveis e reveladores de que, no curto prazo, não são expectáveis ofertas com condições mais interessantes, do ponto de vista económico-financeiro, do que as que já constam do contrato de concessão", *Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos, in Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, 2011, p. 237.

([41]) A que nos referiremos, com mais detalhe, no capítulo posterior.

([42]) Inclusive, portanto, da prorrogação unilateral.

mento concursal, permite prosseguir o interesse público([43]), ainda que dela possa resultar um, não desejável é certo, impedimento ou restrição([44]) à concorrência.

Note-se que este raciocínio, que não constitui novidade, vai ao encontro do já vertido pelo Tribunal de Contas no Acórdão n.º 29/2013, Proc. n.º 1469/2013, 1.ª S/SS, de 18.11.2013, onde se concluiu: "(…) a prorrogação da vigência dos contratos públicos deve ocorrer não como decorrência de um dever contratual, mas em razão de circunstâncias que, solidamente, aconselhem a ampliação do prazo de validade inscrito no título originário (…) desde que tal se revele bastante para se concluir que esta solução prossegue melhor o interesse público do que outra que passe pela abertura de um novo procedimento([45])".

4.1.1. Do (putativo) "dever" de inscrever a prorrogação no contrato

Em reforço da defesa do princípio da concorrência, poderia aduzir-se que, sendo possível incluir a prorrogação no clausulado do contrato (ou mesmo *a montante*, nas peças que suportam o procedimento concursal) — e, bem assim, determinar, com menor ou maior intensidade, as circunstâncias em que ela pode ocorrer —, então nenhuma justificação existiria para que, não tendo *diligenciado* pela sua inclusão *ab initio*, o contraente público se viesse fazer valer dela *a posteriori*([46]).

Utilizamos nesta sede o termo *diligenciado* porquanto, em função da posição autoritária de que beneficia no processo de formação de um contrato admnistrativo, é consabido que o contraente público tem o poder de determinar grande parte do seu clausulado.

Assim sendo, nada em princípio obstaria a que nele incluísse uma cláusula de prorrogação destinada a salvaguardar o interesse público. Con-

---

([43]) Na verdade, em certos casos, o lançamento de novo procedimento concursal pode impedir que se assegure, em tempo, o interesse o público.

([44]) Utilizamos intencionalmente os vocábulos "impedimento" e "restrição", porquanto qualquer opção da Administração que constitua um falseamento da concorrência não é, de todo em todo, admissível. De resto, com a utilização das palavras *impedir*, *restringir* e *falsear*, o art. 313.º, n.º 2 do CCP parece equiparar situações manifestamente distintas.

([45]) Não obstante ter sido expressado a propósito da distinção entre prorrogação de cariz premial e prorrogação de cariz compensatório, o mesmo raciocínio releva no exame da (in)admissibilidade da prorrogação unilateral.

([46]) Pronunciando-se pela obrigação de inclusão da prorrogação no clausulado do contrato, bem como nas peças do procedimento, *vide*, a título exemplificativo, o Acórdão do TdC n.º 5/2012, 1.ª Secção/SS, de 17.02.2012.

comitantemente, com arrimo neste argumento, a prorrogação unilateral não seria passível de se subsumir na alínea *c*) do n.º 1 do art. 311.º, sendo, afinal, um instituto exógeno ao Direito Administrativo. De resto, parece ter sido este o propósito do legislador com a primeira parte do art. 313.º, n.º 2, alínea *a*).

No entanto, reforçamos neste domínio que, bem ao invés da inovatória lógica *preclusiva* de exercício de poderes por parte do contraente público introduzida pelo art. 313.º, n.º 2, alínea *a*), em virtude de eventuais omissões em que a Administração possa incorrer, o Direito Administrativo assenta no primado do interesse público. Na verdade — e mesmo sendo insofismável que, quando comparada com a prorrogação unilateral, a prorrogação inscrita nas peças do procedimento concursal é a que (*i*) mais preserva a concorrência e (*ii*) mais protege a confiança dos concorrentes e do contraente privado —, não deixa de ser contraditório com o primado do interesse público que, pelo facto de não ter cuidado de incluir no contrato uma cláusula de prorrogação da sua vigência, a Administração, dispondo de razões de interesse público imperiosas, se veja num escolho, estando inviabilizada de fazer uso dos seus poderes de conformação contratual(47).

Acresce que a decisão de incluir, ou não, no contrato uma cláusula respeitante à prorrogação da sua vigência parece situar-se no domínio da margem de livre decisão do órgão administrativo, pelo que a sua sindicância externa — *maxime*, pelos Tribunais — sempre contenderia com o disposto no art. 71.º, n.º 2 do CPTA.

4.2. (Potencial) violação do direito de iniciativa económica privada

Outro argumento que poderia ser aduzido para se negar a admissibilidade da prorrogação unilateral desponta do teor literal da primeira parte do art. 302.º, alínea *c*). Com efeito, a sobredita norma possui uma restrição inicial no que concerne ao poder de modificação unilateral, desde logo quando refere que o mesmo somente pode ser exercido se *outra coisa não resultar da natureza do contrato ou da lei*.

Perguntar-se-á então: em que situações o exercício do poder de modificação unilateral pelo contraente público colide com a *natureza do contrato* e/ou com a *natureza da lei*?

---

(47) Basta aliás uma leitura cega do art. 266.º, n.º 1 da CRP para se constatar que toda a atividade da Administração é finalisticamente dirigida à prossecução do interesse público.

Vejamos.

Se quanto à *natureza do contrato* a resposta é incindível de um juízo casuístico, já no que respeita à (natureza da) lei é possível, ainda que de modo abstracto, avançar uma resposta. É que aparentemente a prorrogação unilateral, enquanto ato administrativo modificador do contrato, posterga o direito *fundamental* à iniciativa económica privada consagrado no art. 61.º, n.º 1 da CRP. De facto, este direito configura, antes de mais, um direito de "sem interferências externas, incluindo do Estado, produzir, comercializar e oferecer, de forma onerosa, sistemática e duradoura, bens e serviços, selecionando, organizando e afetando a esse fim, livremente, os recursos considerados convenientes"([48]), pelo que, ao prorrogar a vigência do contrato de forma unilateral, o contraente público estaria a violar a lei [para mais ainda, a Lei Fundamental([49]/[50])]. Nesta medida (diriam porventura os mais acérrimos defensores daquele direito), o ato administrativo determinador da prorrogação, para além de formalmente inconstitucional, seria nulo porquanto ofenderia o *conteúdo essencial de um direito fundamental* [art. 161.º, n.º 2, alínea *d*) do CPA ([51])].

É verdade que a qualificação do direito de iniciativa económica privada como direito fundamental tem sido, a coberto do disposto no art. 17.º da CRP, pacífica no seio da literatura jurídica e da jurisprudência portuguesa: trata-se de um direito de natureza análoga aos direitos fundamentais([52]). De resto, mesmo reconhecendo-se a sua inferioridade, em termos de valoração ético-jurídica, face aos direitos, liberdades e garantias constantes do título II da CRP, não são conhecidas teorias que o subtraiam desse reduto([53]); e bem se

---

([48]) Cf. Miranda, Jorge; Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, p. 1192.

([49]) Ademais, o art. 266.º, n.º 1 da CRP é perentório ao prescrever que a Administração deve respeitar os *direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*.

([50]) Poderia outrossim dar-se o caso de se argumentar que, estando em causa um contrato de concessão, o órgão administrativo não se acharia autorizado a inscrever a prorrogação no Decreto-lei que lhe subjaz (não podendo, consequentemente, restringir o direito fundamental de livre iniciativa económica privada do concessionário), por força do disposto no art. 165.º, n.º 1, alínea *b*) da CRP. Somos, porém, de parecer que, na ausência de referência *análoga* a *direitos de natureza análoga* (conforme a que consta do art. 17.º da CRP), o art. 165.º, n.º 1, alínea *b*) somente abrange direitos, liberdades e garantias *tout court*.

([51]) Apesar de o regime jus-administrativo sancionar, em regra, a invalidade dos atos administrativos com a anulação, o ferimento do "conteúdo essencial de um direito fundamental", correspondendo a uma "ofensa chocante e grave de um princípio estruturante do Estado de Direito", é sancionado com a nulidade, e.g., Acórdão do TCAN, Proc. n.º 00014/16.9BEPRT, de 17.11.2017.

([52]) Neste sentido, *vide*, por exemplo, Acórdão do TC n.º 545/2015, Proc. n.º 1341/13, de 28.10.2015.

([53]) E mesmo que dúvidas existissem a este respeito, sempre elas seriam dissipadas pelo dis-

compreende porquê: é que, ao menos numa certa dimensão, ele constitui a expressão de princípios, de suma densidade axiológica, inerentes a qualquer Estado de Direito democrático (leia-se, a dignidade da pessoa humana e a liberdade).

Mas apesar de não existirem dúvidas acerca da sua qualificação como um direito fundamental *económico*, o direito de iniciativa económica privada não configura um direito absoluto. É, ao invés, um direito que admite limitações. Por esta razão, o *puctum crucis* para que se possa concluir pela (in)admissibilidade da prorrogação unilateral passa por aquilatar da (in)existência de violação do disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP e consequente (in)constitucionalidade material. Dito de modo diverso: é necessário apurar se a imposição da manutenção do vínculo contratual ao contraente privado para lá do período inicialmente convencionado passa, ou não, no crivo do — sempre exigente — princípio da proporcionalidade([54]/[55]/[56]).

Ora, sendo inquestionável que a *ratio legis* subjacente ao regime substantivo dos contratos administrativos assenta no primado do interesse público (art. 266.º, n.º 1 da CRP e 4.º do CPA), e tendo em conta que a alínea *c*) do art. 312.º estabelece como fundamentos para o exercício do poder de modificação unilateral [r]*azões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*, seria paradoxal que, uma vez respeitados os ditames de proporcionalidade([57]), o interesse público não houvesse de preva-

---

posto no art. 16.º, n.º 1 da CRP. Com efeito, é consabido que o direito de iniciativa económica privada constitui corolário do direito fundamental — de matriz mais ampla — à propriedade privada, o qual se encontra consagrado no art. 17.º da DUDH.

([54]) Em harmonia, de resto, com o preceituado no art. 7.º do CPA.

([55]) Neste exato sentido, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam, com pertinência, que "sendo a regra a liberdade de iniciativa («exerce-se livremente», diz o n.º 1), as limitações ou restrições terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade e sempre com respeito de um «núcleo essencial» que a lei não pode aniquilar (art. 18.º), de acordo aliás com a «garantia constitucional» de um sector económico privado", *in Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 790.

([56]) Serão, a nosso ver, aspetos de grande relevância a ter em conta no exame da (des)proporcionalidade do ato administrativo determinador da prorrogação: (*i*) o período pelo qual o contrato é prorrogado e (*ii*) o modo como o contrato será reequilibrado (art. 282.º do CCP).

([57]) Note-se, contudo, que o conteúdo material do princípio da proporcionalidade não é exíguo, pelo que não se deverá concluir que esta constitui uma afirmação de somenos. Na verdade, tal princípio reveste enorme densidade, encerrando três colorários: (*i*) adequação"(as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos)"; (*ii*) exigibilidade "(essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato)"; e, bem assim, (*iii*) propor-

lecer sobre o direito de iniciativa económica privada. Ademais, e segundo a letra do próprio art. 61.º, n.º 1 da CRP, a liberdade de iniciativa económica privada encontra-se *expressis verbis* subordinada à prossecução do *interesse geral*. Quer isto significar que, além da "dupla garantia constitucional do acesso e do exercício da atividade, a liberdade profissional e a liberdade de empresa apresentam, ainda, outro denominador comum, aliás presente também na propriedade": em ambos os casos este inciso constitucional determina que a liberdade de profissão e de empresa "está sujeit[a] aos limites ou restrições legais impostos pelo interesse geral ou colectivo"(58), corporizando, assim, uma verdadeira auto-limitação.

Em desfavor do que se deixou dito poderia, contudo, afirmar-se que o art. 18.º, n.º 2 da CRP não se aplica, nem mesmo mediatamente, aos atos administrativos porquanto estes últimos não revestem natureza de lei.

Não cremos, todavia, que este argumento possa colher.

De facto, existem atos administrativos — inclusive, com incidência em contratos administrativos — praticados sob a forma de lei; é o que sucede com as modificações dos contratos de concessão, que estão sujeitas a um procedimento bifásico: para além do próprio contrato, é necessário alterar o Decreto-Lei que lhe subjaz.

A outro título, e a nosso ver o mais importante, parece-nos que a circunstância de estar em causa o confronto entre direitos e interesses de suma relevância (*rectius*, direitos fundamentais vs. interesse público) constitui motivo bastante para fazer operar, de forma *direta* e *imediata*, o art. 18.º, n.º 2 da CRP, impondo-se, portanto, não só ao legislador ordinário como à Administração o respeito por aquele inciso.

É aliás ao arrepio do art. 18.º, n.º 2 da CRP que o art. 7.º do CPA, reforçando aqueloutro preceito em sede jus-administrativa, postula que os comportamentos dos órgãos administrativos devem ser adequados à prossecução do interesse público (art. 7.º, n.º 1) e que não podem coartar desproporcionalmente os "direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares" [art. 7.º, n.º 2 *a contrario*, este

---

cionalidade *strictu sensu* "(não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)" — *vide* Acórdão do TC n.º 632/2008, Proc. n.º 977/2008, de 23.12.2008. Também sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade, *vide* Amaral, Diogo, Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, *ob. cit.*, pp. 112-116, onde o autor define lapidarmente o princípio "segundo o qual a limitação de bens ou interesses privados por atos dos poderes públicos deve ser adequada e necessária aos fins concretos que tais atos prosseguem, bem como tolerável quando confrontada com aqueles fins".

(58) Cf. Miranda, Jorge; Medeiros, Rui, *ob. cit.*, p. 1192.

último evidenciando a necessidade e a proporcionalidade *strictu sensu* enquanto corolários do princípio da proporcionalidade "a partir de uma perspectiva estrita de afectação das posições jurídicas dos particulares"([59])].

Não se pense, contudo, que o reconhecimento da existência de limitações à livre iniciativa económica privada equivale a exercício de menorização deste direito. Bem pelo contrário. Na verdade, nenhum direito — nem mesmo os fundamentais — é absoluto([60]). Depois, a consciência da existência de limitações a um direito (desde que justificáveis em sede de proporcionalidade) permite ao mesmo tempo descartar todos os eventos suscetíveis de os lesar sem fundamento.

Mas concluindo-se, mediante um juízo casuístico, que a prorrogação unilateral da vigência de um contrato administrativo, porque violadora em alguma medida do princípio da proporcionalidade constante do art. 18.º, n.º 2 do CRP, bule com o direito fundamental de iniciativa económica privada, cabe então perguntar com que desvalor jurídico deve o Direito Administrativo sancioná-la. Isto é, será que a circunstância de o ato administrativo determinador da prorrogação restringir aquele direito de forma desproporcional bastará para automaticamente se distrair que ele é nulo ao abrigo do disposto no art. 161.º, n.º 2, alínea *d*) do CPA? Ou será, pelo contrário, que ele se deve reconduzir ao regime regra da anulabilidade (art. 163.º do CPA)?

Como facilmente se antolhe, parte da resposta achar-se-á na *tradução* da expressão equívoca *conteúdo essencial de um direito*, constante do art. 161.º, n.º 2, alínea *d*) do CPA.

Mas uma nota prévia é também importante: como bem notou já o STA, nem toda a inconstitucionalidade material de um ato administrativo por violação de um direito fundamental é suscetível de ferir o seu conteúdo essencial([61]). Por outras palavras: haverá situações em que um direito fundamental pode ser violado sem que o seu conteúdo essencial o seja.

Posto isto, cumpre, agora sim, procurar descodificar a expressão *conteúdo essencial*.

([59]) Cf. Raimundo, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, AAFDL, 3.ª ed., 2016, p. 253.

([60]) Cf. Andrade, José Carlos Vieira de, *Os direito fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, p. 275.

([61]) Cf. Acórdão do STA, Proc. n.º 01846/17.6BEPRT, de 09.01.2020. Em idêntico sentido, *vide* Acórdão do TCAN, Proc. n.º 00765/18.3BEBRG, de 15.03.2019.

A resposta poderia achar-se porventura inscrita na Constituição. Mas não é assim(62).

Cabe, por isso, destacar aquele que tem sido o entendimento predominante da jurisprudência sobre esta matéria e que vai no sentido de considerar que *o conteúdo essencial dos direitos fundamentais* corresponde, no essencial, ao seu "núcleo duro"(63), i.e., aquele reduto que em caso algum pode ser abalado; na sugestiva formulação do STA, trata-se de um "mínimo intocável"(64), sem o qual o direito fundamental deixaria de existir.

Ora, no exame deste "mínimo intocável", nem sempre evidente, julgamos revelar-se indispensável o recurso ao princípio da proporcionalidade constitucional, como barómetro referenciador, por dois motivos: (*i*) onde não haja violação do princípio da proporcionalidade, não há violação do conteúdo essencial de um direito fundamental, e (*ii*) quanto maior for a restrição imposta a um direito fundamental, maior é a probabilidade de o seu conteúdo essencial resultar ferido.

Detendo-nos novamente no direito de iniciativa económica privada, recorde-se que este direito consagra duas dimensões: (*i*) a liberdade profissional e (*ii*) a liberdade de empresa, sendo que ambas, por sua vez, encerram, como vimos já, a vertente do livre exercício da atividade económica. Assim sendo, não se pode olvidar que este livre exercício da atividade económica compreende outrossim a liberdade de o contraente privado celebrar um contrato público e, com isso, aceitar a desigualdade inerente à relação contratual administrativa que lhe subjaz (*maxime*, aceitar que a Administração pode, ao abrigo dos seus poderes de conformação contratual, introduzir modificações no contrato).

Situação em que a prorrogação unilateral de um contrato administrativo viola o direito de iniciativa económica privada (mas não necessariamente o seu conteúdo essencial) não é, contudo, difícil de hipotizar: é o caso de a prorrogação não ser necessária para prover a necessidades de *interesse geral*.

De igual sorte, hipótese em que a prorrogação ofende o conteúdo essencial do direito de livre iniciativa económica privada também não é difícil de conjeturar: é o que sucederá se o objeto do contrato for de tal forma extenso que exija do contraente privado a alocação da totalidade, ou da maior parte, da sua capacidade produtiva, e tal contrato seja prorrogado

---

(62) De resto, o facto de tal expressão ter sido inspirada no art. 18.º, n.º 3, *in fine* da CRP (*conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*), somente adensa as dúvidas.

(63) Cf. Acórdão do STA, Proc. n.º 046262, de 10.03.2010.

(64) *Vide* o mesmo Acórdão do STA, Proc. n.º 046262, de 10.03.2010.

por período manifestamente superior ao necessário para a conclusão dos trabalhos/serviços abrangidos nesse objeto([65]).

4.3. Não configuração da prorrogação unilateral como uma modificação do conteúdo do contrato

Visando limitar o exercício de poderes pela Administração, a alínea *c*) do art. 302.º dispõe que a modificação unilateral somente pode incidir sobre *cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código*.

Assim, uma (outra) tentativa de inquinar a admissibilidade da prorrogação unilateral da vigência do contrato passaria, com base numa interpretação restritiva do referido inciso, por afirmar que ela não constitui uma modificação respeitante ao conteúdo do contrato([66]), pelo que jamais pode ser admitida.

Discordamos, contudo, que assim seja.

Parece-nos que a expressão *cláusulas respeitantes ao conteúdo* do contrato deve ser interpretada de uma forma *flexível*.

É que, como já referiram Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o Direito Administrativo é pautado por "uma margem de abertura das normas legais em favor da administração para que ela possa adaptar o sentido normativo aos casos concretos imprevistos pelo legislador e às evoluções"([67]).

Deste modo, é possível englobar na sobredita expressão "as diversas condições ou termos convencionados para as prestações, de modificação muito mais frequente, de resto, que o seu conteúdo"([68]).

À guisa do que se deixou exposto, parece-nos, pois, que o prazo de vigência de um contrato administrativo constitui uma condição convencionada entre as partes, pelo que a exclusão da prorrogação unilateral a título preliminar, filiada no argumento de que aqui se cura, seria errática.

([65]) Outra situação em que a prorrogação feriria o conteúdo essencial do direito de livre iniciativa económica privada seria a de, na hipótese de escola, ela ser determinada *ad eternum* ou indefinidamente.

([66]) E não já quanto ao modo de execução das prestações, onde é manifesto que, nem mesmo por via de uma interpretação extensiva, a prorrogação unilateral se não enquadra.

([67]) *In Direito Administrativo Geral (Introdução e princípios fundamentais)*, Tomo I, 3.ª ed., Almedina, 2010, p. 184.

([68]) Cf. Oliveira, Mário Esteves de; Gonçalves, Pedro Costa; Amorim, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed. (7.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, 2007, p. 825.

4.4. Previsão de prorrogação, no CCP, para situações específicas

Um outro argumento (de índole literal) que pode(ria) ser invocado como tentativa de se obstar à admissibilidade da prorrogação unilateral da vigência de um contrato administrativo consistiria em aduzir que se o legislador previu *expressis verbis* no CCP as situações em que a prorrogação é admissível [arts. 373.º, n.º 1, alínea *a*), 374.º e 454.º, n.º 6, respetivamente], então foi porque pretendeu impedir que o contraente público pudesse prorrogar a vigência do contrato fora desse âmbito.

De entre os argumentos que aqui cuidámos de enunciar, este parecenos o mais parco. Com efeito, é consabido que o legislador nem sempre consegue prever todas as situações que podem vir a ocorrer no universo fáctico (nem sequer é recomendável que o tente fazer), havendo situações em que se impõe, na linha do que já se deixou dito, "uma margem de abertura das normas legais em favor da administração para que ela possa adaptar o sentido normativo aos casos concretos imprevistos pelo legislador e às evoluções"([69]).

Ora, a recondução da figura da prorrogação unilateral da vigência do contrato administrativo ao instituto da modificação unilateral consubstancia um exemplo paradigmático de extensão do escopo de preceitos legais em benefício da Administração [*in casu*, da alínea *c*) do art. 312.º, aplicável *ex vi* artigo e da alínea *c*) do n.º 1 do art. 311.º].

Por este motivo, mesmo que se considerasse que a letra dos sobreditos preceitos não é *cristalina* no que concerne à previsão da possibilidade de o contraente público prorrogar unilateralmente a vigência de um contrato administrativo, sempre se justificaria concluir, consentaneamente com a hermenêutica jurídica (art. 9.º do CC), que a prorrogação unilateral se encontra — ao menos de forma implícita — abrangida na sua letra.

5. Sinopse conclusiva

Ao invés do regime dos contratos privados, o regime jurídico dos contratos administrativos assenta no primado do interesse público. Neste sentido, a relação contratual administrativa não é igualitária, podendo o

---

([69]) Cf. Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral (Introdução e princípios fundamentais)*, Tomo I, *ob. cit.*, p. 184.

contraente público modificar o contrato, mesmo que contra a vontade do cocontratante.

A modificação unilateral do contrato tem, todavia, o seu campo de aplicação delimitado. O art. 313.º, n.º 2 do CCP impede que a *modificação fundada em razões de interesse público* possa ter lugar quando colidir com o princípio da concorrência. Por outro lado, quando realizada, confere ao concessionário o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, nos termos do disposto no art. 282.º [art. 314.º, n.º 1, alínea *b*)].

Enquadrando-se no domínio dos poderes de conformação do contraente público, a prorrogação unilateral da vigência do contrato constitui um ato administrativo subsumível nos arts. 311.º, n.º 1, alínea *c*) e 312.º, alínea *c*), estando sujeita, *mutatis mutandis*, ao regime que o CCP encerra para a modificação unilateral.

Não obstante, e apesar da variedade de argumentos que podem ser esgrimidos em abstrato como tentativa de inquinar a sua admissibilidade em concreto, a aferição da validade da prorrogação unilateral exige sempre uma ponderação do circunstancialismo fáctico existente e da sua necessidade.

Errático parece-nos, por isso, julgá-la inadmissível em todo e qualquer caso.

6. Abreviaturas

CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CC	Código Civil
TC	Tribunal Constitucional
TdC	Tribunal de Contas
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
STA	Supremo Tribunal Administrativo

7. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 545/2015, Proc. n.º 1341/13, de 28.10.2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, Proc. n.º 977/2008, de 23.12.2008;

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 29/2013, 1.ª S/SS, Proc. n.º 1469/2013, de 18.11.2013;

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2019, Proc. n.º 2671/2019, de 15.10.2019;

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 29/2013, Proc. n.º 1469/2013, 1.ª S/SS, de 18.11.2013;

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/2010, Proc. n.º 108/2010, 1.ª S/SS, de 01.06.2010.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Proc. n.º 2416/12.0BELSB, de 28.06.2018;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Proc. n.º 02138/07.4BEPRT, de 04.10.2017;

Acórdão do Tribunal Administrativo Norte, Proc. n.º 00014/16.9BEPRT, de 17.11.2017;

Acórdão do Tribunal Administrativo Norte, Proc. n.º 00765/18.3BEBRG, de 15.03.2019;

Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-347/06, de 17.7.2008 (ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano);

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Proc. n.º 0269/02, de 06.04.2006.

8. Referências bibliográficas

Leitão, Alexandra, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais* (<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contra tuais-2.pdf>).

Martins, Ana Gouveia, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010.

Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed., Almedina, 2020.

Canotilho, José Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.

Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, 8.ª ed., Almedina, 2019.

Amorim, João Pacheco de, *O princípio da temporalidade dos contratos públicos. Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal, in*, *Estudos de Contratação Pública*, Pedro Costa Gonçalves (org.), Vol. IV, Coimbra, 2013.

Miranda, Jorge; Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2010.

Lopes, Licínio, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a Reposição do Equilíbrio Económico-financeiro do Contrato e a Determinação dos Danos*, *in Estudos de Contratação Pública — III*, Coimbra, 2010.

Freitas, Lourenço Vilhena de, *O poder de modificação unilateral dos contratos administrativos pela Administração*, AAFDL, Lisboa, 2007.

Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral (Introdução e princípios fundamentais)*, Tomo I, 2.ª ed., Almedina, 2010.

Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa, 2010.

Almeida, Mário Aroso de, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010.

Almeida, Mário Aroso de, *Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos, Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, AAFDL, 2019.

Oliveira, Mário Esteves de, *Sobre o regime de modificação objetiva dos contratos administrativos*, *in Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019.

Oliveira, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980.

Oliveira, Mário Esteves de; Gonçalves, Pedro Costa; Amorim, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed. (7.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, 2007.

Raimundo, Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Públicos, Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, 2013.

Gonçalves, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, 1.ª ed., Almedina, 2015.

Oliveira Rodrigo Esteves de, *Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público* (tese de doutoramento), Coimbra, 2016.

INTERSEÇÕES ENTRE A TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (Cf. artigo 285.º do Código do Trabalho) E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Pelo Dr. João Regêncio(*)
e Dr. João Filipe Graça(**)

Sumário:

1. Da transmissão do estabelecimento comercial (cf. art. 285.º do código do trabalho). **2.** A relevância do acesso à informação para efeitos da transmissão do estabelecimento comercial na contratação pública. **3.** A relevância do pedido de esclarecimentos e/ou identificação de erros e omissões das peças do procedimento. **4.** Breve nota sobre a transmissão dos trabalhadores de entidades privadas para o quadro do pessoal da entidade adjudicante.

1. Da transmissão do estabelecimento comercial (cf. artigo 285.º do Código do Trabalho)

Dispõe o art. 285.º, n.º 1 do Código do Trabalho que, «*em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral*».

(*) Juiz de Direito.
(**) Advogado.

E acrescenta, por sua vez, o n.º 3 do citado normativo que, *«com a transmissão constante dos n.os 1 ou 2, os trabalhadores transmitidos ao adquirente mantêm todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos*».

De acordo com o referido normativo, em caso de transmissão de uma empresa ou de parte de empresa, os contratos de trabalho transmitem-se *ope legis* para o adquirente ou cessionário da respetiva exploração, independentemente da vontade das partes.

O art. 285.º do Código do Trabalho, acima transcrito, transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

Desta sorte, e mercê da aplicação do princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o direito interno(1), a análise dos pressupostos relacionados com a eventual transmissão de estabelecimento operada entre dois operadores económicos deve ser feita em contraponto com a jurisprudência que vem sendo firmada, a este propósito, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE).

De acordo com a conceção tradicional de *estabelecimento* ou *unidade económica*, com raízes no direito comercial, a figura do estabelecimento comercial pressupõe a existência de um conjunto unificado de fatores produtivos, corpóreos e incorpóreos, de direito e de facto, que se encontrem funcionalmente congregados para o exercício de uma atividade económica, de forma estável, autónoma e duradoura.

Fruto do labor jurisprudencial do TJUE, tem sido entendido, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência nacional, que a referida conceção tradicional não é transponível, pelo menos em termos absolutos, para o âmbito do Direito do Trabalho; sendo necessário fazer apelo, nesta sede, a um conceito autónomo e operativo das referidas figuras ou institutos.

Prescreve, para o efeito, o art. 285.º, n.º 5 do Código do Trabalho que «*considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória*».

---

(1) Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Costa c. Enel, de 15 de Julho de 1964, proc. n.º 6/64, disponível em <https://curia.europa.eu>.

Importará assinalar que o conceito de *unidade económica* constante do art. 285.º, n.º 5 do Código do Trabalho afigura-se mais restritivo do que o previsto na Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março, a qual se reporta à figura de entidade económica com identidade própria, «*entendida como um conjunto de meios organizados como objetivo de prosseguir uma atividade económica, seja ela essencial ou acessória*» [cf. art. 1.º, n.º 1, alínea *b*)].

De acordo com a mencionada diretiva, não é exigível, para que se possa falar de unidade/entidade económica, que a mesma seja 'dotada *de autonomia técnico-organizativa*'; o que constitui uma diferença assaz relevante, já que o referido critério excluiria do instituto da transmissão de estabelecimento inúmeras situações em que aquela autonomia não exista de facto, com prejuízo manifesto para a situação dos trabalhadores, cuja manutenção do vínculo laboral o legislador comunitário pretendeu assegurar.

Impõe-se, pois, proceder à interpretação restritiva do citado art. 285.º, n.º 5 do Código do Trabalho, tendo por referência o conceito (amplo) de unidade/entidade económica constante da citada Diretiva(2); o que resulta, quer da aplicação do princípio da interpretação conforme com o Direito da União Europeia, segundo o qual o intérprete/aplicador que aplique normas de direito nacional deve fazê-lo atribuindo a estas normas um sentido compatível com o direito europeu (cf. o art. 8.º da Diretiva n.º 2001/23/CE), quer tendo em consideração a própria jurisprudência do TJUE, o qual teve já oportunidade de se pronunciar no sentido de que «*o facto de a entidade cujo equipamento e parte do pessoal foram transferidos ter sido integrada na estrutura da [cessionária],* ***sem conservar a sua estrutura organizacional autónoma***, *não é pertinente para efeitos da aplicação do art. 1.º, n.º 1 da Diretiva 2001/23 (...)*(3)» (grifado nosso).

Conforme assinalado pelo TJUE, nos setores de atividade que assentam essencialmente na mão-de-obra — como sucede, por exemplo, nos setores ligados à segurança/vigilância privada ou à prestação de ser-

---

(2) Nesse sentido, cf. Pedro Romano Martinez/Pedro Madeira de Brito, "O novo regime de transmissão da unidade económica introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIV, n.os 1-4, Jan-Dez de 2018, pp. 31-35; e Manuel Eduardo Bianchi Sampaio, "A transmissão de empresa ou estabelecimento nos setores de atividade em que o elemento essencial é a mão de obra e a Lei n.º 18/2001, de 8 de Abril", *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2021 — I, Lisboa, pp. 274 e 275. Em sentido contrário, cf. Pedro Oliveira, "Transmissão de empresas no direito laboral da União Europeia: novos desafios na delimitação conceptual de unidade económica", *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II, 2000, disponível em <https://portal.oa.pt/media/131426/pedro-oliveira.pdf>, pp. 347 a 352.

(3) Cf. Acórdão do TJUE, João Filipe Ferreira da Silva e Brito *et alia* c. Estado Português, de 9 de Setembro de 2015, proc. C-160/14, §32, disponível em <https://curia.europa.eu/>.

viços de limpeza —, «*um conjunto organizado de trabalhadores que são especial e duradouramente afetos a uma tarefa comum pode, na ausência de outros fatores de produção, corresponder a uma entidade económica*»(4).

Note-se que o conceito de *afetação duradoura* acima referenciada pressupõe apenas e tão-só que os referidos trabalhadores se encontrem a desenvolver a referida atividade de forma estável, ou seja, que não se encontrem a executar uma atividade determinada e/ou de cariz ocasional(5).

Por outro lado, e no contexto das referidas atividades de prestação de serviço, cumprirá assinalar que é igualmente de admitir a existência de unidades económicas que sejam compostas exclusivamente por um único trabalhador(6).

Ultrapassada a questão de determinar se estamos ou, não, perante uma 'unidade económica'/estabelecimento, para efeitos de aplicação do regime previsto no art. 285.º do Código do Trabalho, cumprirá, então, determinar se se verificou a transmissão da mesma em todas as situações em que se dá, materialmente, uma sucessão de prestação de serviços por parte de várias empresas no mesmo local.

Conforme assinalado pelo TJUE, a inexistência de qualquer relação negocial entre os putativos cedente e cessionário não se afigura essencial para efeitos de aferir se estamos perante uma transmissão de estabelecimento(7). Sendo perfeitamente plausível, à luz da jurisprudência da União Europeia, que se possa falar de uma transmissão de estabelecimento, mesmo nos casos em que haja uma sucessão de prestadores de serviços perante uma entidade terceira.

O critério decisivo para caracterizar a existência de uma transferência de empresa ou de parte de empresa na aceção da Diretiva n.º 2001/23/CE é, destarte, o da manutenção da *identidade* da unidade económica em apreço, ou seja, determinar se se mantém a exploração da mesma por parte do cessionário(8).

---

(4) Cf. Acórdão do TJUE, Temco Service Industries S.A. c. Samir Imzilyen *et alia*, de 24 de Janeiro de 2002, procs. C-51/00, §26, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(5) Cf. Acórdão do TJUE, Ole Rygaard c. Strø Mølle Akustik A/S, de 19 de Setembro de 1995, procs. C-48-94, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(6) Cf. Acórdão do TJUE, Christel Schmidt c. Spar — und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen, de 14 de Abril de 1994, procs. C-392/92, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(7) Cf. Acórdão do TJUE, Securitas — Serviços e Tecnlogia de Segurança, S.A. c. ICTS Portugal — Consultoria de Aviação Comercial, S.A., Arthur George Resendes *et alia*, de 19 de Outubro de 2017, procs. C-200/16, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(8) Cf. Acórdão do TJUE, Jozef Maria Antonius Spijkers c. Gebroeders Benedik Abattoir CV

E relevante nesta sede será aferir, por um lado, se alguns dos elementos essenciais da unidade económica em causa foram, ou não, efetivamente transmitidos para a cessionário, e, por outro lado, se a atividade prosseguida ou retomada pelo novo empresário visa as mesmas atividades económicas que eram desenvolvidas pelo transmitente.

O critério proposto pelo TJUE, nesta sede, assenta no designado *método indiciário*. De acordo com o referido critério, incumbe aos tribunais nacionais aferir casuisticamente se determinada unidade económica foi, ou não, transferida para uma terceira entidade; o que deverá ser feito através da análise das diversas *circunstâncias de facto* que caracterizam a operação em causa, as quais permitirão, numa visão de conjunto, aferir se aquela manteve a sua identidade económica após a transferência.

Constituem indícios relevantes para a referida análise, conforme tem sido assinalado uniformemente pela jurisprudência, o tipo de empresa em causa, a similitude entre a atividade exercida antes e após a sucessão de prestadores de serviços, o motivo da cessação do contrato de prestação de serviços por parte da putativa cedente, a transferência ou não do ativo corpóreo (edifícios, móveis, equipamentos) e não corpóreo (em especial *know-how* e métodos de exploração ou organização), a manutenção ou não da clientela, a readmissão pelo novo empresário dos trabalhadores que exerciam até então funções por conta do anterior prestador de serviços ou, ao invés, a eventual contratação de novos trabalhadores por parte do mesmo para o exercício da atividade em causa, o tipo de operação subjacente à transmissão, *et caetera*.

Nos casos em que esteja em causa um estabelecimento comercial na sua aceção tradicional (constituído concomitantemente por fatores produtivos corpóreos e incorpóreos), diminuta dificuldade assumirá a aplicação do método indiciário ao caso concreto.

O que decorre, desde logo, da circunstância de ser possível, através da análise do destino de cada um dos respetivos elementos (edifícios, equipamentos, trabalhadores, direitos de propriedade industrial, etc.), formular, com relativa facilidade, um juízo positivo ou negativo no sentido de que a unidade económica transmitida mantém, ou não, a mesma identidade, não obstante a alteração do seu titular.

A situação afigura-se assaz complexa quando estejam em causa estabelecimentos em que o fator relevante, se não mesmo exclusivo, é a mão-de-obra. Será o caso, por exemplo, dos setores de prestação de serviços vigilância e de limpezas já anteriormente referidos.

---

e Alfred Benedik en Zonen BV, de 18 de Março de 1986, procs. 24/85, §11 e §12, disponível em <https://curia.europa.eu>.

E tem sido precisamente no âmbito destes setores que se têm afirmado, na jurisprudência nacional, diferentes entendimentos e/ou correntes; os quais terão justificado, entretanto, a alteração legislativa operada pela Lei n.º 18/2021, de 8 de Abril, a qual veio aditar um novo número ao art. 285.º do Código do Trabalho([9]).

Importará distinguir, nesta sede, dois tipos de casos: (*i*) aqueles em que, pese embora esteja em causa uma atividade assente essencialmente em mão-de-obra, a mesma depende da existência de instrumentos de trabalho relevantes; (*ii*) aqueles casos em que, por seu turno, a atividade prestada assenta exclusivamente na mencionada mão-de-obra, sendo irrelevantes e/ou até inexistentes os instrumentos de trabalho utilizados no âmbito da respetiva atividade.

Ilustrativo do primeiro caso será, por exemplo, a prestação de serviços de vigilância, com recurso a um sistema de CCTV (videovigilância).

Em situações deste jaez, para aferir da existência, ou não, de transmissão da unidade económica relevará, não só aferir se os trabalhadores que prestavam serviços para a empresa cedente passaram a fazê-lo ulteriormente por conta do novo operador, mas igualmente se os referidos equipamentos passaram, outrossim, a ser utilizados por esta empresa. Isto porque serão aqueles dois fatores (mão-de-obra e sistema de videovigilância) que, em conjunto, permitem reconhecer identidade — e até, diga-se, utilidade —, à unidade económica em apreço.

Desta sorte, será conjeturável admitir-se a ocorrência de transmissão da unidade económica quando ocorra, quer a transmissão dos trabalhadores/vigilantes para o novo operador, quer, outrossim, a transmissão dos próprios equipamentos em causa([10]) Tudo dependerá, com efeito, das concretas circunstâncias do caso em apreço.

Quanto a este último ponto, importará notar que, na linha da jurisprudência do TJUE, relevará apenas e tão-só aferir se os referidos equipamentos foram transferidos para (*hoc sensu*, se passaram também a ser utilizados pelo) novo operador no âmbito da respetiva prestação de serviços; sendo irrelevante para este efeito, saber a quem pertence a pro-

---

([9]) Dispõe o art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho: «*é aplicável a todas as situações de transmissão de empresa ou estabelecimento por adjudicação de contratação de serviços que se concretize por concurso público ou por outro meio de seleção, no setor público e privado,* ***nomeadamente à adjudicação de fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes, produzindo efeitos no momento da adjudicação***» (grifado nosso).

([10]) Em sentido idêntico, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-11-2021, proc. n.º 18771/20.6T8LSB.L1-4, rel. Francisca Mendes, disponível em <www.dgsi.pt>.

priedade de tais equipamentos e/ou até se a mesma foi igualmente transmitida(11).

Nessa medida, não constituirá óbice à afirmação de que ocorreu a transmissão da unidade económica quando o novo prestador de serviços continue a utilizar, por exemplo, o referido sistema de videovigilância que era, até então, utilizado pela empresa anterior; conclusão essa que se mantém ainda que, nesses casos, o referido equipamento pertença ou seja propriedade do próprio beneficiário da prestação.

A verdadeira dificuldade decorre, por sua vez, nos casos em que unidade económica assenta exclusivamente na atividade humana, ou seja, em mão-de-obra. Será o caso, por exemplo, da prestação de serviço de vigilância, meramente físico (por exemplo, relacionado com o mero controlo de acessos e/ou a realização de rondas de vigilância por parte dos trabalhadores).

Em casos deste jaez, a atividade em causa não depende de instrumentos de trabalho relevantes, cuja análise possa ser tida em consideração para efeitos de aferir se ocorreu, ou não, uma efetiva transmissão de estabelecimento.

Note-se que não se desconhece existirem alguns instrumentos de trabalho que serão necessariamente utilizados pelos vigilantes em causa no exercício das respetivas funções; alguns dos quais, de resto, se impõem por força de obrigações legais adrede previstas (será o caso do fardamento, impressos e alvarás ou licenças utilizadas por cada uma das empresas que se dedicam à prestação de serviços de vigilância).

O que sucede, porém, é que se afigura irrelevante para a formulação do juízo acima descrito a circunstância de alguns dos referidos equipamentos terem sido, ou não, efetivamente transferidos pelo cedente para o cessionário. E tal decorre, no essencial, quer da circunstância de alguns dos referidos equipamentos não integrarem o *"núcleo essencial identificativo"* da unidade económica em causa(12), quer ainda por não poderem ser transmitidos, atenta a sua específica natureza e por conterem neles inscritos o modelo e imagem de cada uma das empresas em causa (cf. art. 4.º, n.os 1 e 3, 14.º, 28.º, n.º 1 da Lei n.º 34/2013, de 16 de Maio, e art. 293.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial).

O que se disse encontra-se, aliás, em linha com a jurisprudência do próprio TJUE, o qual teve já oportunidade de se pronunciar no sentido de

---

(11) Cf. Acórdão do TJUE, Carlito Adler c. Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH, de 20 de Novembro de 2003, proc. C-340-01, §36, §41 e §42, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(12) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11-02-2021, proc. n.º 100/20./0T8SNS.E1, rel. Paula do Paço, disponível em <www.dgsi.pt>.

que, «*quando a transferência de elementos corpóreos significativos* ***é, na prática, impedida pela existência de tais exigências legais****, o órgão jurisdicional nacional não deve considerar que este aspeto da transação é necessariamente determinante para decidir se existiu, ou não, uma transferência de empresa na aceção do art. 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2001/23*»; tendo em consideração, designadamente, que «*a decisão da nova operadora de não retomar os meios de exploração da referida empresa foi ditada por exigências externas*»(13) (grifado nosso).

No caso de unidades económicas que assentem exclusivamente em mão-de-obra os indícios mais relevantes serão, naturalmente, os próprios trabalhadores em causa.

A este propósito, assinalou o TJUE que uma entidade económica «*é suscetível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limitar a prosseguir a atividade em causa, retomando também uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efetivos que o seu antecessor afetava especialmente a essa tarefa. Nesta hipótese, o novo empresário adquire, com efeito, um conjunto organizado de elementos que lhe permitirá prosseguir de forma estável as atividades ou parte das atividades da empresa cedente*»(14).

Mais acrescentou o TJUE, outrossim, que a conclusão acima referenciada se mantém inalterada ainda que, nesses casos, a operação não seja acompanhada da cessão de quaisquer elementos do ativo, corpóreos ou incorpóreos(15).

Trata-se de uma solução facilmente compreensível: sendo a unidade económica em análise constituída, no essencial, pelo fator humano/mão-de-obra, uma vez transferida esta — ou, pelo menos, parte relevante da mesma —, impõe-se concluir pela existência de transmissão do estabelecimento.

De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-07-2021(16), «*no caso particular das empresas cujo capital é sobretudo humano, como é o caso de serviços de vigilância e limpezas, o TJ tem*

---

(13) Cf. Acórdão do TJUE, Reiner Grafe e Jürgen Pohle c. Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH e OSL Bus GmbH, de 27 de Fevereiro de 2020, procs. C-298/18, §31 a §35, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(14) Cf. Acórdão do TJUE, EV c. Obras y Servicios Públicos, S.A.e Acciona Água, S.A:, de 24 de Junho de 2021, procs. C-550/19, §92 e §93, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(15) Nesse sentido, cf. Acórdão do TJUE, Temco Service Industries S.A. c. Samir Imzilyen *et alia*, de 24 de Janeiro de 2002, procs. C-51/00, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(16) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-07-2021, proc. n.º 682/20.7T8BRG.G1, rel. Maria Leonor Chaves dos Santos Barroso, disponível em <www.dgsi.pt>.

declarado que, nestes sectores que assentam essencialmente na mão-de-obra, ***a identidade de uma unidade económica não pode ser mantida se o essencial dos seus efetivos não for integrado pelo cessionário***» (grifado nosso).

O entendimento acima referenciado foi sufragado pelo TJUE, no Acórdão Clece S.A. c. María Socorro Martín Valor e Ayuntamiento de Cobisa([17]), o qual se pronunciou especificamente sobre atividades de serviços de limpeza.

Começará por se assinalar, no entanto, que se nos suscitam algumas reservas de que o entendimento em causa seja o que melhor se coaduna com o escopo prosseguido pela Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março.

Com efeito, a referida conceção parece assentar num raciocínio tautológico: para saber se houve transmissão de estabelecimento e, em consequência, se os contratos de trabalho se transmitiram para o novo adquirente exigir-se-ia, desde logo, que os referidos contratos se tivessem transmitido *ab initio* para o mesmo.

Se bem se compreende, trata-se de uma solução que prejudica manifestamente os direitos de todos os trabalhadores envolvidos, em detrimento da teleologia da própria Diretiva *supra* citada.

A admitir-se o referido entendimento, estar-se-ia a permitir, de resto, que por ato de vontade do novo operador (a quem compete decidir se pretende, ou não, integrar na sua esfera jurídica, algum trabalhador do operador anterior) o mesmo lograsse obstar à aplicação do regime legal e imperativo da transmissão do estabelecimento.

Independentemente das reservas apontadas, parece-nos, no entanto, ser de assinalar a evolução que a jurisprudência da União Europeia tem assumida neste âmbito.

Conforme o próprio TJUE tem vindo paulatinamente a acentuar, afigura-se mister ponderar todas as circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa; não se satisfazendo, destarte, com a mera verificação sobre se os trabalhadores foram, ou não, retomados pelo presumido cessionário.

Com efeito, no Acórdão Securitas — Serviços e Tecnologia de Segurança, S.A. c. ICTS Portugal — Consultoria de Aviação Comercial, S.A., Arthur George Resendes *et alia*, acima referenciado, o TJUE, após afirmar que impendia sobre o tribunal nacional *«verificar se a ICTS transmitiu à*

([17]) Cf. Acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2011, proc. C-463/09, §41, disponível em <https://curia.europa.eu>.

Securitas, direta ou indiretamente, equipamentos ou elementos corpóreos ou incorpóreos, para exercer a atividade de vigilância e de segurança nas instalações em causa» (§32), declarou expressamente que *«o art. 1.º, n.º 1, alínea a*)*, da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos,* ***deve ser interpretado no sentido de que está abrangida pelo conceito de «transferência […] de uma empresa [ou de um] estabelecimento», na aceção desta disposição, uma situação em que um contratante resolveu o contrato de prestação de serviços de vigilância e de segurança das suas instalações celebrado com uma empresa e, em seguida, para a execução dessa prestação, celebrou um novo contrato com outra empresa, que recusa integrar os trabalhadores da primeira, quando os equipamentos indispensáveis ao exercício da referida prestação foram retomados pela segunda empresa»*** (grifado nosso).

Destarte, em face da evolução jurisprudencial do próprio TJUE, entende-se não ser possível afirmar uma conceção apriorística, que assente na ideia de que, sempre que o novo operador não integre na sua esfera jurídica qualquer trabalhador da empresa precedente, inexiste — sem mais — , transmissão da unidade económica e, por consequência, transmissão dos respetivos contratos de trabalho.

Em contraponto, dir-se-á igualmente não ser possível a conclusão inversa, no sentido de que o simples facto de o novo prestador de serviços integrar alguns trabalhadores do anterior empresário ser suficiente para afirmar, *de per si*, a existência de uma transmissão do estabelecimento.

Com efeito, conforme assinalado pelo TJUE, no Acórdão Strong Charon — Soluções de Segurança, S.A. c. 2045 — Empresa de Segurança, S.A.([18]), «*não é suscetível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação desta diretiva uma situação em que uma empresa prestadora de serviços que, para as necessidades de um dos seus clientes, tinha afetado a este último uma equipa composta por um certo número de trabalhadores é substituída, por esse cliente, para prestar os mesmos serviços, por uma nova empresa prestadora e em que, por um lado,* ***esta última assume apenas um número muito limitado dos trabalhadores que integravam essa equipa, sem que os trabalhadores reintegrados tenham competências e conhecimentos específicos indispensáveis para a prestação dos serviços***

([18]) Cf. Acórdão do TJUE de 16 de Fevereiro de 2023, proc. C-675/21, disponível em <https://curia.europa.eu>.

***ao referido cliente**, e, por outro, não se verificou a transmissão para a nova prestadora de bens corpóreos ou incorpóreos necessários para a continuidade desses serviços*» (grifado nosso).

Nessa medida, devem ser ponderados *todos* os indícios ou circunstâncias de facto que se afigurem suscetíveis de relevar para os efeitos acima referidos; indícios esses que não se limitam — mesmo nos casos de unidades económicas cujo fator produtivo assenta quase exclusivamente em mão-de-obra —, à eventual reabsorção dos trabalhadores por parte do sujeito que assumiu a exploração da atividade económica(19).

Note-se, a este propósito, que não se desconsidera que o peso de cada tipo de indício é suscetível de variar consoante a própria natureza da entidade económica em causa.

O que se disse, e se reafirma, é que todos indícios existentes devem ser considerados e ponderados (aqui sim, de acordo com o respetivo peso e relevância), tendo em vista aferir a manutenção da identidade económica do estabelecimento em causa. Não perdendo de vista, outrossim, que cada um dos elementos considerandos «(…) *constituem apenas aspetos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não podem, por isso, ser apreciados isoladamente*»(20).

E relevará, para este efeito, determinar quer a existência de uma eventual retoma por parte do novo prestador de serviços dos trabalhadores da empresa anterior, quer, outrossim, a causa da cessação do contrato de prestação de serviços que havia sido celebrado entre o beneficiário da prestação e esta última empresa (designadamente, para aferir se a mesma se deveu, ou não, à insatisfação daquele com os trabalhadores da mesma)(21), quer ainda se a atividade prestada pelo novo operador é idêntica e se manteve a ser realizada nos exatos moldes em que era executada, até então, pelo seu predecessor(22).

Ponderadas todas as circunstâncias do caso, poderá o tribunal — na linha, reitera-se, daquela que tem sido a jurisprudência do TJUE —, formular um juízo global quanto à manutenção da identidade económica do estabelecimento em causa e, nessa medida, poder afirmar a (in)existência de

---

(19) Cf. Milena Silva Rouxinol, "Transmissão da unidade económica", *Direito do Trabalho — Relação Individual*, Almedina, Coimbra, Julho de 2021, pp. 859 e 861.

(20) Cf., Acórdão do TJUE de 16 de Novembro de 2023, procs. C-583/21 a C-586/21, §64, disponível em <https://curia.europa.eu>.

(21) Cf. Júlio Gomes, "Comentário de urgência ao Acórdão do TJCE, de 20 de Novembro de 2003, processo n.º C-340/01 — *Carlito Abler e.a. e Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH v. Sanres Großküchen Betriebsgesellschaft mbH*", *ob. cit.*, pp. 217-219.

(22) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24-11-2022, proc. n.º 837/21.7T8 EVR.E1, rel. Paula do Paço, disponível em <www.dgsi.pt>.

uma eventual transmissão do mesmo, com a consequente (se for caso disso) transmissão dos contratos de trabalho dos efetivos da empresa cedente.

2. A relevância do acesso à informação para efeitos da transmissão do estabelecimento comercial na contratação pública

Analisado no que consiste a *transmissão do estabelecimento comercial*, cumpre agora relacionar o tema no âmbito da Contratação Pública, sendo que, não obstante o reconhecimento expresso pelo Legislador, por força da Lei n.º 18/2021, de 08 de Abril, através da nova redação do art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho, já era defendida tal aplicação no âmbito dos *contratos administrativos*([23]).

Contudo, a norma plasmada no art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho encerra múltiplas dificuldades([24]), desde logo, toda a relação jurídica que decorre do acesso à informação associada à *transmissão do estabelecimento comercial*([25]). Com efeito, nos casos em que esteja em causa um *procedimento pré-contratual*([26]), coloca-se com frequência a possibilidade de, entre os potenciais *Interessados* em apresentar uma proposta, estar o *Incumbente/Cocontratante* (aquele que, por estar a executar o contrato, acaba por ser o que melhor sabe das potencialidades que decorrem do mesmo e que, por vezes, e até por razões históricas, acaba por, faticamente, conferir uma vantagem concorrencial)([27]), dúvidas não existem da

---

([23]) Cf. Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, 6.ª ed., 2016, *cit.*, pp. 644 e 645.

([24]) Para uma análise ao tema, Miguel Lucas Pires/Tiago Leote Cravo, "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, pp. 5-45.

([25]) Embora o n.º 10 do art. 285.º do Código do Trabalho refira que a transmissão se dá com a adjudicação, a mesma deve-se considerar apenas com o termo inicial da execução do contrato. Neste sentido, Miguel Lucas Pires/Tiago Leote Cravo, "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 19.

([26]) O art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho refere concurso público ou outro meio de seleção, não existindo uma recondução apenas aos casos de concursos públicos. Nos termos do n.º 1 do art. 16.º do Código dos Contratos Públicos, os procedimentos pré-contratuais são: (*i*) ajuste direto; (*ii*) consulta prévia; (*iii*) concurso público; (*iv*) concurso limitado por prévia qualificação; (v) procedimento de negociação; (*vi*) diálogo concorrencial e (*vii*) parceria para a inovação.

([27]) Sobre o tema, Raquel Sampaio, "Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública", *Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2013, *cit.*,

tensão que pode existir no acesso a informação, a qual pode ser crucial para obter a adjudicação de um contrato público.

É com base neste pressuposto que é possível identificar três perspetivas distintas do problema acabado de enunciar: (*i*) a perspetiva da *Entidade Adjudicante*, que não executa o contrato e apenas o fiscaliza, reunindo a informação obtida e disponibilizada pelo *Incumbente*; (*ii*) a perspetiva do *Incumbente*, ou seja, quem executa o contrato e sabe a melhor forma de rentabilizar o seu negócio, mas também de "gerir" a informação que disponibiliza à *Entidade Adjudicante* em função das obrigações contratuais que assumiu por decorrência da adjudicação do contrato; e (*iii*) a perspetiva dos todos os potenciais *Interessados* em apresentar uma proposta e obter a adjudicação, na medida em que a celebração do contrato corresponde à obtenção de um bem excludente.

Embora como ponto de partida a questão possa parecer simples, a verdade é que existem diversas dimensões da informação associada à *transmissão do estabelecimento comercial* que são difíceis de harmonizar, principalmente no caso de *Entidades Adjudicantes* menos experientes ou da existência de débeis mecanismos eficazes de fiscalização da execução contratual e de obtenção de informação por parte do *Cocontratante*/*Incumbente*.

A informação que referimos pode, aliás, ser essencial para efeitos concorrenciais — igualdade de tratamento([28]) —, designadamente, na elaboração de uma proposta cuja estrutura de custos possa constituir uma proposta vencedora, desde logo no que diz respeito a saber (*i*) o número de trabalhadores, (*ii*) vencimentos, (*iii*) antiguidades, ou (*iv*) respetivas categorias profissionais que o potencial adjudicatário terá de assumir em caso de ver a sua proposta adjudicada.

A este respeito, cumpre ainda referir que, no seio da agenda do trabalho digno, o Legislador, através do aditamento introduzido pelo Decreto-Lei n.º 78/2022, de 7 de novembro, aditou o art. 42.º, n.º 13 do Código dos Contratos Públicos, passando a estabelecer a obrigatoriedade de os Cadernos de Encargos dos procedimentos de formação de *contratos de concessão de obras públicas*, de *concessão de serviços públicos* e de *aquisição de serviços* incluírem uma cláusula, independentemente do valor do contrato a ser celebrado, com a obrigatoriedade do cumprimento do disposto no art. 419.º-A do Código

---

p. 487, ss, Marco Caldeira, "A posição do incumbente e a promoção da sã concorrência", *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a Contratação Pública*, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 57, ss.

([28]) No mesmo sentido, Miguel Assis Raimundo, "Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar", *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, cit., p. 130, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

dos Contratos Públicos, ou seja, e como regra geral, a necessidade de os trabalhadores afetos a concessões (e também à prestação de serviços) cujo prazo seja superior a um ano, prestem a sua atividade em regime de *contrato de trabalho sem termo*([29]). Tal facto pode configurar uma informação extremamente importante para os *Interessados* formularem as suas propostas, designadamente quanto à rentabilidade expectável com a execução do contrato.

Ainda que esquematicamente, será possível constatar que a relação jurídica que decorre da obtenção de informação entre os potenciais *Interessados* em apresentar uma proposta e a *Entidade Adjudicante* é a que acaba por acolher alguns institutos jurídicos mais estabilizados — o *pedido de esclarecimentos* e a *identificação de erros e omissões das peças do procedimento*, institutos que serão descritos no parágrafo seguinte.

Mais problemática poderá ser a relação jurídica que decorre da obtenção de informação solicitada pela *Entidade Adjudicante* ao *Cocontratante*/*Incumbente*, bem como a consequente disponibilização da mesma. Ora, pensamos que é neste domínio que mais pontos de tensão podem existir. Não obstante a questão possa ser mais atenuada no âmbito dos *contratos de concessão*, na medida em que, por serem contratos tipicamente de longa duração, é mais intensa a informação que a *Entidade Adjudicante* vai obtendo (desde logo, designadamente, no que diz respeito ao cumprimento de obrigação de investimento e do típico dever de reporte de informação que os Concessionários ficam vinculados), é nos contratos de *aquisição de serviços* que mais questões se podem colocar.

Analisaremos três questões que poderão ser as mais recorrentes, em sede de fase de formação de um procedimento pré-contratual([30]), e que se relacionam com a informação associada à *transmissão do estabelecimento comercial*, necessária para (*i*) *fixação do preço base*; (*ii*) *proteção de dados pessoais* e (*iii*) a *proteção de segredos comerciais/negócio*.

Como ponto de partida, é preciso ter presente que um dos aspetos essenciais no lançamento de um procedimento pré-contratual é a fixação do *preço base*([31]).

([29]) Neste sentido, Pedro Fernández Sánchez, *A Revisão de 2022 do Regime de Formação e Execução de Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, pp. 102-105.

([30]) Salientando a mesma preocupação, Miguel Assis Raimundo/Marco Caldeira, "Proteção de dados e contratos públicos", *Direto da Proteção de Dados. Perpectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 311, ss.

([31]) Nos termos do art. 47.º, n.º 1 do Código dos Contratos Público, «*O preço base, que deve ser definido pela entidade adjudicante no caderno de encargos, é o montante máximo que esta entidade se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, incluindo eventuais renovações do contrato*». Por seu turno, dispõe o art. 47.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos que «*Quando o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço pela*

Neste sentido, a *Entidade Adjudicante*, antes de lançar um procedimento pré-contratual, terá de ter informação necessária para que o preço que se dispõe a pagar (ou a receber) do Adjudicatário seja suficientemente atrativo para, por um lado, existir interesse no mercado para a apresentação de uma proposta([32]), com o consequente lucro que decorre de uma atividade privada, mas também para que as propostas apresentadas sejam propostas que consigam cumprir com todas as obrigações assumidas pelo Adjudicatário, patenteadas no Caderno de Encargos, sem colocar em causa a prossecução do interesse público. Ora, esta fixação do *preço base* só será possível se a *Entidade Adjudicante* tiver informação detalhada sobre, designadamente, (*i*) número de trabalhadores, (*ii*) remuneração e/ou (*iii*) categoria profissional.

Por outro lado, cumpre referir que na elaboração das peças do procedimento não se deve considerar como admissível, ou na disponibilidade do órgão competente para a decisão de contratar, estabelecer cláusulas que tenham como efeito excluir ou condicionar a *transmissão do estabelecimento comercial*([33]), na medida em que tal efeito não se encontra na disponibilidade das partes.

Outra questão possível de ser colocada prende-se com a *proteção de dados pessoais* no que diz respeito, designadamente, aos trabalhadores, enquanto pessoas singulares, que se associem ao estabelecimento/ /unidade económica que será objeto de *transmissão do estabelecimento comercial*([34]), no âmbito da adjudicação de um contrato público([35]). O ponto de partida poderá ser apenas a disponibilização, nas peças do procedimento, de uma lista de trabalhadores sem identificação de dados pessoais, designadamente, nomes, moradas, números de identificação fiscal ou da segurança social, de modo a cumprir-se com os princípios da *finalidade, minimização* e da *proporcionalidade* dos dados pessoais([36]).

---

entidade adjudicante, o preço base corresponde ao montante previsível a receber pelas prestações que constituem o objeto do contrato».

([32]) Salientando este aspeto, IMPIC — Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., *Orientação Técnica 02/CCP/2019 — Preço Base*, *cit.*, p. 7.

([33]) Cf. Ana F. Neves, "A situação dos trabalhadores de entidades privadas em face da extinção de contratos públicos de colaboração entre essas entidades e empregadores públicos", *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública*, Org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 449.

([34]) Enunciando o problema, Miguel Assis Raimundo/Marco Caldeira, "Proteção de dados e contratos públicos", *Direto da Proteção de Dados. Perpectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 320.

([35]) Dispõe a parte final do Considerando n.º 78 do Regulamento Geral de Proteção de Dados ("RGPD") que: "*Os princípios de proteção de dados desde a conceção e, por defeito, deverão também ser tomados em consideração no contexto dos contratos públicos*".

([36]) No mesmo sentido, Miguel Assis Raimundo/Marco Caldeira, "Proteção de dados e contratos públicos", *Direto da Proteção de Dados. Perpectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 314.

Contudo, casos pode haver em que os dados pessoais sejam ou tenham de ser identificados ou identificáveis, dados pessoais cujo tratamento tanto pode ser da responsabilidade da *Entidades Adjudicante* como do *Cocontratante*([37]). Nestes casos, e ainda que sumariamente, mas sem prejuízo do cumprimento dos princípios *supra* referidos, somos levados para a ideia de que, sendo a *transmissão do estabelecimento comercial* um efeito decorrente da Lei, em sentido amplo, o qual não pode ser excluído ou condicionada pelas partes, sendo na verdade um efeito que decorre do disposto no art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho e na Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, a disponibilização de dados pessoais dos trabalhadores afetos ao estabelecimento/unidade económica estarão abrangidos por uma fundamento de *licitude do tratamento*([38]), *in casu*, por decorrência do cumprimento de uma obrigação jurídica (que não se subsume a um ato discricionário ou consensual entre as partes)([39]) a que o responsável pelo tratamento (privado e/ou público)([40]) esteja sujeito, nos termos da articulação do art. 5.º, n.º 1, alínea *a*), com o art. 6.º, n.º 1, alínea *c*) (cumprimento de uma obrigação jurídica)([41]), ambos do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Saliente-se, contudo, que o art. 66.º, n.º 7 do Código dos Contratos Públicos permite que as Entidades Adjudicantes possam impor aos Concorrentes requisitos destinados a proteger informações de natureza confidencial por elas disponibilizados ao longo do procedimento de formação do contrato público. Existindo posições que admitem a possibilidade de

---

([37]) Sobre o tema, Ana F. Neves, "Contratação Pública e o regime europeu de proteção de dados pessoais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Almedina, 2020, *cit.*, p. 14, ss.

([38]) Existe o entendimento que "*O tratamento de dados pessoais apenas poderá ser licitamente realizado na medida em que seja, em concreto, subsumível a uma das alíneas do art. 6.º/1* [do RGPD]". Cf., A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de dados e à Lei n.º 58/2019*, Coord. A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2022, *cit.*, p. 110.

([39]) Salientando este aspeto para a operacionalização da referida causa de licitude do tratamento, Graça Canto Moniz, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 88. No mesmo sentido, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, Almedina, 2022, *cit.*, p. 213 e A. Barreto Menezes Cordeiro, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de dados e à Lei n.º 58/2019*, Coord. A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2022, *cit.*, p. 113.

([40]) Neste sentido, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, Almedina, 2022, *cit.*, p. 213.

([41]) Entende a doutrina que, *«A aplicação do art. 6.º 1/c*) *pressupõe, partindo de uma conceção sistematizadora que considere, igualmente, os seus números 2 e 3, o preenchimento de quatro elementos distintos:* (*i*) *necessário para o cumprimento* (*ii*) *de uma obrigação legal* (*iii*) *imposta pelo Direito da União Europeia ou de um Estado-Membro, art. 6.º/3; e* (*iv*) *essa imposição legal deve responder* (*a*) *a um objetivo de interesse publico e* (*b*) *ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido»*. Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, Almedina, 2022, *cit.*, p. 214.

invocar a classificação de documentos da proposta, ao abrigo do art. 66.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, como mecanismo de proteção de dados pessoais em documentos da proposta(42), por argumento de maioria de razão sempre será de aplicar a mesma posição também para o caso da proteção de dados pessoais imposto pelas Entidades Adjudicantes.

Por fim, sempre se dirá que em causa também poderá estar a necessidade de *proteção de segredos comerciais ou industriais*, sendo certo que o art. 66.º do Código dos Contratos Públicos estabelece um subprocedimento de classificação de tais documentos para efeitos de restrição ou da limitação do respetivo acesso(43). Sem prejuízo das especificidades de cada caso concreto, deixa-se nota que a jurisprudência administrativa tem considerado que todo o processo administrativo pré-contratual, desde a sua preparação e consequente celebração do contrato, propostas apresentadas, bem como os preços, constituem, em geral, documentação administrativa para efeitos do *direito à informação administrativa*(44), sendo considerado, em regra, que os preços unitários ou parcelares constantes de procedimentos pré-contratuais e o teor dos contratos públicos não são segredo protegido, em geral, pela nossa ordem jurídica(45). A questão que se pode colocar é, tendo em consideração questões como a estrutura de custos associada à execução do contrato ou a formação de organização empresarial na execução do mesmo(46), bem como a necessidade de disponibilizar informação adequada para que se possa efetivar a *transmissão do*

---

(42) Cf. Miguel Assis Raimundo/Marco Caldeira, "Proteção de dados e contratos públicos", *Direto da Proteção de Dados. Perpectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 333.

(43) Sobre o tema, Miguel Assis Raimundo, "Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar", *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, *cit.*, p. 144, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

(44) Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 10.05.2018, Proc. n.º 1502/ /17.5BELRTA, disponível em <www.dgsi.pt>. Sobre os diferentes enquadramentos jurídicos do acesso à informação procedimental, João Filipe Graça, "Anotação ao Regime do Direito à Informação Procedimental e Protecção de Dados Pessoais: impacto quanto à consulta do processo", *Revista de Direito Administrativ*o, n.º 6, AAFDL Editora, 2019, *cit.*, pp. 106-111.

(45) Cf. Acórdão do TCA Sul, de 27.02.2020, Proc. n.º 2232/ /18.6BELSB, disponível em <www.dgsi.pt>. Contudo, o referido Acórdão já considera como informações secretas detidas por uma entidade pública ou privada as respeitantes, nomeadamente, (*i*) métodos de avaliação dos custos de fabrico ou distribuição (*ii*) segredos e processos de fabrico (*iii*) fontes de aprovisionamento (*iv*)quantidades vendidas e produzidas (*v*) quotas de mercado (*vi*)ficheiros de clientes e fornecedores (*vii*) estratégia comercial (*viii*) estrutura do preço de custo (*ix*) política de vendas (*x*) informações de estratégia empresarial de uma unidade produtiva (*xi*) técnicas que podem não ter nível inventivo, mas que sejam apanágio de uma empresa.

(46) No mesmo sentido, Miguel Assis Raimundo, "Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar", *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, *cit.*, p. 136, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

estabelecimento comercial, possa ser colocada em causa segredos comerciais e/ou industriais — neste domínio, é possível referir que *«demasiada informação relacionada com a contratação pública pode ter um efeito pernicioso sobre a concorrência no mercado, se essa informação for livremente acessível»*([47]), facto que impõe às *Entidades Adjudicantes* uma ponderação da informação a ser disponibilizada.

3. A relevância do pedido de esclarecimentos e/ou identificação de erros e omissões das peças do procedimento

Como já tivemos a possibilidade de abordar, a *transmissão do estabelecimento comercial* acaba por ter impacto, designadamente, na remuneração do *Adjudicatário*, no caso da prestação de serviços (*v.g.*, na transmissão de um número significativo de contratos de trabalho), ou então no tempo necessário para a amortização do investimento, principalmente no caso de contratos de concessões, que se tratam de contratos de longa duração e que carecem de um período de tempo adequado para que a exploração da concessão seja viável.

Na maioria dos casos, e como já referido, pode estar em causa a informação necessária para que um *Concorrente* apresente uma proposta que, para além de ser competitiva, implica uma ponderada análise da estrutura de custos com impacto ao nível do preço proposto, designadamente no cumprimento de outros aspetos legais que vão para além dos que resultam diretamente do cumprimento das regras patenteadas no procedimento pré-contratual e cuja violação pode determinar a *exclusão da proposta*([48]) —

([47]) Cf. Miguel Assis Raimundo, "Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar", *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, *cit.*, p. 135, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

([48]) Nos termos do art. 70.º, n.º 2, alínea *d*) do Código dos Contratos Públicos, são excluídas as propostas cuja análise revele *«Um preço ou custo anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados ou não tenham sido considerados…»*, sendo também configurada como causa de exclusão das propostas, nos termos do art. 70.º, n.º 2, alínea *f*) do Código dos Contratos Públicos, as propostas cuja análise revele "*que o contrato a celebrar implicaria a violação de qualquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis*". Cumpre dar nota, porém, que, no entendimento do STA, «*Para efeitos de ponderação de exclusão de proposta com fundamento na alínea f) do n.º 2 do art. 70.º do CCP ("cuja análise revele que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis") — tal como na alínea e) ("cuja análise revele um preço ou custo anormalmente baixo") — não relevam preços parcelares relativos a partes de execução do contrato, em si mesmo considerados, sem prejuízo de estes poderem servir de elementos indiciários de tais violações ou da anomalia do preço global, designadamente quando corresponderem a par-*

pensamos no cumprimento do montante subjacente à retribuição mínima mensal garantida (RMMG)([49]) ou no caso da *prestação de serviços de segurança* cuja contratação com prejuízo é configurada como prática comercial desleal([50]).

Não obstante a questão dos custos associados à *transmissão do estabelecimento comercial* possa ficar estabilizada pelo *órgão competente para a decisão de contratar* logo no momento da aprovação das peças do procedimento, designadamente com a indicação completa e clara do que efetivamente acompanha a *transmissão do estabelecimento comercial*, a verdade é que tal informação, quando não disponibilizada ou cuja informação seja insuficiente, pode ser "provocada" pelos *Interessados*([51]), em concreto, através do recurso ao (*i*) *pedido de esclarecimentos* e/ou (*ii*) através da *identificação de erros e omissões das peças do procedimento*. O objetivo será evitar aquilo que a doutrina apelidou de "*transmissão surpresa*"([52]).

Com efeito, e como veremos, o *pedido de esclarecimentos* e a *identificação de erros e omissões das peças do procedimento* constituem institutos jurídicos específicos na contratação pública que permitem minorar as referidas "*transmissões surpresa*". Com base neste pressuposto, temos dúvidas quanto à solução avançada por alguma doutrina quando invoca os vícios da vontade, em concreto o erro sobre os motivos, como fundamento para a anulação do negócio jurídico, ao abrigo do disposto no art. 251.º do Código Civil, por aplicação do disposto no art. 284.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos([53]).

---

tes com peso significativo na execução do contrato, afetando a sua coerência e a do preço global». Cf. Acórdão do STA, de 21.04.2022, Proc. n.º 03/21.1BEBRG, disponível em <www.dgsi.pt>.

([49]) Fixada em € 820,00, nos termos do art. 3.º do Decreto-lei n.º 107/2023, de 17 de Novembro. Sobre este aspeto importa ter presente a preocupação que o Legislador acabou por sentir, em determinados contratos de prestação de serviços, cujo aumento da remuneração mensal garantida acaba por ter impacto na execução do contrato, aprovando a Portaria n.º 54/2023, de 24 de fevereiro, diploma que estabelece a atualização extraordinária do preço dos contratos de aquisição de serviços com duração plurianual.

([50]) Cf. art. 5.º-A, n.º 2, alínea *c*) da Lei n.º 34/2013, de 16 de maio, diploma que estabelece o regime do exercício da atividade de segurança privada.

([51]) O conceito de *Interessados* surge definido no art. 2.º, alínea *c*) da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, diploma que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública nos seguintes termos: *"«Interessados», todos os que manifestam interesse nos procedimentos através da inscrição nos mesmos*".

([52]) Cf. Miguel Lucas Pires/Tiago Leote Cravo, "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 27.

([53]) Defendendo esta posição, Miguel Lucas Pires/Tiago Leote Cravo, "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, pp. 28-29.

Com efeito, e sem prejuízo de os vícios da vontade encontrarem-se expressamente regulados no Código dos Contratos Públicos, a verdade é que, antes de se alcançar a solução de invalidade do contrato é necessário aferir se a mesma foi ou poderia ter sido evitada ou minorada pelo *Interessado* logo no momento que antecede a apresentação das propostas.

Quer o *pedido de esclarecimentos*, quer a *identificação de erros e omissões das peças do procedimento* podem ser apresentados por qualquer *Interessado*. Para este efeito, assume a posição de *Interessado* quem tenha sido convidado a apresentar proposta (no caso do *ajuste direto* ou *consulta prévia*), ou então quem tenha ficado devidamente registado na plataforma eletrónica de contratação pública onde o procedimento pré-contratual é tramitado([54]) (designadamente, no caso dos *concursos públicos* e *procedimentos limitados por prévia qualificação* cuja publicidade do procedimento ocorre através de anúncio no *Diário da República* e, quando superior aos valores dos limiares europeus de contratação pública (art. 474.º do Código dos Contratos Públicos), no *Jornal Oficial da União Europeia*). De referir que os *Interessados* não ficam vinculados ou assumem a obrigação de apresentar qualquer proposta ou candidatura.

Os *Interessados* podem mobilizar um *pedido de esclarecimentos* com o objetivo de obter a «*a boa compreensão e interpretação das peças do procedimento*»([55]), existindo o entendimento na jurisprudência administrativa de que a resposta a um pedido de esclarecimentos apenas poderá «*dirimir zonas obscuras da documentação concursal, não podendo, no entanto, contrariar a literalidade das mesmas*"([56]), ou por outras palavras, "*tornar "claro e inteligível" o que é obscuro, incongruente ou passível de mais de um sentido*»([57]). Contudo, para que os *Interessados* possam exercer tal direito, necessário será que o *pedido de esclarecimentos*([58]) seja apresentado no 1/3 do prazo fixado para a apresentação das propostas ou para a apresentação de candidaturas([59]) (no caso de *concursos limitados*

([54]) Cf. art. 24.º, n.º 1 da alínea *d*) da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

([55]) Expressão utilizada pelo art. 50.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos.

([56]) Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 15.07.2016, Proc. n.º 03661/15.2BEBRG, disponível em <www.dgsi.pt>.

([57]) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09.05.2012, Proc. n.º 0760/11, disponível em <www.dgsi.pt>.

([58]) O pedido de esclarecimentos deve ser dirigido ao órgão competente para a decisão de contratar ou para o júri do procedimento (neste caso, será necessário que tal competência tenha sido delgada no júri do procedimento) — cf. o art. 50.º, n.º 5 da alínea *a*), interpretado *a contrario*, e art. 69.º e do art. 109.º, n.º 1, todos do Código dos Contratos Públicos.

([59]) Findo o 1/3 do prazo fixado para a apresentação das propostas para pedir esclarecimentos, os Interessados podem "provocar" um esclarecimento oficioso por parte do órgão competente para a

por prévia qualificação), o que significa que tal prazo se conta em dias corridos, por força do disposto no art. 470.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos([60]). Sendo prestados os esclarecimentos solicitados pelos *Interessados*, os mesmos ficam a fazer parte integrante das peças do procedimento a que dizem respeito (tendo todos os *Interessados* acesso aos mesmos) e prevalecem sobre estas em caso de divergência([61]).

Já no que diz respeito à *identificação dos erros e omissões das peças do procedimento,* trata-se na verdade de um ónus que é imposto aos *Interessados*. Com efeito, se para efeitos da apresentam de um *pedido de esclarecimentos* o Legislador utiliza a expressão, no n.º 1 do art. 50.º do Código dos Contratos Públicos, «*podem*», a verdade é que a mesma disposição, para efeitos da *identificação de erros e omissões das peças do procedimento*, os *Interessados* «*devem*» identificar os mesmos. Para este efeito, o art. 50.º, n.º 2, alíneas *a*) a *d*) do Código dos Contratos Públicos indicam o que se deve entender por *erros e omissões*([62]), devendo os mesmos ser apresentados no mesmo prazo que os *pedidos de esclarecimentos*, mas com a diferença de terem de ser dirigidos ao *órgão competente para a decisão de contratar*.

Ora, o dever de *identificar erros e omissões* tem impacto, designadamente, em duas questões: (*i*) ao nível do princípio da estabilidade das peças do procedimento, princípio que não é absoluto([63]), podendo as peças do procedimento ser alteradas pelo *órgão competente para a decisão de contratar* (por iniciativa própria ou a pedido dos *Interessados*), estabilidade que tende a ocorrer com o termo do prazo para a apresentação das propostas, face ao disposto no art. 50.º, n.º 7 do Código dos Contratos Públicos([64]) e (*ii*) em termos da responsabilidade que pode vir a ser impu-

---

decisão de contratar, nos termos do art. 50.º, n.º 7 do Código dos Contratos Públicos. Contudo, neste caso, o órgão competente para a decisão de contratar não é obrigado a responder ao pedido de esclarecimentos solicitados pelos Interessados, dado que se trata de uma iniciativa oficiosa por parte deste.

([60]) No mesmo sentido, Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020, *cit.*, p. 520.

([61]) Cf. art. 50.º, n.º 9 do Código dos Contratos Públicos.

([62]) No art. 50.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos é referido o seguinte: «*Para efeitos do presente Código consideram-se erros e omissões das peças do procedimento os que digam respeito a:*

a) *Aspetos ou dados que se revelem desconformes com a realidade;*

b) *Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objeto do contrato a celebrar;*

c) *Condições técnicas de execução do objeto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis;*

d) *Erros e omissões do projeto de execução que não se incluam nas alíneas anteriores».*

([63]) Salientando este aspeto, Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 443.

([64]) Cf. TAC, de 08.04.2021, Proc. n.º 947/ /20.8BELSB, disponível em <www.dgsi.pt>.

tada, responsabilidade que começa a ser configurada logo em momento prévio à apresentação das propostas, face ao disposto na articulação entre o art. 50.º, n.º 4 com o art. 378.º, n.º 3, ambos do Código dos Contratos Públicos(65). A este título, cumpre salientar que o regime da responsabilidade pelos trabalhos complementares, consagrado no art. 378.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos, é aplicável, com as necessárias adaptações, aos contratos de *concessão de serviço público* e aos *contratos de aquisição de serviços*, nos termos do disposto, respetivamente, no art. 420.º-A, n.º 1 e do art. 454.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos(66).

4. Breve nota sobre a transmissão dos trabalhadores de entidades privadas para o quadro do pessoal da entidade adjudicante

Embora se assista a um movimento de *contracting out* para a satisfação das necessidades das Entidades Adjudicantes(67), casos há em que estas, em vez de lançarem um novo procedimento pré-contratual para a celebração de um contrato público de colaboração, nomeadamente, para a aquisição de um serviço(68) ou para a execução de uma determinada tarefa por via de uma concessão de serviço público(69), optam, dentro da sua

---

Salientando a possibilidade de alteração das peças após o termo do prazo de apresentação das propostas, Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 448.

(65) A este respeito, é referido que «*a articulação entre os arts. 50.º e 378.º permite a distinção entre graus diferentes de evidência da necessidade dos trabalhos complementares, que se concretizam em prazo e momentos também diferentes para a sua invocação perante a entidade adjudicante ou contraente público. Em primeiro lugar, os trabalhos cuja necessidade já fosse detetável no prazo (curto) do art. 50.º, e não tenham sido detetados pelo concorrente nesse prazo, são da sua responsabilidade (em metade do valor: art. 378.º/3. (...)*». Cf. Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 448.

(66) Dando conta desta remissão, Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. II, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, pp. 311 e 345.

(67) Neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Almedina, 2020, *cit.*, p. 82.

(68) Salientando o especial cuidado a ter nos casos de contratos de prestações de serviços com a sua recondução ao conceito de unidade económica, Pedro Costa Gonçalves, "Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 151, n.º 4027, Gestlegal. 2021, *cit.*, p. 203.

(69) Referindo os mencionados tipos contratuais como aqueles em que haverá maior propensão para o fenómeno da transmissão do estabelecimento comercial, Miguel Lucas Pires/Tiago Leote Cravo, "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um con-

liberdade de autogestão e autoadministração, por assumir a prestação de serviços ou a execução de uma tarefa — *v.g.,* exploração de cantinas(70); exploração e gestão dos sistemas de abastecimento de água; serviços de limpeza; serviços de segurança ou o transporte, recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos. Nos casos em que a Entidade Adjudicante opta pela continuidade da atividade, mas através de *exploração direta/internalização*, pode surgir também a questão associada à *transmissão do estabelecimento comercial*, e com ela o tema da transmissão, ou não, dos trabalhadores afetos à prestação do serviço ou execução de uma tarefa e a sua subsequente integração na esfera do pessoal da Entidade Adjudicante(71).

Não obstante a aparente simplicidade da questão, múltiplas dúvidas subsistem sobre a possibilidade de um trabalhador, vinculado através de contrato de trabalho executado de forma exclusiva ou principal a um ente privado, possa ver transferido o seu contrato, para o exercício da sua função, para uma Entidade Adjudicante, ou seja, para uma entidade da Administração Pública/Empregador Público e do subsequente vínculo laboral regulado, ou não, pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. A este respeito cumpre referir que emerge, por força do disposto no art. 47.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, o princípio segundo o qual o acesso à função pública é efetuado, em regra, por via de concurso(72), dispondo ainda o art. 243.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa que é "*aplicável aos funcionários e agentes da administração local o regime dos funcionários e agentes do Estado, com as adaptações necessá-*

---

trato administrativo: quatro dúvidas essenciais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 26.

(70) *V.* STA, de 11.09.2019, Proc. n.º 2743/15.5T8LSB.L1.S1, disponível em <www.dgsi.pt>. Nos termos do referido arresto, é referido que "*Transmite-se, assim, para a concedente, apesar de ser uma pessoa coletiva de direito público, a posição que o concessionário tinha nos contratos individuais de trabalho, dos trabalhadores que exerciam a sua atividade nessa Cantina*".

(71) Sobre o tema, Pedro Costa Gonçalves, "Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas", *ob. cit*., p. 188, ss.

(72) Sobre a relevância do concurso para a seleção dos trabalhadores na função pública, Ana F. Neves, "O Direito da Função Pública", *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Almedina, 2010, *cit.*, p. 466, ss. Considera-se que a regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento — cf. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, *cit.*, p. 661. Referindo a possibilidade de cedência da regra do acesso à função pública por via do concurso público, Miguel Lucas Pires/Tiago Leote Cravo, "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 37.

rias, nos termos da lei"([73]). Não obstante estas disposições, acompanhamos a doutrina que, embora alerte para o risco da efetivação do princípio da igualdade e da transparência no acesso à função pública, dá nota do primado do direito da União Europeia, decorrente da aplicação da Diretiva 200/23/CE, em concreto, do direito, sem distinção, de todos os trabalhadores serem transferidos para a entidade que retoma ou continua a unidade económica à qual estavam originalmente afetos([74]).

É possível ilustrar vários exemplos que demonstram a complexidade da compatibilização dos regimes privado/público, designadamente, (*i*) pela existência de categorias profissionais que não se reconduzem às categorias previstas na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas; (*ii*) montante e escalão de remuneração; (*iii*) horário de trabalho; (*iv*) a existência de subsídios não previstos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas que acabam por ser consagrados em convenções coletivas de trabalho; (*v*) controlo de recrutamento de trabalhadores, etc…([75]). A par desta realidade, e no caso particular dos Municípios, importa ter presente que se tem assistido, também, a uma progressiva transferência para as Câmara Municipais da competência para assegura a prestação de diversas tarefas (*v.g.,* refeições escolares), facto que torna a presente questão ainda mais premente e suscetível de replicação em múltiplos contextos.

Associado a este processo de transferência de competências está ainda o facto de a Diretiva 200/23/CE, referir, no art. 1.º, n.º 1 da alínea *c*), que «*A presente directiva é aplicável a todas as empresas, públicas ou privadas, que exercem uma actividade económica, com ou sem fins lucrativos. A reorganização administrativa de instituições oficiais ou a transferência de funções administrativas entre instituições oficiais não constituem uma transferência na acepção da presente directiva*». Face ao disposto no art. 1.º, n.º 1, alínea *c*), na Diretiva 200/23/CE, fica claro que o Legislador europeu não impôs uma solução aos Estados-membros no que diz respeito à «*reorganização administrativa de instituições oficiais ou a transferência*

([73]) Referindo que também nestes casos o recrutamento deve funda-se em critérios de mérito e de competência, em regra, por via de concurso, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2010, *cit.*, p. 750.

([74]) Cf. Pedro Costa Gonçalves, "Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas", *ob. cit.*, p. 199.

([75]) Dando conta da dificuldade de compatibilização de regimes, Margarida Inês Vilaça, "A contratualização em sede de emprego público versus autonomia contratual do estado", *Direito das Relações Laborais na Administração Pública*, Coleção CEJ, 2018, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_T8Gybsn3yk%3D&portalid=30>.

de funções administrativas entre instituições oficiais». Com base neste pressuposto, tem entendido a doutrina que o regime da *transmissão do estabelecimento comercial*, consagrado no Código do Trabalho, é também aplicável à transmissão entre empregadores públicos sujeitos à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas(76), mas também é aplicável nos casos em que «*os direitos e obrigações de uma contrato de trabalho existente com o contratante* [entidade privada] *de uma entidade da Administração Pública existentes à data da cessação dos efeitos do contrato de colaboração público-privada são transferidos para esta entidade, em caso de internalização da atividade contratada*»(77).

Ora, a realidade, sempre mais dinâmica que o texto da lei, colhe tratamento pelo Legislador, no domínio do Código do Trabalho, nos termos do art. 285.º, n.º 3 e n.º 10. Tal disposição determina, resumidamente, que no caso de transmissão do estabelecimento comercial os trabalhadores mantêm todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente, a retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos, realidade que é aplicável no casos em que haja transmissão do estabelecimento comercial, por via de uma adjudicação, pressupondo um procedimento pré-contratual, designadamente, para o fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes. Por outro lado, é necessário não esquecer o disposto no art. 244.º, n.º 3 e n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, disposição a ter conta para a articulação de regimes e nos termos da qual é referido que o regime da *cedência de interesse público*(78) é aplicável aos casos em que um

---

(76) Cf. Miguel Lucas Pires, *Confronto entre o regime do emprego público e o regime laboral privado*, Almedina, 2021, *cit.*, p. 319. Salientando a questão, Miguel Lucas Pires, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Almedina, 2019, *cit.*, p. 322 e Miguel Lucas Pires/Tiago Leote Cravo, "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais", *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 33.

(77) Cf. Pedro Costa Gonçalves, "Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 151, n.º 4027, Gestlegal. 2021, *cit.*, p. 198. No mesmo sentido, Ana F. Neves, "A situação dos trabalhadores de entidades privadas em face da extinção de contratos públicos de colaboração entre essas entidades e empregadores públicos", *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública*, org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 442. Referindo a questão, Miguel Assis Raimundo, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. II, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 325.

(78) A cedência de interesse público consiste numa vicissitude modificativa do vínculo de emprego e é aplicável quando um trabalhador vinculado a um empregador público, abrangido pela aplicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (nos termos do art. 1.º, n.º 2 da Lei 35/2014,

empregador público passe a ser responsável pelo estabelecimento ou unidade económica com trabalhadores com relação de trabalho sujeita ao Código do Trabalho, designadamente em situações de reversão por concessão de serviço público (*v.g.,* no caso de resgate ou sequestro de uma concessão de serviço público)([79]).

A verdade, porém, é que da conjugação do art. 285.º, n.º 3 e n.º 10 do Código do Trabalho e do art. 244.º, n.º 3 e n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas([80]), não resolvem as dificuldades já acima referidas, facto, na verdade, que determinou uma iniciativa parlamentar no sentido de clarificar o regime em que se integram os trabalhadores da entidade cedente na entidade cessionária, no âmbito do art. 244.º, n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas([81]), embora a disposição ora em questão não tenha sofrido, na presente data, qualquer alteração. Por outro lado, há o entendimento que o disposto no art. 244.º, n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, «*sugere a ideia de transitoriedade ou de não definitividade da situação jurídica criada pelo efeito da "transferência" dos trabalhadores abrangidos*»([82]).

---

de 20 de junho, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas é aplicável à administração direta e indireta do Estado e, com as necessárias adaptações, designadamente no que respeita às competências em matéria administrativa dos correspondentes órgãos de governo próprio, aos serviços da administração regional e da administração autárquica), vai exercer uma atividade subordinada para um empregador não abrangido pela aplicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, ou o inverso, ou seja, quando um trabalhador que presta a sua atividade para um empregador não abrangido pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas acaba por passar a exercer a sua atividade para um empregador não abrangido pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

([79]) Neste sentido, Miguel Lucas Pires*, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Almedina, 2019, *cit.*, p. 322.

([80]) Sobre o âmbito do art. 244.º, n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas tem entendido a doutrina que «*a remissão do n.º 4 para o n.º 3 coloca uma dificuldade, qual seja a de saber se o que se pretende é a importação do efeito suspensivo nele previsto (o que significa, em termos práticos, a manutenção do estatuto original, ou seja, a submissão ao Código do Trabalho) ou, pelo contrário, a remissão é dirigida no inciso do n.º 3 que alude à não suspensão — e, portanto, à manutenção — do vínculo de emprego público. Julgamos que a alternativa mais correta é a primeira, pois o que se pretende afirmar é que, em ambos os casos previstos nos n.os 3 e 4, se verifica uma exceção ao efeito suspensivo do vínculo de origem, residindo a diferença no facto de, nas hipóteses contempladas no n.º 3 o estatuto de origem ser o emprego público, enquanto nas abrangidas pelo n.º 4 esse estatuto ser o do Código do Trabalho*». Cf. Miguel Lucas Pires*, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Almedina, 2019, *cit.*, pp. 322 e 323.

([81]) Iniciativa disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a457a513046515455464555457776524739 6a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938774d6d526c4f5456694e5331695a5455314c54526b5a6d5174596a4a685953316d4d6a51795a6d4d7a4e6a55315a6d51756347526d&fich=02de95b5-be55-4dfd-b2aa242fc3655fd.pdf&Inline=true>.

([82]) Cf. Pedro Costa Gonçalves, "Destino dos trabalhadores de entidades particulares no

Sem pretensão de estabilizar a presente problemática, e tendo em consideração que existe o entendimento de que, no presente tema, e dentro de certos circunstancialismos, os «*trabalhadores são transferidos para o empregador público, se for possível associar a extinção do contrato de colaboração público-privada entre a entidade particular e o empregador público à transmissão da titularidade de uma empresa ou estabelecimento*"([83]), sendo que "*os trabalhadores respetivos são transferidos para a nova entidade responsável por essa unidade económica. Ficam num regime de cedência de interesse público, como estando em mobilidade, mantêm os seus contratos de trabalho, com os direitos e obrigações inerentes*»([84]), a verdade é que o Legislador, ainda que numa área muito circunscrita, *in casu*, nos termos do disposto no art. 31.º da Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro, diploma que aprova o Orçamento do Estado para 2024, estabelece um regime de vinculação de trabalhadores dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, considerando a possibilidade de serem constituídos, nos termos do art. 31.º, n.º 4, «*vínculos de emprego público por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, necessários à satisfação de necessidades permanentes ou transitórias que decorram da internalização da atividade, expressamente reconhecidas pelo conselho de administração*». Pressupõe, todavia, a existência de trabalhadores com contrato individual de trabalho por tempo indeterminado ou a termo resolutivo celebrado há, pelo menos, um ano, pertencentes às empresas em processo de fim de concessão ou de reversão das concessões da exploração e gestão dos sistemas de abastecimento de água e de tratamento de águas residuais por motivos de interesse público.

Trata-se, porém, de um regime específico, mas que na sua essência reconduz o vínculo de trabalho do trabalhador revertido para o pessoal da Entidade Adjudicante através da constituição de um vínculo de emprego

---

momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas", *ob. cit.*, p. 201.

([83]) Cf. Pedro Costa Gonçalves, "Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas", *ob. cit.*, p. 202.

([84]) Cf. Pedro Costa Gonçalves, "Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas", *ob. cit.*, p. 205. Salientando que o trabalhador mantém a mesma relação laboral com as características correspondentes e o mesmo regime de trabalho que lhe era aplicável, Ana F. Neves, "A situação dos trabalhadores de entidades privadas em face da extinção de contratos públicos de colaboração entre essas entidades e empregadores públicos", *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública*, org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 457.

público. Já nos casos dos contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, que constitui também uma das modalidades de vínculo de emprego público, nos termos do art. 6.º, n.º 3, alínea *a*) e n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, permite-se que estes contratos possam ser prorrogados até ao termo do respetivo procedimento concursal, nos termos conjugados do art. 31.º, n.º 8 da Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro, do art. 57.º, n.º 1, alínea *k*) da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

Note-se, por fim, que a jurisprudência do TJUE tem afirmado que «A Diretiva 2001/23, em conjugação com o art. 4.º, n.º 2, TUE, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê que, em caso de transferência, na aceção desta diretiva, e por o cessionário ser um município, os trabalhadores em causa devem, por um lado, submeter-se a um processo de concurso público e, por outro, sujeitar-se a um novo vínculo com o cessionário»([85]).

([85]) Cf. Acórdão do TJUE, Cátia Moreira contra Município de Portimão, de 13 de junho de 2019, procs. C-317/18, disponível em <https://curia.europa.eu>.

OS CONTRATOS DE CRÉDITO AO CONSUMO

Pelo Prof. Doutor José Engrácia Antunes

Sumário:

1. Noções Gerais. 2. Fontes. 2.1. Fontes Nacionais. **2.2.** Fontes Europeias. **3. Sujeitos. 3.1.** Credor. **3.2.** Consumidor. **3.3.** Os Intermediários de Crédito. **4. Objeto. 4.1.** Concessão ou Promessa de Concessão de Crédito. **4.2.** Modalidades Matriciais. **4.3.** Outras Modalidades. **5. Exclusões. 6. Negociação. 6.1.** Deveres Publicitários. **6.2.** Deveres de Informação e de Assistência Pré-Contratual. **6.3.** Dever de Avaliação da Solvabilidade. **7. Formação. 7.1.** Forma. **7.2.** Obrigação de Entrega de Exemplar do Contrato. **7.3.** Conteúdo Mínimo Obrigatório. **7.4.** Abuso de Direito. **7.5.** Outras Especialidades Formativas. **8. Conteúdo. 8.1.** Taxa Anual de Encargos Efetiva Global (TAEG). **8.2.** Juros Usurários. **8.3.** Garantias. **8.4.** Comissões. **9. Cumprimento e Extinção. 9.1.** Direito de Desistência. **9.2.** Cumprimento Antecipado. **9.3.** Incumprimento. **10. Contratos Coligados. 10.1.** Noção e Sentido. **10.2.** Requisitos. **10.3.** Repercussões Recíprocas.

1. Noções Gerais

I. Designa-se por contrato de crédito ao consumo ("consumer credit loan", "Verbraucherkreditgeschäft", "contrat de consommation de crédit", "contratto di credito al consumo") *o contrato pelo qual uma pessoa singular ou coletiva (usualmente, uma instituição creditícia ou financeira legalmente habilitada, ou o próprio fornecedor ou prestador dos bens ou serviços de consumo), concede ou promete conceder um crédito a um consumidor*([1]).

([1]) Sobre a figura, com especial incidência na sua dimensão jusconsumerista, *vide* Campos, I. Menéres, *Notas Breves sobre os Mecanismos de Garantia do Cumprimento no Crédito ao Consumo, in:* "Liber Amicorum Mário Frota", 291-310, Almedina, Coimbra, 2012; Carvalho, J. Morais, *Usura nos Contratos de Crédito ao Consumo*, *in:* 36 "Sub Judice — Justiça e Sociedade" (2006), 35-53; Carvalho, J. Morais/Teixeira, Micael, *Crédito ao Consumo — Ónus da Prova de Entrega de Exemplar e Abuso de Direito de Invocar a Nulidade*, *in:* 42 "Cadernos de Direito Privado" (2013), 36-52; Castelo,

II. A história do crédito ao consumo é recente(2). Os contratos de crédito ao consumo desempenham uma *função primordial* nas modernas

---

Higina, *Crédito ao Consumo — Diversidade de Tipos Contratuais*, *in*: 14 "Revista do CEJ" (2014), 33--51; Castelo, Higina, *Crédito ao Consumo — Regime Jurídico dos Contratos de Crédito aos Consumidores (DL 133/2099, de 2 de junho), in:* Ataíde, R./Rocha, F./Fidalgo, V. (coord.), "Estudos de Direito do Consumo", Vol. II, 831-886, Almedina, Coimbra, 2023; Coelho, N. Ribeiro, *O Consumidor e a Tutela do Consumo no Âmbito do Crédito ao Consumo*, *in*: 103 "Revista do Ministério Público" (2005), 79-109; Coelho, F. Pereira, *Operação Complexa de "Crédito ao Consumo" e Exceção de Não Cumprimento do Contrato, in:* 28 "Cadernos de Direito Privado" (2008), 54-68; Conceição, A. Filipe, *O Novo Regime da Negociação Extrajudicial de Créditos Bancários ao Consumidor: Uma Breve Abordagem ao DL 227/2012*, *de 25 de Outubro*, *in:* 9 "Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo" (2013), 141-157; Costa, C. Andrade, *Contratos de Crédito aos Consumidores: A Tutela do Consumidor "Ex Ante" e "Ex Post" à Conclusão do Contrato com o Profissional sob o Manto do Risco de Sobre-Endividamento, in:* 18 "Estudos de Direito do Consumidor" (2022), 223-315; Frota, Ângela, *Crédito ao Consumidor, in:* V "Estudos do Instituto de Direito do Consumo" (2017), 375-393; Frota, Mário, *O Regime do Crédito ao Consumo na União Europeia: Da Diretiva de 1987 a um Novo Instrumento Legislativo, in:* 32 "Revista Portuguesa de Direito do Consumo" (2002), 97-102; Frota, Mário, *Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e seus Reflexos em Portugal: A Inversão do Paradigma, in:* 64 "Revista Portuguesa de Direito do Consumo" (2011), 9-47; Froufe, S. Madeira, *A Noção de Consumidor a Crédito à Luz do Ordenamento Comunitário e Português, in:* 280/282 "Scientia Ivridica" (1999), 427-441; Leitão, L. Menezes, *O Crédito ao Consumo: O Seu Regime Actual e o Regime Proposto no Anteprojecto de Código do Consumidor, in:* 36 "Sub Judice — Justiça e Sociedade" (2006), 9-17; Liz, J. Pegado, *Crédito ao Consumo: Análise Crítica da Proposta de Diretiva da Comissão, in:* 34 "Revista Portuguesa de Direito do Consumo" (2002), 71-87; Matias, J. Pedro, *A Sobregarantia nos Contratos de Crédito ao Consumo Celebrados com Instituições Bancárias, in:* Ataíde, R./Rocha, F./Fidalgo, V. (coord.), "Estudos de Direito do Consumo", Vol. II, 979--1013, Almedina, Coimbra, 2023; Morais, F. Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2007; Morais, F. Gravato, *Proteção do Consumidor a Crédito na Celebração e Execução do Contrato*, *in:* 1 "Revista Eletrónica de Direito" (2014), 1-16; Morais, F. Gravato, *O Direito de Revogação nos Contratos de Crédito ao Consumo: Confronto entre os Regimes Jurídicos Português e Alemão, in:* 307 "Scientia Ivridica" (2006), 457-491; Morais, J. Gravato, *Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação*, *in:* AA.VV., "Estudos de Direito Bancário", Vol. I, 297-329, Almedina, Coimbra, 2018; Morais, F. Gravato, *União de Contratos de Crédito e Venda para Consumo,* Almedina, Coimbra, 2004; Nunes, P. Caetano, *O Crédito ao Consumo: Introdução, in:* 36 "Sub Judice — Justiça e Sociedade" (2006), 35-36; Pereira, N. Miguel, *O Consumidor e a Tutela do Consumo no Âmbito do Crédito ao Consumo: Algumas Questões, in:* 26 "Revista do Ministério Público" (2005), 79-109; Ramirez, P. Correia, *A Actual Regulação do Crédito ao Consumo, in:* 19 "Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas" (2011), 63-93; Rebelo, D. Morgado, *Inteligência Artificial e "Scoring" no Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2023; Ribeiro, V. Costa, *Os Contratos de Crédito ao Consumo na Prática dos Tribunais, in:* 14 "Revista Jurídica Portucalense" (2001), 291-308; Santos, S. Ferreira, *Regime Jurídico dos Contratos de Crédito aos Consumidores: Algumas Notas, in:* 9 "Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo" (2013), 125-139; Vasconcelos, P. Pais, *Taxas de Juro do Crédito ao Consumo: Limites Legais, in:* AA.VV., "II Congresso de Direito Bancário", 329-353, Almedina, Coimbra, 2017. Noutros ordenamentos estrangeiros, Capdeville, Jerôme, *Le Droit du Crédit à la Consommation,* LGDJ, Paris, 2021; Hill-Smith, Alexander, *Consumer Credit: Law and Practice,* 2.nd edition, Routledge, Oxon/New York, 2020; Liace, Gianfranco, *Il Credito al Consumo,* Giuffrè, Milano, 2022; Lopez, Marín/Jesús, Manuel, *Comentarios a la Ley de los Contratos de Crédito al Consumo,* Aranzadi, Pamplona, 2014; Veloso, A. Junior, *O Contrato de Compra e Venda a Crédito ao Consumidor*, Juruá Editora, Curitiba, 2013.

(2) Gelpi, R. Maria/Julien-Labruyère, François, *História do Crédito ao Consumo — Doutrinas*

economias de produção em série e consumo em massa, caraterizadas pela aquisição financiada de bens de consumo.

Após um período inicial em que os consumidores adquirentes eram financiados diretamente pelas próprias empresas vendedoras dos bens e serviços (v.g., venda a prestações), tornou-se frequente a intervenção de entidades especializadas no financiamento de consumo, usualmente uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira, que tornaram ademais comum o acesso e a aquisição antecipada dos mais variados bens ou serviços a todos aqueles (e são muitos) que não estão em condições de realizar aquisições a pronto pagamento. Também em Portugal, o crédito ao consumo se tornou assim numa indústria em expansão: ao passo que em 2014 foram concedidos cerca de 118 mil créditos a consumidores, em 2019 esse número tinha aumentado para mais de 146 mil créditos, sendo as modalidades mais comum o crédito pessoal, crédito automóvel e cartões de crédito(3).

III. Em contrapartida, o crédito ao consumo constitui uma das principais fontes do *sobre-endividamento* e do incumprimento dos consumidores(4), tendo vindo a aumentar as preocupações dos legisladores no sentido de desenvolver mecanismos tendentes a assegurar uma concessão de crédito responsável(5). Estas necessidades regulatórias foram ainda mais postas em evidência com a recente crise pandémica, a qual viria a provocar uma forte quebra na referida trajetória ascendente e um aumento do incumprimento dos consumidores(6).

IV. Esta relevância económico-social e jurídica do crédito ao consumo tem sido fonte de uma significativa litigiosidade nos tribunais nacio-

---

e Práticas, Principia, Cascais, 2000; Moreira, F. Ramos, *Consumo e Crédito na Sociedade Contemporânea, in:* 19 "Gestão e Desenvolvimento" (2011), 91-114.

(3) Banco de Portugal, *Montante dos Novos Contratos de Crédito aos Consumidores* (2021), *in:* <https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/evolucaodos-novos-creditos>. *Vide* ainda o importante estudo da ASFAC — Associação das Instituições de Crédito Especializado, *Impacto do Crédito ao Consumo na Economia Portuguesa,* Nova School of Business and Economics, Lisboa, 2019.

(4) Carvalhal, A. Maior, *Os Contratos de Crédito ao Consumo e o Sobreendividamento dos Consumidores,* Diss., Braga, 2015; Muniz, F. Siqueira, *O Sobreendividamento por Créditos ao Consumo e os Pressupostos de Indeferimento Liminar da Exoneração do Passivo Restante no Processo de Insolvência*, *in:* 12 "Estudos de Direito do Consumidor" (2017), 337-387.

(5) Pereira, I. Pinto, *A Concessão de Crédito Responsável nos Contratos de Crédito ao Consumo,* Diss., Porto, 2022.

(6) Tenha-se presente que, ainda de acordo com os dados do Banco de Portugal, no ano de 2020 foram concedidos apenas cerca de 100 mil novos créditos, o que representa uma quebra na ordem de mais de 30% do volume de crédito ao consumo. Cf. ainda Silva, E. Vaz, *O Impacto da Covid-19 nos Créditos aos Consumidores em Portugal,* Diss., Porto, 2021.

nais, tratando-se provavelmente — como veremos ao longo deste estudo — de um dos contratos especiais de consumo mais glosados na *jurisprudência* portuguesa(7).

2. Fontes

2.1. Fontes Nacionais

I. O regime jurídico dos contratos de crédito ao consumo, no plano das fontes nacionais, encontra-se nuclearmente previsto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, relativo aos contratos de crédito aos consumidores (doravante designado *Lei do Crédito ao Consumo* ou LCC)(8). Trata-se de uma lei especial de natureza *híbrida*, a meio caminho entre o Direito do Consumo e o Direito Bancário. Ainda assim, o teor consumerista prima sobre o teor bancário, considerando que, como veremos, os contratos de crédito ao consumo, se pressupõem sempre a existência de um consumidor, não exigem forçosamente a natureza bancária do concedente de crédito(9).

II. Ao lado do regime geral fixado na LCC, todavia, haverá ainda que ter em conta a existência de outros *diplomas legais e regulamentares* pertinentes à regulação do crédito ao consumo em geral.

Tal o caso, por exemplo, dos Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho (intermediários de crédito), n.º 204/2008, de 14 de outubro (Central de Responsabilidades de Crédito), n.º 171/2007, de 8 de maio (arredondamento da taxa de juro nos contratos de crédito e de financiamento), n.º 227/2012, de 25 de outubro (procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento) e n.º 220/94, de 23 de agosto (informação a prestar em matéria de taxas de juro e outros custos das operações de crédito); ou ainda dos Avisos do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de setembro (avaliação da solvabilidade do consumidor), n.º 10/2014, de 18 de

---

(7) Para uma brevíssima nótula, Ribeiro, V. Costa, *Os Contratos de Crédito ao Consumo na Prática dos Tribunais, in:* 14 "Revista Jurídica Portucalense" (2001), 291-308.

(8) Esta Lei viria a ser retificada pela Retificação n.º 55/2009, de 31 de julho, e sucessivamente alterada pelos Decretos-Lei n.º 72-A/2010, de 17 de junho, n.º 42-A/2013, de 28 de março, n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e n.º 57/2020, de 28 de agosto. Para uma anotação legislativa, *vide* Morais, F. Gravato, *Crédito aos Consumidores — Anotação ao DL 133/2009,* Almedina, Coimbra, 2009.

(9) Cf. *infra* §3.

novembro (deveres mínimos de informação a observar durante a vigência dos contratos de crédito ao consumo) e n.º 3/95, de 30 de junho (provisões para crédito ao consumo).

III. Importante é também advertir para a existência de *regimes legais especiais* aplicáveis a certos tipos particulares de crédito ao consumo. Tal o caso, designadamente, dos contratos de crédito relativos a imóveis garantidos por hipoteca (Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, Avisos do Banco de Portugal nos 4/2017 e 5/2007, de 22 de setembro)([10]).

IV. Enfim, são ainda relevantes *as demais leis pertinentes à tutela dos consumidores*, com especial destaque para o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: constituindo o contrato de crédito ao consumo usualmente um contrato de adesão, celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, são especialmente relevantes as normas dos arts. 5.º, 6.º e 8.º (exclusão de cláusulas que hajam violado os deveres de comunicação e de informação), além das proibições gerais previstas nos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º (cláusulas absoluta e relativamente proibidas) daquele diploma legal([11]).

2.2. Fontes Europeias

I. Como é apanágio do Direito do Consumo em geral, também a regulação jurídica do contrato de crédito ao consumo muito deve às *fontes europeias*([12]).

II. Tal foi o caso da Diretiva 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, a qual foi transposta para o ordenamento jurídico português através

---

([10]) Duarte, R. Pinto, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2018.

([11]) Já sem falar, naturalmente, de numerosas disposições avulsas contidas nalgumas leis consumeristas gerais: assim, v.g., art. 9.º, n.º 3 e 4, *p*) do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais.

([12]) Sobre o relevo do Direito europeu como força motriz da evolução dos direitos nacionais neste domínio, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 21, ss., Almedina, Coimbra, 2019.

do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, que constituiu a primeira lei sistemática sobre a matéria entre nós(13).

III. Decorrida uma década, esta diretiva haveria de ser revogada e substituída pela *Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril*, relativa a contratos de crédito aos consumidores, a qual viria a ser transposta entre nós através da citada Lei n.º 133/2009, atualmente em vigor(14). Tratando-se de uma diretiva de harmonização máxima ou plena (cf. art. 22.º da Diretiva), a lei portuguesa reproduz, no essencial e salvo algumas exceções (v.g., juros usuários), as disposições da lei europeia.

IV. Dada esta filiação genética do direito português, é importante referir que se encontra na forja uma alteração para adaptar a disciplina jurídica do crédito ao consumo à evolução do mercado digital ("maxime", crédito em linha)(15).

3. Sujeitos

I. A noção e o âmbito da figura dos contratos de crédito ao consumo, previstos nos arts. 1.º a 4.º da LCC, encontram-se delimitados, simultaneamente, pela positiva — através da indicação dos seus sujeitos (credores e consumidores) e objeto (concessão ou promessa de concessão de crédito) — e pela negativa — através da consagração de diversas exclusões. É desses elementos definidores que agora falaremos.

II. Do ponto de vista do seu âmbito subjetivo de aplicação, trata-se de um tipo contratual que tem como sujeitos o *"credor"* e o *"consumi-*

---

(13) Sobre as propostas de revisão desta Diretiva, *vide* Frota, Mário, *O Regime do Crédito ao Consumo da União Europeia: Da Diretiva de 1987 a um Novo Instrumento Legislativo, in:* 32 "Revista Portuguesa de Direito do Consumo" (2002), 97-102; Liz, J. Pegado, *Crédito ao Consumo: Análise Crítica da Proposta de Diretiva da Comissão, in:* 34 "Revista Portuguesa de Direito do Consumo" (2002), 71-87.

(14) Falando a este respeito de uma inversão de paradigma, *vide* Frota, Mário, *Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor da União Europeia e seus Reflexos em Portugal: A Inversão do Paradigma, in:* 64 "Revista Portuguesa de Direito do Consumo" (2011), 9-47.

(15) Cf. Proposta de Diretiva relativa aos Créditos aos Consumidores (COM/2021/347final). Sobre este aspeto, *vide* Rebelo, Fernanda/Pereira, I. Pinto, *Comportamento Online do Consumidor, Formação Financeira e Sobreendividamento: Primeiras Reflexões sobre a Proposta de Diretiva Relativa aos Créditos aos Consumidores*, *in:* 32 "Revista Jurídica Portucalense" (2022), 86-109.

dor". Com efeito, o art. 1.º, n.º 2 da LCC determina que o "o presente decreto-lei aplica-se aos contratos de crédito aos consumidores", sendo que, nos termos da parte inicial do art. 4.º, n.º 1, *c*), define-se como «contrato de crédito» "o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito (…)".

3.1. Credor

I. A LCC definiu como *credor*, para estes efeitos, "qualquer pessoa singular ou coletiva que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua atividade comercial ou profissional" [art. 4.º, n.º 1, *b*) da LCC]. Ao estabelecer que o sujeito ativo dos contratos de crédito ao consumo deverá ser alguém que concede ou promete conceder crédito no exercício da sua atividade comercial ou profissional, o legislador abrangeu aqui dois tipos fundamentais de situações.

II. Por um lado, as *entidades que têm por objeto próprio o exercício profissional da concessão de crédito*. Estarão aqui apenas abrangidos, em primeira linha, os bancos, as instituições financeiras de crédito (IFC), e as sociedades financeiras de crédito (SFC), bem como as sucursais de bancos e instituições financeiras estrangeiras, enquanto empresas que estão legalmente habilitadas a exercer atividades de crédito e financiamento [art. 4.º, n.º 1, *b*) da LCC, arts. 3.º, *a*)], 6.º, n.º 1, *b*) (*i*) e (*x*), e 10.º, *b*) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras([16]). Por outro lado, as *empresas fornecedoras de bens ou prestadoras de serviços* que, no exercício da sua atividade económica própria, concedam crédito aos respetivos clientes: assim sucederá, por exemplo, quando um empresário vendedor de determinado bem ou prestador de determinado serviço de consumo concede ao adquirente um diferimento no pagamento do preço respetivo ou financia esta aquisição [art. 4.º, n.º 1, *o*) (*ii*) da LCC].

III. Excluídos do âmbito da figura estarão assim os contratos de concessão de crédito celebrados profissionalmente por quaisquer outras pessoas singulares ou coletivas não habilitadas (sem prejuízo das regras

---

([16]) A lista atualizada das entidades autorizadas à concessão de crédito (bem como a atuar como intermediários de crédito e a prestar serviços de consultoria em contratos de crédito) pode ser consultada no site do Banco de Portugal, *in:* <https://www.bportugal.pt/entidades-autorizadas>.

aplicáveis em matéria do monopólio ou exclusividade)(17) ou celebrados a título meramente ocasional, esporádico ou não profissional (art. 405.º do Código Civil). Particularmente relevante, neste contexto, é a Lei n.º 78/ /2021, de 24 de novembro, que previu um regime especial de proteção para o consumidor relativamente aos produtos ou serviços financeiros prestados por entidades não habilitadas ou registadas.

3.2. Consumidor

I. A LCC define como *consumidor* "a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional".

II. Corroborando o conceito próprio ou estrito de consumidor acolhido na ordem jurídica portuguesa(18), o legislador abrangeu apenas os mutuários que revestem a natureza de pessoa singular [art. 4.º, n.º 1, *a*) da LCC]: em regra, tratar-se-á de clientes individuais de bancos ou de outras instituições creditícias ou financeiras que, no âmbito de uma relação jurídico-negocial preexistente ou não ("maxime", ao abrigo de contrato de conta bancária), solicitam financiamento à aquisição de bens ou serviços para finalidades pessoais, domésticas ou familiares(19).

III. Excluído do âmbito do regime legal, por conseguinte, estarão quaisquer contratos de concessão de crédito ou financiamento concluídos

---

(17) Recorde-se que, por força do princípio da exclusividade previsto no art. 8.º, n.º 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o exercício a título profissional da concessão de crédito por entidades não legalmente habilitadas pode ser fonte de consequências civis (invalidade dos negócios celebrados, nos termos gerais do art. 294.º do Código Civil) e contraordenacionais [art. 211.º, n.º 1, *a*)] do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), sem prejuízo das exceções que se encontram previstas na própria lei (art. 8.º, n.os 3 e 4, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras).

(18) Antunes, J. Engrácia, *O Conceito Jurídico de Consumidor*, 778, ss., *in*: III "Revista de Direito Civil" (2018), 771-796. Enfatizando também este aspeto, *vide* os Acórdãos do STJ de 20-X-2011 (Moreira Alves) e da Relação de Lisboa de 4-III-2010 (Carlos Marinho), ambos *in*: <www.dgsi.pt>.

(19) Sobre o contrato de conta bancária, também designado de "abertura de conta", enquanto contrato-quadro que estabelece a disciplina geral de formação e regulação dos diversos negócios bancários individuais que venham futuramente a ser celebrados entre banco e cliente, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Os Contratos Bancários,* 84, ss., *in:* AA.VV., "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida", Vol. II, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011.

entre profissionais — cujo devedor ou mutuário seja uma pessoa coletiva, ainda quando os bens ou serviços cuja aquisição é financiada sejam destinados a finalidades alheias ao respetivo objeto ou atividade profissional — e, naturalmente, entre não profissionais — em que o credor ou mutuante, seja ele singular ou coletivo, não conceda crédito a título profissional.

3.3. Os Intermediários de Crédito

I. Embora não constituindo um sujeito da relação jurídico-contratual de consumo, merece ainda referência a figura do "*intermediário de crédito"*. Com efeito, as relações de crédito ao consumo são frequentemente intermediadas, seja pelos próprios empresários vendedores dos bens e serviços, seja por terceiros que se dedicam profissionalmente a tal atividade: os intermediários de crédito são justamente pessoas singulares ou coletivas cuja atividade consiste na prestação de serviços de apresentação ou proposta de contratos de crédito a consumidores, na assistência em matérias relacionadas com produtos de crédito, ou ainda na celebração de contratos de crédito em representação das instituições mutuantes [art. 4.º, n.º 1, *f*) da LCC, Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho, Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2017, de 6 de outubro](20).

II. Existem três categorias de intermediários de crédito: os intermediários de crédito vinculados, que estão ligados às instituições mutuantes através de um contrato de vinculação, atuando em nome e sob a responsabilidade destas; os intermediários de crédito não vinculados, que exercem a sua atividade de intermediação de crédito ao consumo fora do quadro de qualquer vinculação contratual às instituições mutuantes; e os intermediários de crédito a título acessório, que são os fornecedores dos próprios

---

(20) Banco de Portugal, *O Regime dos Intermediários de Crédito,* 1.ª reed., Lisboa, 2019; Castelo, Higina, *O Intermediário de Crédito — Exercício da Atividade à Luz do DL 81-C/2017, de 7 de julho, in:* 156 "Revista do Ministério Público" (2018), 55-89; Rebelo, Fernanda, *Intermediação de Crédito nos Contratos de Crédito ao Consumo*, *in:* AA.VV., "Temas de Direito Bancário e dos Valores Mobiliários", Vol. 1, 157-180, Almedina, Coimbra, 2022. Sublinhe-se que, muito embora regulados no âmbito do mesmo diploma legal, os serviços de intermediação de crédito ao consumo não se confundem com os *serviços de consultoria relativos a contratos de crédito*, que consistem na emissão de recomendações personalizadas sobre contratos de crédito a consumidores (cf. arts. 64.º e segs. do Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho).

bens ou serviços que atuam em nome e sob responsabilidade das instituições mutuantes ao abrigo de contrato de vinculação.

III. Tenha-se presente que, apesar de não integrarem a relação jurídica de consumo, os intermediários de crédito são hoje um personagem importante na negociação, formação e execução destes contratos, o que está bem patente no próprio regime legal [arts. 5.º, n.º 1, 6.º, n.os 1, 3, *b*) e 11, 7.º, n.os 1, 3 e 4, 8.º, n.º 1, 9.º, n.º 1, 25.º, e 30.º, n.º 1 da LCC].

4. Objeto

I. O âmbito objetivo de aplicação desta figura contratual encontra-se previsto na parte final do art. 4.º, n.º 1, *c*) da LCC, o qual dispõe que através de tal contrato se "concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante".

II. A formulação legal plasmada neste preceito — construída que está na base da combinação de uma cláusula geral ("crédito") e de uma enumeração exemplificativa ("ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante") — acaba por consagrar um objeto contratual muitíssimo *vasto* para a figura em apreço(21).

4.1. Concessão ou Promessa de Concessão de Crédito

I. Desde logo, os contratos de crédito ao consumo têm por objeto a *concessão ou a promessa de concessão de crédito*. Em termos genéricos, o crédito consiste genericamente na prestação atual de um bem em troca da contraprestação futura de bem análogo, usualmente mediante remuneração(22).

---

(21) Esta amplitude é ainda confirmada pelo art. 1.º, n.º 2 da LCC, segundo o qual "o presente decreto-lei aplica-se aos contratos de crédito aos consumidores": o plural utilizado é assim apropriado, dado que o crédito ao consumo pode ser concedido ou operacionalizado através de uma pluralidade de tipos ou cláusulas contratuais.

(22) Sobre o conceito e as modalidades do crédito, especialmente do crédito bancário, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais,* 475, ss., 496, ss., 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2021; Gomes, M. Costa, *Contratos Comerciais,* 259, ss., Almedina, Coimbra, 2013; Patrício, J. Simões, *Direito do Crédito — Introdução*, 15, ss., Lex, Lisboa, 1994.

II. Assim sendo, estarão aqui abrangidos, à partida e em abstrato, toda uma enorme mole de negócios ou cláusulas negociais que têm por objeto a prestação onerosa de dinheiro ou disponibilidades monetárias destinadas a financiar a aquisição de bens ou serviços de consumo por parte de um consumidor singular, concedidos pela própria empresa fornecedora/prestadora ou um terceiro([23]).

4.2. Modalidades Matriciais

I. Depois ainda, a própria lei procedeu a uma *enumeração expressa* de algumas modalidades de concessão de crédito aqui relevantes: são elas o mútuo, o diferimento de pagamento e a utilização de cartão de crédito([24]).

II. O crédito sob a forma de *mútuo* poderá ser concedido por terceiro ou pelo próprio fornecedor. No comum dos casos, estaremos diante de mútuos ou empréstimos bancários: constituindo o primogénito dos contratos de crédito bancário, designa-se por mútuo bancário ("bank loan", "Darlehensvertrag", "prêt bancaire", "mutuo bancario", "prestamo bancario") o contrato pelo qual o mutuante (banco ou instituição creditícia ou financeira) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro (cliente mutuário ou consumidor), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade ("tantundem"), acrescido dos correspondentes juros. Estes mútuos ou empréstimos podem revestir diferentes espécies, podendo ser de curto, médio ou longo prazo (Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio), simples ou de escopo, caucionados ou a descoberto, em moeda nacional ou estrangeira([25]). Usualmente (e, no caso

---

([23]) Por essa razão, o legislador previu expressamente que "não é considerado contrato de crédito o contrato de prestação continuada de serviços ou de fornecimento de bens de um mesmo tipo em que o consumidor tenha o direito de efetuar o pagamento dos serviços ou dos bens à medida que são fornecidos" (art. 4.º, n.º 2 da LCC): tal o caso, por exemplo, dos contratos de prestação de serviços públicos essenciais — que são contratos de execução duradoura ou continuada, cujo preço é pago pelo consumidor periodicamente em função do consumo realizado (Lei n.º 23/96, de 26 de julho) — ou dos contratos de assinatura de publicações periódicas — que são editadas em série contínua, cujo preço é pago pelo consumidor aquando dos sucessivos atos de fornecimento (art. 11.º da Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro).

([24]) Sobre estas modalidades, *vide* Castelo, Higina, *Crédito ao Consumo — Diversidade de Tipos Contratuais*, *in:* 14 "Revista do CEJ" (2014), 33-51.

([25]) Sobre a figura, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Os Contratos Bancários,* 84, ss., *in*: AA.VV.,

de algumas entidades mutantes, necessariamente: cf. o Regime Jurídico das Sociedades Financeiras de Crédito, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 100/2015, de 2 de junho), os mútuos consumeristas serão *mútuos de escopo*, concedidos e apenas mobilizáveis para determinada finalidade específica ("in casu", o financiamento da aquisição de bens e serviços de consumo)([26]). Já no último dos casos atrás referidos, o mútuo é concedido pela própria empresa fornecedora do bem ou prestadora do serviço: em tal hipótese, tal significa que as partes do contrato de consumo celebram simultaneamente um empréstimo unilateralmente mercantil, destinado a financiar a aquisição do bem ou serviço contratado (arts. 99.º e 394.º e segs. do CCom)([27]).

III. O crédito sob a forma de *diferimento de pagamento* ("deferred payment", "Zahlungsaufschubs", "délai de paiement", "dilazione di pagamento", "pago aplazado") apenas pode ser concedido, em princípio, pela empresa que é parte no contrato de consumo subjacente. Modalidade tradicional e historicamente pioneira da própria concessão de crédito aos consumidores, estão em causa aquelas cláusulas negociais nominadas ou inominadas através das quais a empresa fornecedora do bem ou prestadora do serviço concede ao consumidor uma dilação no cumprimento da sua obrigação de pagamento, seja através da concessão de um prazo (v.g., venda com espera de preço), seja através do fracionamento do preço ("maxime", venda a prestações, com ou sem reserva de propriedade)([28]).

"Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida", Vol. II, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011; Bastos, M. Brito, *O Mútuo Bancário,* Almedina, Coimbra, 2015.

([26]) Jorge, A. Gomes, *O Contrato de Crédito ao Consumo enquanto Mútuo de Escopo,* 15, ss., Diss., Coimbra, 2015.

([27]) Sobre o empréstimo mercantil, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais,* 368, ss., 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2021. Sublinhe-se que o mútuo e o diferimento, constituindo embora duas formas alternativas de concessão de crédito ao consumo pelas próprias empresas, não se confundem entre si: ao passo que, no primeiro caso, passam a existir dois contratos entre as partes contratantes (o contrato de consumo de base e o contrato de crédito), no último estamos perante um único contrato (v.g., compra e venda, fornecimento, prestação de serviço, etc.) no qual é estipulada acessoriamente uma cláusula de concessão de crédito. Cf. Castelo, Higina, *Crédito ao Consumo — Diversidade de Tipos Contratuais*, 41, *in:* 14 "Revista do CEJ" (2014), 33-51; Morais, F. Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, 51, Almedina, Coimbra, 2007.

([28]) Uma vez mais, sublinhe-se que com o diferimento de pagamento não se confunde o contrato de crédito coligado [cf. arts 4.º, n.º 1, *o*) e 18.º da LCC]: à semelhança do que vimos já anteriormente, ao passo que no diferimento existe apenas um contrato de consumo de base (v.g., compra e venda, prestação de serviço, empreitada, etc.) cujas partes estipularam uma cláusula de diferimento de pagamento, no último existem dois contratos (contrato de base financiado e contrato de crédito ou financiamento). Sobre a figura, *vide infra* 10.

IV. Enfim, o crédito sob a forma de *utilização de cartão de crédito* apenas poderá ser concedido por terceiros habilitados à emissão deste tipo de instrumentos: os cartões de crédito ("credit cards", "Kreditkarten", "cartes de crédit", "carte di credito", "tarjeta de crédito") são instrumentos de pagamento que permitem ao seu titular a utilização de crédito outorgado pelo emitente, em especial no pagamento de bens e serviços, além de outras operações (v.g., levantamentos de numerário ou "cash advance")([29]).

4.3. Outras Modalidades

I. Dada a natureza exemplificativa deste elenco das formas de concessão de crédito previstas no art. 4.º, n.º 1, *c*) da LCC ("qualquer outro acordo de financiamento semelhante"), serão ainda relevantes, em abstrato e salvo disposição em contrário, todas as demais formas ou modalidades, típicas ou atípicas, da concessão de crédito que sejam em abstrato aptas a financiar contratos de consumo.

II. Algumas delas foram ainda objeto de referência pela própria LCC: é o caso da *facilidade a descoberto* — que a lei definiu como "o contrato expresso pelo qual um credor permite a um consumidor dispor de fundos que excedem o saldo da sua conta de depósito à ordem" [art. 4.º, n.º 1, *d*) da LCC] — e o caso da *ultrapassagem de crédito* — que a lei definiu como "o descoberto aceite tacitamente pelo credor permitindo a um consumidor dispor de fundos que excedem o saldo da sua conta de depósito à ordem ou da facilidade de descoberto acordada" [art. 4.º, n.º 1, *e*) da LCC]. Trata-se, no essencial, de modalidades de descoberto bancário, também conhecido por "descoberto em conta" ou "facilidades de caixa" ("overdraft", "Dispositionskredit", "découvert", "scoperto di conto", "descubiertos en cuenta corriente"), contrato pelo qual o banco autoriza o cliente, dentro de certos limites, a dispor de fundos que excedem o saldo da respetiva conta([30]).

([29]) Sobre a emissão, modalidades e regime dos cartões de crédito, *vide* desenvolvidamente Antunes, J. Engrácia, *Os Contratos Bancários,* 144, ss., *in:* AA.VV., "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida", Vol. II, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011; Antunes, J. Engrácia, *A Moeda — Estudo Jurídico e Económico,* 367, ss., Almedina, Coimbra, 2021. Modalidade particular dos cartões de crédito, muito difundida, são os cartões de débito diferido, que também se encontram aqui abrangidos: sobre a questão, *vide infra* 5 (VI).

([30]) Com efeito, o descoberto bancário pode ser *expresso ou tácito,* consoante tenha a sua ori-

III. Mas muitas outras, que não foram objeto de alusão no texto da lei, também serão aqui relevantes(31). É o caso, entre outros, da *abertura de crédito* ("line credit facility", "Krediteröffnungsvertrag", "ouverture de credit", "apertura di credito"), através do qual o banco (creditante) se obriga a colocar à disposição do cliente (creditado) uma determinada quantia pecuniária (acreditamento ou "linha de crédito"), por tempo determinado ou não, ficando este obrigado ao reembolso das somas utilizadas e ao pagamento dos respetivos juros e comissões; do *desconto bancário* ("Diskontgeschäft", "escompte", "sconto bancario", "descuento"), através do qual o banco (descontante) se obriga a entregar ao cliente (descontário) a importância de um crédito pecuniário não vencido sobre terceiro, em troca da transferência da titularidade do crédito e do pagamento das competentes comissão e juros compensatórios; da *antecipação bancária* ("advance or collateral loan", "Lombardkreditgeschäft", "avance en banque", "anticipazione bancaria", "préstamo con garantía"), através do qual o banco concede ao cliente um crédito contra a prestação de garantia conexa e equivalente de títulos, mercadorias ou outros bens; ou ainda da *locação financeira* ("leasing", "crédit-bail", "locazione finanziaria", "arrendamiento financiero"), através do qual o banco ou sociedade de "leasing" se obriga, mediante remuneração, a ceder à outra (locatário) o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida para o efeito pelo primeiro a um terceiro (fornecedor), ficando o último investido no direito de a adquirir em prazo e por preço determinados(32).

---

gem num acordo prévio e expresso entre banco e cliente — pelo qual o primeiro autoriza "ex contractu" a movimentação a débito da conta com saldo negativo do último (correntemente designado "descoberto em conta-corrente" ou "Dispositionskredit") — ou antes num acordo meramente tácito — resultante de atos de consentimento de descobertos em conta pontuais para fazer face a necessidades momentâneas ou imprevistas, v.g., para execução de uma dada ordem de transferência ou um pagamento domiciliado (usualmente denominado "crédito de tesouraria", "facilidade de caixa", "ultrapassagem de crédito", ou "Überbeziehungskredit"). Cf. Antunes, J. Engrácia, *Os Contratos Bancários,* 104 e s., *in:* AA.VV., "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida", Vol. II, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011.

(31) Sobre os contratos de crédito e de financiamento bancários, *vide* desenvolvidamente Antunes, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais,* 496, ss., 515, ss., 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2021.

(32) Estão aqui incluídos os contratos de *locação financeira restitutiva* ("sale lease back"), em que o locatário vende ao locador um bem seu que de imediato lhe dá em locação financeira, e os contratos de *aluguer de longa duração* ("ALD"), exclusivamente incidentes sobre bens móveis ("maxime", automóveis) e em que também o locatário não goza do direito de opção, dado que, no termo do contrato, por definição, já o pagou na totalidade. Sobre o ponto, *vide* Duarte, Paulo, *Algumas Questões sobre o ALD,* 315, ss., *in:* 3 "Estudos de Direito do Consumidor" (2001), 301-327; na jurisprudência, *vide* os Acórdãos do STJ de 25-X-2011 (Alves Velho) e de 1-II-2011 (Hélder Roque), ambos *in:* <www.dgsi.pt>.

5. Exclusões

I. Para efeitos de delimitação da figura do contrato de crédito ao consumo, é tão importante o conhecimento, pela positiva, dos seus requisitos subjetivos e objetivos, quanto o é, pela negativa, o conhecimento das *exclusões* previstas na lei. Com efeito, o art. 1.º, n.º 2 da LCC determina que "o presente decreto-lei aplica-se aos contratos de crédito aos consumidores, sem prejuízo das exclusões previstas nos arts. 2.º e 3.º": sendo numerosas, estas exclusões possuem como denominador comum a circunstância de se tratarem de créditos em que o consumidor, por razões muito díspares (v.g., destino, valor, garantia ou finalidade do financiamento), não carece da especial proteção concedida pela LCC. Tais exclusões são as seguintes.

II. Os *contratos de crédito hipotecário,* vulgarmente designados como "contratos de crédito à habitação", incluindo os garantidos por hipoteca ou outro direito sobre coisa imóvel [art. 2.º, n.º 1, *a*) da LCC] ou cuja finalidade seja a de financiar a aquisição ou a manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou edifícios existentes ou projetados [art. 2.º, n.º 1, *b*) da LCC](33). Tais contratos de concessão de crédito encontram-se sujeitos a um regime próprio e especial, previsto no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho(34).

III. Os *contratos de crédito ao consumo de valor muito baixo ou alto*, mais concretamente aqueles em que o montante total do crédito a

---

(33) Já os contratos de financiamento de obras de conservação ou beneficiação de edifícios não estão abrangidos por esta exclusão legal, a qual se refere exclusivamente aos contratos de crédito para manutenção de "direitos de propriedade" de edifícios — e não destes últimos em si mesmos.

(34) Nos termos do art. 2.º, n.º 1 deste diploma legal, o regime aplica-se a "*a*) Contratos de crédito para a aquisição ou construção de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento; *b*) Contratos de crédito para aquisição ou manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou edifícios já existentes ou projetados; *c*) Contratos de crédito que, independentemente da finalidade, estejam garantidos por hipoteca ou por outra garantia equivalente habitualmente utilizada sobre imóveis, ou garantidos por um direito relativo a imóveis". Sobre estes contratos, *vide* entre nós Campos, I. Menéres, *Crédito à Habitação em Portugal, in:* AA.VV., "Estudos de Direito do Consumo", Vol. II, 807-830, Almedina, Coimbra, 2023; Duarte, R. Pinto, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2018; Morais, J. Gravato, *Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação*, *in:* AA.VV., "Estudos de Direito Bancário", Vol. I, 297-329, Almedina, Coimbra, 2018; Passinhas, Sandra, *O Novo Regime do Crédito a Consumidores para Imóveis à Habitação, in:* "Revista de Direito Comercial" (2021), 1463-1521. Sobre as vicissitudes consumeristas das garantias do crédito imobiliário, *vide* Reis, E. Cavalcanti, *Código de Defesa do Consumidor e Contratos de Financiamento Imobiliário*, Juruá Editora, Curitiba, 2006.

conceder seja inferior a EUR a 200 ou superior a EUR 75 000 [art. 2.º, n.º 1, *c*) da LCC]. O legislador considerou assim que apenas os contratos cujo valor se situe nesse intervalo de grandezas serão relevantes para estes efeitos, de modo a não sujeitar os créditos de reduzido valor económico à pesada malha legal e a não estender a tutela especial da lei ao financiamento de contratos vultuosos(35).

IV. Os *contratos de locação mobiliária* que não prevejam o direito ou a obrigação de compra da coisa locada [art. 2.º, n.º 1, *c*) da LCC]. Estão assim excluídos aos contratos de locação propriamente ditos (que visam simplesmente a exploração económica do bem, e não o seu financiamento), os contratos de "renting" ou locação operacional (que visam a manutenção do bem e serviço conexos), e a locação venda (em que a aquisição do bem é automática)(36).

V. Os *contratos de crédito gratuitos*, concedidos sem juros e outros encargos [art. 2.º, n.º 1, *f*) da LCC](37). Esta exclusão abrange os contratos que preveem exclusivamente o pagamento diferido de uma dívida preexistente [art. 2.º, n.º 1, l) da LCC], mas já não será aplicável aos contratos de crédito que preveem juros ocultos ("verschleierte Zinsen"), que são incorporados nas próprias prestações periódicas de amortização do empréstimo ou são cobrados pelo mutuante sob diferentes designações ou expedientes(38).

---

(35) Criticamente, *vide* Morais, F. Gravato, *Crédito aos Consumidores — Legislação Anotada,* Almedina, Coimbra, 2009. Duas notas complementares. Para efeitos da aferição do limiar legal, é relevante o montante do crédito ou do financiamento a conceder [art. 4.º, n.º 1, *m*) da LCC], e não o do preço do bem ou serviço de consumo para o qual o crédito ou financiamento foi concedido. Além disso, a lei previu alguns desvios ou exceções a esta exclusão, como sucede com as ultrapassagens de crédito de montante inferior a 200 euros (art. 2.º, n.º 4 da LCC) e os empréstimos destinados à realização de obras em imóveis, sem garantia hipotecária ou outro direito sobre coisa imóvel, mesmo que de montante superior a 75 000 euros [art. 2.º, n.º 5 da LCC e art. 3.º, *a*) do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho].

(36) Por razões já explicadas, não estão abrangidos pela exclusão legal os contratos de locação financeira, incluindo "sale and lease back" e ADL [cf. *supra* 4.3 (III)] e, inversamente, já estarão excluídos, em princípio, os contratos de locação financeira mobiliária que caiam no âmbito da alínea *b*) do art. 2.º, n.º 1 da LCC.

(37) Para uma ilustração, *vide* o Acórdão da Relação de Guimarães de 2-II-2010 (Eva Almeida), *in:* <www.dgsi.pt>.

(38) Sobre os chamados juros ocultos, *vide* Antunes, J. Engrácia, *A Obrigação de Juros,* 83, ss., *in:* 36/37 "Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa" (2020-2021), 21-95. Na jurisprudência, *vide* os Acórdãos da Relação do Porto de 10-IX-2009 (Joana Salinas) e da Relação de Coimbra de 26-II-2008 (Teles Pereira), segundos os quais estão sujeitos à LCC os contratos de crédito "sem juros" que contêm um valor correspondente à cobertura de um seguro, associada à indicação de que o financiamento abrange o respetivo prémio (ambos *in:* <www.

VI. Os *contratos de crédito diferido de curto prazo*, em que o crédito deva ser reembolsado no prazo de três meses e pelo qual seja devido o pagamento de encargos insignificantes [art. 2.º, n.º 1, *g*) da LCC]. Esta exclusão, todavia, não se aplica aos cartões de débito diferido emitidos por instituições de crédito [art. 2.º, n.º 1, *g*), "in fine", da LCC](39) e não prejudica a aplicabilidade de certas disposições do regime legal aos créditos concedidos sob a forma de facilidades de pagamento que devam ser reembolsados no prazo de três meses (art. 2.º, n.º 2 da LCC) e de um mês (art. 2.º, n.º 3 da LCC).

VII. Os contratos de crédito celebrados por *entidades patronais* [quando o crédito seja concedido aos seus empregados, a título subsidiário, sem juros ou com TAEG inferior às taxas praticadas no mercado, e que não sejam propostos ao público em geral: cf. art. 2.º, n.º 1, *g*) da LCC, art. 279.º do Código do Trabalho], por *empresas de investimento* [quando tenham por objeto autorizar um investidor a realizar uma transação sobre instrumentos financeiros na qual aquelas intervenham: cf. art. 2.º, n.º 1, *g*) da LCC, art. 1.º do Regime das Empresas de Investimento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro) ou decorrentes de transação perante *autoridades públicas* [v.g., um tribunal: cf. art. 2.º, n.º 1, *j*) da LCC].

VIII. Os contratos de *crédito prestamista*, nos termos dos quais o consumidor-mutuário deva entregar ao credor-mutuante um bem em penhor e limite a exclusivamente a sua responsabilidade a essa garantia [art. 2.º, n.º 1, *m*) da LCC]. Recorde-se que a atividade prestamista em geral, e os mútuos garantidos por penhor em particular, são objeto de um regime jurídico próprio, previsto no Decreto-Lei n.º 160/2015, de 11 de agosto.

---

dgsi.pt>); e o Acórdão do TJUE de 8-XII-2016 (*Verein für Konsumenteninformation c. INKO, Inkasso GmbH*), segundo o qual não é de qualificar como um contrato "sem encargos" o acordo que prevê novas condições de pagamento de uma dívida existente, em que o consumidor se obriga, não só a reembolsar o montante total do crédito, mas também a pagar juros ou encargos não previstos no contrato inicial (ECLI:EU:C:2016:934 [§ 37]).

(39) Os cartões de débito diferido são cartões associados a uma conta de pagamento do titular (normalmente, conta à ordem bancária): possuindo as caraterísticas usuais de um cartão de crédito ("maxime", limite máximo de crédito, pagamentos de bens e serviços, "cash advance"), o valor correspondente aos movimentos efetuados não é refletido de imediato na conta, sendo debitado sem juros na data posterior acordada entre o titular e o emitente do cartão. Cf. Pereira, C. Gonçalves, *Cartões de Crédito*, *in:* 52 "Revista da Ordem dos Advogados" (1992), 355-416; Vasconcelos, Joana, *Cartões de Crédito*, *in:* XXXIV "Revista de Direito e de Estudos Sociais" (1992), 305-347 e XXXV (1993), 71-181.

IX. Os *contratos de crédito especiais*, entendendo-se por tal os empréstimos concedidos a um público restrito, ao abrigo de disposição legal de interesse geral, com taxas de juro inferiores às praticadas no mercado ou sem juros ou noutras condições mais favoráveis para os consumidores do que as praticadas no mercado e com taxas de juro não superiores às praticadas no mercado [art. 2.º, n.º 1, *m*) da LCC].

X. Finalmente, os *contratos de conversão de dívidas* celebrados entre a instituição de crédito mutuante e o consumidor-mutuário em situação de incumprimento de um contrato de crédito anterior com o objetivo de renegociar as condições contratuais, no sentido do diferimento do pagamento da dívida ou da alteração do modo de reembolso da dívida. Tais contratos ficam sujeitos a uma aplicação meramente parcial das disposições da LCC sempre que permitam evitar uma ação judicial pelo incumprimento do consumidor e não o sujeitem a condições menos favoráveis do que as do contrato de crédito inicial (art. 3.º da LCC).

6. Negociação

I. O regime jurídico dos contratos de crédito de consumo, previsto na LCC, é extenso e complexo. Ilustração do caráter bifronte dos contratos de consumo como contratos (unilateralmente) comerciais, este tipo contratual reveste, simultaneamente, uma natureza bancária e consumerista: em seguida, referiremos apenas as notas distintivas do seu regime jusconsumeristas, analisando sucessivamente os aspetos essenciais da disciplina jurídica da sua negociação, da sua formação, do seu conteúdo e do seu cumprimento(40).

II. No que concerne à sua *negociação*, deve ser sublinhada a existência de um vasto conjunto de deveres pré-contratuais a cargo do credor mutuante: são eles os *deveres publicitários* (art. 5.º), os *deveres de informação* (arts. 6.º, 8.º e 9.º) e *de assistência* (art. 7.º), e *o dever de avaliação da solvabilidade do consumidor* (arts. 10.º e 11.º, todos da LCC)(41).

---

(40) Sobre o regime jusbancário deste contrato, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Os Contratos Bancários,* 107, ss., *in:* AA.VV., "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida", Vol. II, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011.

(41) De acordo com um estudo encomendado pela "Direção-Geral para a Saúde e Consumido-

6.1. Deveres Publicitários

I. Dada a importância da publicidade no âmbito do crédito ao consumo dos nossos dias, o legislador veio consagrar um conjunto de *deveres publicitários* especiais do credor com vista a assegurar uma proteção preventiva dos consumidores (art. 5.º da LCC)(42).

II. Entende-se por "publicidade" toda a forma de comunicação dirigida ao público pelo credor ("maxime", instituição de crédito ou financeira), diretamente ou através de um intermediário de crédito, com vista a promover operações de crédito ao consumo: deve ser considerado indiferente, para estes efeitos, qual a identidade do anunciante ("maxime", o próprio credor ou o seu intermediário de crédito), os tipos de mensagens publicitárias ou respetivos suportes (v.g., imprensa, rádio, televisão, "internet", brochuras, "outdoors") ou os destinatários (v.g., público em geral ou grupos particulares de consumidores)(43). São dois os tipos fundamentais de deveres previstos na lei.

III. Por um lado, a *publicidade genérica à concessão de crédito* que mencione o custo do crédito para o consumidor ("maxime", taxa de juros) deve conter obrigatoriamente a menção clara e legível a conjunto mínimo de *informações normalizadas*, incluindo a taxa de juro nominal, fixa ou variável ou ambas, bem como quaisquer outros encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito, o montante total do crédito, a TAEG, a duração do contrato de crédito, o preço a pronto e o montante do eventual sinal (no caso de se tratar de crédito sob a forma de pagamento diferido de bem ou de serviço específico), o montante total imputado ao consumidor e o montante das prestações (art. 5.º, n.º 5 da LCC)(44).

---

res" da Comissão Europeia, Portugal é o país com maior pontuação em termos de fornecimento de informação pré-contratual adequada aquando da concessão de crédito ao consumo (*Study on the Functioning of the Consumer Credit Market in Europe*, Ipsos/London Economics, 2013, *in:* <https://londoneconomics.co.uk/blog/publication/study-functioning-consumer-creditmarkets-european-union-may-2014/>).

(42) Como resulta desnecessariamente da parte inicial deste preceito, estes deveres especiais não prejudicam a aplicação dos deveres gerais previstos no Código da Publicidade [cf. Antunes, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade, in:* XCIII "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" (2017), 771-848] e de outros deveres específicos previstos no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março [Antunes, J. Engrácia, *As Práticas Comerciais Desleais, in*: 155 "O Direito" (2023), 415-446].

(43) Sobre a noção e caraterísticas da publicidade, *vide* Antunes, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade,* 781, ss., *in:* XCIII "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" (2017), 771-848.

(44) No caso de a concessão do crédito ao consumidor implicar a celebração de um contrato

IV. Por outro lado, a publicidade dirigida à concessão de *modalidades específicas* de crédito ao consumo, ainda que gratuito, deve conter a indicação da *taxa anual efetiva global (TAEG)*([45]): essa menção, que deve ser objetivamente legível ou percetível pelo consumidor (art. 5.º, n.º 3 da LCC), deve abranger todas as modalidades de créditos publicitadas (v.g., no caso de várias modalidades, a TAEG aplicável a cada uma delas: cf. art. 5.º, n.º 1 da LCC) e todas as condições concretas de uma única modalidade (v.g., as diferentes TAEG determinadas em função das diferentes condições: cf. art. 5.º, n.º 2 da LCC)([46]).

6.2. Deveres de Informação e de Assistência Pré-Contratual

I. Importantes são também os *deveres de informação* e *assistência pré-contratual*. Nos termos gerais, toda a entidade que pretenda celebrar contratos de crédito ao consumo está obrigada, previamente à celebração de um contrato, a prestar ao consumidor um conjunto mínimo de informações sobre os elementos essenciais do contrato a celebrar (art. 6.º da LCC) e ainda uma assistência personalizada tendo em conta as circunstâncias concretas de cada consumidor (art. 7.º da LCC)([47]).

---

acessório ao contrato de crédito (v.g., contrato de seguro), e o seu custo não puder ser antecipadamente determinado, deve igualmente ser mencionada, de modo claro, conciso e visível, a obrigação de celebrar esse contrato, bem como a TAEG (art. 5.º, n.º 6 da LCC). Sobre os contratos de crédito coligados, *vide infra* 10.

([45]) Sobre a TAEG (taxa anual efetiva global), *vide infra* 8.1.

([46]) Tenha-se ainda em atenção as regras e princípios em matéria de publicidade bancária, incluindo o art. 77.º-C do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, bem como os Avisos do Banco de Portugal n.º 10/2008, de 22 de dezembro (deveres de informação e transparência a serem observados pelas instituições de crédito e sociedades financeiras na publicidade de produtos e serviços financeiros) e n.º 8/2009, de 12 de outubro (requisitos mínimos de informação que devem ser satisfeitos na divulgação das condições gerais com efeitos patrimoniais dos produtos e serviços financeiros disponibilizados ao público pelas instituições de crédito e sociedades financeiras). Sobre a publicidade bancária, *vide* Antunes, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade,* 815, ss., *in:* XCIII "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" (2017), 771-848.

([47]) Sobre estes deveres, *vide* Costa, C. Andrade, *Contratos de Crédito aos Consumidores: A Tutela do Consumidor "Ex Ante" e "Ex Post" à Conclusão do Contrato com o Profissional Sob o Manto do Risco de Sobre-Endividamento,* 252, ss., *in:* 18 "Estudos de Direito do Consumidor" (2022), 223-315. Tais deveres têm como sujeito passivo a entidade concedente de crédito ("credor") ou o respetivo intermediário (arts. 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1 da LCC), exceto no caso dos fornecedores ou prestadores de serviços que intervenham como intermediários de crédito a título acessório (art. 9.º da LCC).

II. O *dever de informação* consubstancia-se nuclearmente na entrega prévia ao consumidor de um formulário ou ficha padronizada, intitulada «Informação Normalizada Europeia em Matéria de Crédito a Consumidores» (FINE) (art. 6.º, n.º 2 da LCC)([48]).

Esse formulário ou ficha, que consta do Anexo II da LCC, inclui um copioso rol de informações, incluindo, por exemplo, os elementos de identificação do concedente do crédito (e, se for o caso, do intermediário de crédito envolvido), as principais caraterísticas do crédito (v.g., montante total do crédito, condições de utilização, duração do contrato, tipo, montante, número e periodicidade das prestações de reembolso, garantias exigidas), o custo do crédito (v.g., taxa de juro anual nominal (TAN) e suas condições, taxa anual de encargos efetiva global (TAEG), custos notariais, consequências da falta de pagamento) e muitos outros aspetos (v.g., direito de livre revogação, direito ao reembolso antecipado, eventual obrigação de celebrar um contrato acessório ligado ao contrato de crédito, taxa de juros de mora e encargos devidos em caso de incumprimento) (art. 6.º, n.º 3 da LCC)([49]).

III. Além disso, a entidade concedente do crédito está ainda vinculada a um *dever de assistência* pré-contratual perante o consumidor, que lhe impõe uma atitude pró-ativa de esclarecimento com o objetivo de permitir a este último avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira, devendo os esclarecimentos prestados oralmente ser-lhe entregues em documento escrito ou noutro suporte duradouro (art. 7.º da LCC)([50]).

([48]) A FINE constitui um documento essencial em quaisquer contratos de crédito celebrados entre as instituições de crédito e financeiras e os respetivos clientes, segundo um modelo padronizado igual em toda a União Europeia, tendo vindo substituir a anterior FIN ("Ficha de Informação Normalizada"). Embora com o mesmo objetivo geral, a FINE é utilizada nos contratos de crédito hipotecário à habitação (cf. Instrução do Banco de Portugal n.º 19/2017, de 15 de dezembro) e a FIN nos contratos de crédito ao consumo.

([49]) A lei previu ainda outras obrigações adicionais, tais como o dever de entregar ao consumidor, em documento separado e anexo à ficha, quaisquer *informações suplementares* que venha a prestar (art. 6.º, n.os 4 e 10 da LCC) e o dever de entregar a *minuta do contrato* se tal lhe for solicitado pelo consumidor (art. 6.º, n.º 8 da LCC). Além disso, foram previstas regras especiais e modelos de fichas normalizadas próprios para o caso dos contratos celebrados à distância (arts. 6.º, n.os 5 a 7 da LCC) e os contratos de crédito ao consumo sob a forma de facilidades de descoberto e contratos de conversão de dívidas (art. 8.º da LCC e Instrução do Banco de Portugal n.º 12/2013, de 17 de junho).

([50]) Cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 19-III-2009 (J. Eduardo Sapateiro), que, já no âmbito do direito pretérito, salientava que o regime legal "não se basta com a mera disponibilidade, ao outro ou outros contraentes, do conteúdo integral dos contratos [de crédito ao consumo] que contenham cláusulas contratuais gerais, para efeitos da sua leitura e conhecimento, correndo por conta e

IV. Dada a sua natureza imperativa (art. 26.º da LCC), o incumprimento destes deveres de informação e assistência pré-contratual pode ser fonte de efeitos civis — mormente, a invalidade contratual "atípica", a qual apenas pode ser invocada pelo consumidor (art. 26.º, n.º 2 da LCC, art. 16.º, n.os 2 e 3 da Lei de Defesa do Consumidor, art. 292.º do Código Civil) — e contraordenacionais (art. 30.º, n.º 1 da LCC)(51).

6.3. Dever de Avaliação da Solvabilidade

I. Finalmente, avulta ainda o *dever de avaliação da solvabilidade do consumidor* (arts. 10.º e 11.º da LCC): com vista a assegurar a tutela dos interesses dos consumidores (prevenção de incumprimento e insolvência) e os próprios interesses gerais (prevenção do sobre-endividamento dos particulares e do crédito bancário malparado), o legislador obrigou a entidade mutuante, antes de conceder um crédito ou de aumentar o montante total de um crédito já contratado, a avaliar a solvabilidade do consumidor, ou seja, a sua capacidade para cumprir as obrigações que pretende assumir(52).

II. O dever de avaliação da solvabilidade do consumidor encontra-se disciplinado nos arts. 10.º e 11.º da LCC, sendo ainda relevantes o Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de setembro, relativo aos procedimentos e critérios a observar na avaliação da solvabilidade dos consumidores pelas entidades que concedem crédito, e a Instrução do Banco de Portugal n.º 3/2018, de 1 de fevereiro, relativa aos critérios para a ponde-

---

risco daqueles os efetivos contacto e perceção do respetivo clausulado, como geralmente acontece nos negócios jurídicos comuns, mas exige antes uma conduta ativa da parte que elaborou e apresenta aquele tipo de contratos, tendente a permitir um concreto e real conhecimento por parte dos restantes contratantes do seu teor" (*in:* <www.dgsi.pt>).

(51) Segundo alguma jurisprudência, a entrega ao consumidor de uma FIN devidamente preenchida constitui uma presunção ilidível do cumprimento dos deveres de informação pré-contratuais do concedente de crédito: cf. Acórdão da Relação do Porto de 28-III-2012 (Vieira e Cunha), *in:* <www.dgsi.pt>.

(52) Sobre este dever, *vide* Araújo, S. Santos, *Incumprido o Dever de Avaliar a Solvabilidade: "Quid iuris"?*, Diss., Lisboa, 2022; Bernardes, M. Fernandes, *Dever de Avaliar a Solvabilidade do Consumidor no Crédito ao Consumo e no Crédito à Habitação*, Diss., Lisboa, 2018; Pereira, I. Pinto, *A Concessão de Crédito Responsável nos Contratos de Crédito ao Consumo,* Diss., Porto, 2022; Salazar, C. Moreira, *Crédito Responsável e Dever de Avaliação da Solvabilidade do Consumidor*, 50, ss., Diss. Porto, 2012.

ração do impacto na solvabilidade dos consumidores de aumentos do indexante aplicável a contratos de crédito a taxa de juro variável ou a taxa de juro mista(53).

III. Este dever aplica-se a todas as entidades concedentes e modalidades do crédito ao consumo (com exceção das ultrapassagens de crédito)(54) e tem uma natureza imperativa (não podendo ser afastado, ainda que por acordo das partes). Ele deve ser cumprido em momento prévio à celebração de cada contrato de concessão de crédito (art. 10.º, n.º 1 da LCC) — ou, em caso de aumento do montante do crédito durante a vigência do contrato, em momento prévio a este (art. 10.º, n.º 4 da LCC) — e deve ser realizado com base na ponderação de um conjunto de informações prestadas pelo consumidor, tais como a sua situação familiar e laboral, o seu património, rendimentos e despesas regulares, as circunstâncias futuras que possam ter um impacto negativo na sua capacidade para cumprir (v.g., eventual redução do rendimento após a idade de reforma ou o termo do contrato de trabalho, caso o contrato de crédito vigore para além desse momento), ou outros (art. 10.º, n.º 1 da LCC) — incluindo a consulta da base de dados da Central de Responsabilidades de Crédito e da lista pública de execuções (arts. 10.º, n.º 2 e 11.º da LCC, Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro)(55).

IV. No caso de a avaliação ser positiva, as entidades concedentes não estão obrigadas a celebrar o contrato de crédito com o consumidor e, no caso de ser negativa, estão obrigadas a informar este imediata e gratui-

---

(53) Tenha-se ainda em conta a "Recomendação do Banco de Portugal no Âmbito dos Novos Contratos de Crédito Celebrados com Consumidores", aplicável aos contratos celebrados a partir de 1 de abril de 2022 (<https://www.bportugal.pt/sites/default/files/recomendacao_contrato_credito_consolidada_abril2022_pt.pdf>).

(54) Saliente-se que a entidade concedente do crédito tem um dever de reserva e atualização das informações recolhidas [cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 15-XI-2007 (A. Luísa Geraldes), *in:* <www.dgsi.pt>]. Tal dever encontra-se ainda consagrado relativamente a outros contratos afins, como é o caso dos contratos de crédito hipotecários à habitação (arts. 16.º e segs. do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho). Cf. Duarte, R. Pinto, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores*, 38, ss., Almedina, Coimbra, 2018.

(55) Martins, Sofia, *A Central de Responsabilidade de Créditos — Enquadramento Normativo, Vicissitudes e Mecanismos de Tutela,* Diss., Lisboa, 2015. Saliente-se que este processo de avaliação é crescentemente realizado através de *"scoring"* assente em técnicas de inteligência artificial e na utilização de megadados, tornando assim as decisões de celebração de contratos de crédito ao consumo em decisões puramente automatizadas. Cf. Rebelo, D. Morgado, *Inteligência Artificial e "Scoring" no Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2023.

tamente da recusa de concessão do crédito, sendo necessário motivar esta recusa apenas quando esta resultar de informação consultada nas referidas bases de dados (arts. 10.º, n.º 3 e 11.º, n.º 3 da LCC). O incumprimento do dever de avaliação é fonte de sanções contraordenacionais (art. 30.º, n.º 1 da LCC), sendo discutido, todavia, com base na natureza imperativa deste dever (art. 26.º da LCC, art. 16.º da Lei de Defesa do Consumidor) e na necessidade de garantir a sua eficácia, a aplicabilidade de eventuais sanções civis(56).

7. Formação

7.1. Forma

I. Os contratos de crédito ao consumo devem revestir *forma especial*. Ao contrário da regra geral do art. 219.º do Código Civil, estes contratos devem ser "exarados em papel ou noutro suporte duradouro" (art. 12.º, n.º 1 da LCC) e devidamente assinados (art. 12.º, n.º 2, "in fine", da LCC): tal significa que tais contratos devem constar de documento escrito, o qual poderá revestir a natureza de documento físico (quando celebrado presencialmente) ou de documento eletrónico (quando celebrado à distância) (art. 362.º do Código Civil, art. 3.º do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro)(57).

II. Além disso, tal documento, quando não seja físico, deve estar contido num *suporte duradouro* [arts. 4.º, n.º 1, *n*) e 12.º, n.º 1 da LCC], entendendo-se por tal qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de modo a que, no futuro, possa ter acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a respetiva reprodução. Estão aqui abrangidos as chaves "Universal Serial

---

(56) Criticando a falta de uma sanção civil expressa para o incumprimento, Carvalho, J. Morais, *Manual de Direito do Consumo,* 560, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022; Falcão, David, *Lições de Direito do Consumo,* 226, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022. Sobre as consequências civis do incumprimento, da perspetiva da conformidade com o direito europeu, *vide* Araújo, S. Santos, *Incumprido o Dever de Avaliar a Solvabilidade: "Quid iuris"?*, espc. 39, ss., Dissertação, Lisboa, 2022.

(57) Ao invés do que sucedia anteriormente (cf. Acórdão da Relação do Porto de 12-X-2000 (Coelho da Rocha), *in:* XXV CJ (2000), IV, 208-210), tal documento contratual perdeu força executiva à luz do art. 703.º do atual Código de Processo Civil.

Bus" (USB), vulgo "pens", os "Compact Disc Read-Only Memory" (CD--ROM), os "Digital Versatile Disc" (DVD), os cartões de memória, os discos rígidos do computador, os extratos impressos em terminais automáticos, e as mensagens em caixas de correio eletrónicas integradas em sítios da internet que permaneçam acessíveis e invioláveis ao consumidor(58).

III. A inobservância da forma legal, mormente nos casos de falta de documento escrito ou falta de assinatura dos contratantes, acarreta a *nulidade* do contrato (art. 220.º do Código Civil, art. 13.º, n.os 1 e 5 da LCC)(59). Trata-se de uma nulidade "atípica", já que é apenas é invocável pelo consumidor (art. 13.º, n.º 5, parte final, do LCC)(60), não podendo ser invocada pelo credor (cuja inobservância se presume ser-lhe imputável: cf. art. 13.º, n.º 5, "ab initio", da LCC) nem, em regra, pelo próprio tribunal (cf. art. 286.º do Código Civil)(61). Sublinhe-se que o consumidor, para além da faculdade de não invocar a invalidade do contrato, dispõe ainda do

---

(58) Sobre a noção de suporte duradouro, *vide* Demoulin, Marie, *La Notion de «Support Durable» dans les Contrats à Distance*, *in:* 4 "Revue Européenne du Droit de la Consommation" (2000), 361-377. Na jurisprudência, destaquem-se os Acórdãos do TJUE de 5-VI-2012 (*Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*) — segundo o qual as hiperligações no sítio "internet" da empresa fornecedora nos contratos à distância não podem ser consideradas como suporte duradouro para estes efeitos (*in:* ECLI:EU:C:2012:419 [§ 51]) — e de 25-I-2017 (*BAWAG PSK Bank AG c. Verein für Konsumenteninformation*) — segundo o qual poderão ser qualificados como suporte duradouro os sítios "internet" que permitem ao consumidor armazenar as informações que lhe são pessoalmente dirigidas, desde que esteja garantida a sua permanente acessibilidade e inalterabilidade durante um período adequado de tempo e seja acompanhada de um comportamento ativo do prestador relativamente à sua existência [*in*: ECLI:EU:C:2017:38 (§§ 43, ss.)].

(59) Sobre esta nulidade, *vide* os Acórdãos do STJ de 9-IX-2008 (Fonseca Ramos), da Relação de Lisboa de 5-V-2020 (L. Filipe de Sousa) e de 21-IV-2016 (Jorge Leal), todos *in:* <www.dgsi.pt>. Sublinhe-se que este regime se aplica também nos casos em que a entidade financiadora tenha recorrido a um intermediário de crédito: cf. Acórdão da Relação de Coimbra de 13-IV-2021 (M. João Areias), *in:* <ww.dgsi.pt>.

(60) Essa invocação deve ser feita, em contexto executivo, no articulado inicial de oposição à execução, sob pena do efeito preclusivo concernente (art. 342.º, n.º 2 do Código Civil, arts. 728.º, n.º 1 e 773.º do Código de Processo Civil). Cf. ainda o Acórdão da Relação de Lisboa de 3-VII-2012 (Luís Lameiras), *in:* <www.dgsi.pt>.

(61) No comum dos casos, deve entender-se que a nulidade contratual por falta de forma legal não é do conhecimento oficioso do tribunal, sob pena de excesso de pronúncia (Morais, F. Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, 130, Almedina, Coimbra, 2007; na jurisprudência, *vide* os Acórdãos da Relação de Lisboa de 4-II-2010 (L. Correia de Mendonça) e 30-IV-2009 (Manuela Gomes), e da Relação do Porto de 15-XII-2021 (A. Paula Amorim), todos *in:* <www.dgsi.pt>. A título excecional, todavia, afigura-se de admitir que o tribunal declare a nulidade do contrato do contrato quando o consumidor, tendo trazido ao processo factos demonstrativos dessa nulidade e da intenção de daquele se desvincular, não tenha invocado ou alegado expressamente essa nulidade (art. 7.º, 8.º e 594.º do Código de Processo Civil). Sobre a distribuição do ónus da alegação e prova nos litígios de consumo, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Os Conflitos de Consumo*, 18, ss., *in*: "Estudos de Direito do Consumidor" (2023), 9-109.

direito de provar a sua existência por qualquer meio (art. 13.º, n.º 6 da LCC): se aquele direito for exercido e esta prova realizada, a obrigação de pagamento do consumidor é reduzida ao preço a contado, mantendo aquele o direito de pagar nos preços convencionados (nos contratos de crédito destinados ao financiamento de compras a prestações) ou é reduzida ao montante do crédito concedido, mantendo aquele o direito de pagar nas condições que tenham sido acordadas ou que resultem dos usos (nos demais contratos de crédito) (art. 13.º, n.º 7 da LCC).

7.2. Obrigação de Entrega de Exemplar do Contrato

I. A lei estabeleceu também a cargo do credor uma *obrigação de entrega* de um exemplar do contrato (art. 12.º, n.º 2 da LCC)([62]). Esta obrigação deve ser cumprida perante o consumidor (ou consumidores, no caso de o contrato de crédito ter sido celebrado por vários) e perante os eventuais garantes [v.g., fiador([63]), cônjuge([64])], sendo aplicável aos contratos de crédito ao consumo presenciais (em que a entrega deve ocorrer de ime-

---

([62]) Sobre esta obrigação de entrega, *vide* os Acórdãos da Relação de Lisboa de 6-II-2014 (Teresa Albuquerque), de 23-X-2014 (Carla Mendes), de 13-IX-2012 (Jorge Vilaça), de 22-X-2009 (P. Ponte Gomes), de 23-X-2008 (Bruto da Costa), de 19-VI-2008 (Pedro Gonçalves), de 18-XII-2007 (M. José Mouro), de 28-VI-2007 (Ferreira Lopes), de 22-II-2007 (J. Gonçalves Marques), e de 2-VI-2005 (Salazar Casanova), da Relação do Porto de 8-VI-2022 (P. Duarte Teixeira), de 10-XI-2020 (Lina Baptista), de 29-IV-2014 (Vieira e Cunha), de 9-X-2012 (Igreja Matos), e de 19-I-2010 (Rodrigues Pires), da Relação de Coimbra de 27-IV-2017 (J. Carlos Ferreira), de 14-III-2017 (Falcão de Magalhães), de 7-II-2017 (M. João Areias), de 4-V-2010 (Gonçalves Ferreira) e de 26-II-2008 (Teles Pereira), e da Relação de Guimarães de 12-X-2017 (M. Fátima Andrade), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

([63]) Sobre o estatuto de consumidor dos fiadores, Gomes, M. Costa, *Assunção Fideijussória de Dívida,* 584, ss., Almedina, Coimbra, 2000; Oliveira, N. Pinto, *O Caso das Fianças Revisitado (Em Torno do Acórdão do STJ de 9 de julho de 2015), in:* "Revista Julgar (online)" (2016), 1-59. Na jurisprudência, *vide* os Acórdãos do STJ de 9-VII-2015 (A. Paula Boularot), de 21-I-2014 (Gabriel Catarino), de 17-VI-2010 (Cardoso de Albuquerque), de 30-IV-2009 (Manuela Gomes), de 3-V-2007 (Pires da Rosa) e de 12-I-2006 (Moitinho de Almeida), os Acórdãos da Relação de Lisboa de 18-IX-2008 (Manuel Gonçalves), de 5-VI-2008 (F. Isabel Pereira), de 28-VI-2007 (Ferreira Lopes) e de 9-II-2006 (Olindo Geraldes), os Acórdãos da Relação do Porto de 26-VI-2012 (Ramos Lopes), de 1-VI-2010 (Ramos Lopes), e de 25-X-2007 (Mário Fernandes), e os Acórdãos da Relação de Coimbra de 7-II-2017 (M. João Areias), de 6-VII-2010 (Carlos Gil) e de 25-XI-2008 (M. João Areias), todos *in:* <www.dgsi.pt>. Na jurisprudência europeia, *vide* o Acórdão do TJUE de 17-III-1998 (*Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG c. Edgard Dietzinger*), *in:* ECLI:EU:C:1998:111.

([64]) Sobre a comunicabilidade das dívidas emergentes dos contratos de crédito ao consumo, mormente a existência de proveito comum do casal [art. 1691.º, n.º 1, *c*) do Código Civil], *vide* os Acórdãos do STJ de 22-X-2009 (Santos Bernardino), de 21-XI-2006 (Borges Soeiro) e de 12-I-2006 (Oliveira Barros), bem como da Relação de Évora de 16-V-2013 (Isabel Silva), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

diato no momento da celebração e assinatura) e à distância (em que a entrega deverá ocorrer logo que seja possível em momento posterior) (art. 12.º, n.º 2 da LCC)([65]), sem prejuízo de requisitos adicionais para certas formas especiais do crédito ao consumo (cf. pontos 9.º e 10.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 11/2001, de 20 de novembro, relativo à emissão de cartões de crédito).

II. O incumprimento da obrigação de entrega de um exemplar ao consumidor acarreta a nulidade do contrato (art. 220.º do Código Civil, art. 13.º, n.º 1 da LCC) e aos garantes acarreta a nulidade das garantias (art. 13.º, n.º 2 da LCC)([66]), cabendo ao credor o ónus da prova dessa entrega([67]), ficando no mais sujeito ao regime da invalidade atípica atrás referida para o caso da inobservância de forma legal (art. 13.º, n.º 5 da LCC)([68]).

([65]) Também assim Mesquita, Luís, *Da Nulidade do Contrato de Crédito a Consumidores, por Falta de Entrega do Respetivo Exemplar, à Luz do Instituto do Abuso do Direito,* 342, *in:* VIII "Revista de Direito Civil" (2023), 337-386. Em sentido inverso, dispensando a entrega nos contratos à distância, *vide* Morais, F. Gravato, *Proteção do Consumidor a Crédito na Celebração e Execução do Contrato*, 119, *in:* "Direito do Consumo", 115-128, CEJ, Ebook, 2014. Sobre o ponto — embora nalguns arestos sob o pano de fundo do direito pretérito de 1991 —, *vide* ainda os Acórdãos do STJ de 7-VII-2009 (João Camilo), da Relação de Lisboa de 6-II-2014 (Teresa Albuquerque), de 29-I-2008 (Arnaldo Silva) e de 9-V-2006 (M. Amélia Ribeiro), da Relação do Porto de 19-I-2010 (Henrique Antunes), da Relação de Coimbra de 26-II-2008 (Teles Pereira), e da Relação de Guimarães de 10-III-2016 (M. Amália Santos), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

([66]) Campos, I. Menéres, *Notas Breves sobre os Mecanismos de Garantia do Cumprimento no Crédito ao Consumo*, *in:* "Liber Amicorum Mário Frota", 291-310, Almedina, Coimbra, 2012. Cf. todavia os Acórdãos do STJ de 17-VI-2010 (Cardoso de Albuquerque) e de 12-I-2006 (Moitinho de Almeida), ambos *in:* <www.dgsi.pt>.

([67]) Carvalho, J. Morais/Teixeira, Micael, *Crédito ao Consumo — Ónus da Prova de Entrega de Exemplar e Abuso de Direito de Invocar a Nulidade*, *in:* 42 "Cadernos de Direito Privado" (2013), 36-52; na jurisprudência, *vide* "Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2.6.1999, sobre a Nulidade do Contrato de Crédito ao Consumo por Falta de Entrega de um Exemplar do Contrato no Momento da Assinatura", *in:* 36 "Sub Judice — Justiça e Sociedade" (2016), 147-148, além dos Acórdãos do STJ de 7-I-2010 (M. Prazeres Beleza), de 5-XII-2006 (Sousa Leite) e 14-I-1999 (Quirino Soares), da Relação de Lisboa de 27-III-2014 (A. Azeredo Coelho) e de 14-III-2013 (Pedro Martins), da Relação do Porto de 26-VI-2012 (Ramos Lopes), e da Relação de Coimbra de 4-V-2010 (Gonçalves Ferreira), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

([68]) Questão discutida é a de saber se os garantes poderão invocar esta nulidade em substituição do consumidor. Sobre o ponto, *vide* Campos, I. Menéres, *Notas Breves sobre os Mecanismos de Garantia do Cumprimento no Crédito ao Consumo*, 300, *in:* "Liber Amicorum Mário Frota", 291-310, Almedina, Coimbra, 2012; Garcia, António/Carreiro, Inês/Lemesheko, Yelyzaveta, *O Fiador e a Nulidade do Contrato de Crédito,* 123, *in:* AA.VV., "Casos Práticos de Direito do Consumo Resolvidos", 121-123, Almedina, Coimbra, 2019; Morais, F. Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, 129, Almedina, Coimbra, 2007.

III. Enfim, para além desta obrigação expressa de entrega do exemplar contratual, existe também uma obrigação implícita de entrega da quantia mutuada para a perfeição do contrato — que assim se afigura revestir uma natureza real "quoad constitutionem"(69).

7.3. Conteúdo Mínimo Obrigatório

I. A lei estabeleceu ainda a obrigatoriedade de um *conteúdo mínimo obrigatório* do contrato de crédito (arts. 6.º, n.º 3, 12.º, n.os 3 a 5 da LCC). Esse conteúdo é bastante extenso, abrangendo simultaneamente elementos que constam da ficha formalizada (FIN) (v.g., identificação do credor, endereço geográfico do intermediário de crédito, tipo, duração, montante total e condições de utilização do crédito, taxa de juro anual nominal (TAN), taxa anual de encargos efetiva global (TAEG), montante total imputado ao consumidor (MTIC), eventuais seguros e garantias exigidos, direito de livre revogação, direito de reembolso antecipado, etc.) e diversos outros elementos (v.g., no caso de amortização do capital em contrato de crédito com duração fixa, o direito do consumidor a receber, a seu pedido e sem qualquer encargo, a todo o tempo e ao longo do período de vigência do contrato, uma cópia do quadro da amortização).

II. A inobservância desta exigência legal, que se presume imputável ao credor (art. 13.º, n.º 5 da LCC), pode ser fonte de diferentes consequências jurídicas consoante os elementos contratuais omitidos: a nulidade para o caso da falta de alguma das menções constantes dos arts. 6.º, n.º 3 *a*) a *g*), "ab initio" e *h*) e art. 12.º, n.º 5, *a*) a *d*) ("ex vi" do art. 13.º, n.º 1, "in fine", da LCC), a anulabilidade para as menções constantes dos arts. 12.º, n.º 3, *a*) a *f*), *h*) a *m*) e *o*) e n.º 5, *b*) e *c*) ("ex vi" do art. 13.º, n.º 2 da LCC)(70), e a inexigibilidade para o caso da menção relativa às even-

---

(69) Esta natureza real deve ser habilmente entendida, tanto no sentido em que se basta com a mera entrega eletrónica da quantia mutuada (de modo algum pressupondo a sua entrega física), como no sentido em que se considera satisfeita com a entrega realizada à empresa vendedora do bem (de modo algum se pressupondo que ela seja feita diretamente ao consumidor). Cf. o Acórdão do STJ de 22-VI-2005 (Oliveira Barros), *in:* XIII "Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça" (2005), II, 134-140, bem como o Acórdão da Relação do Porto de 16-11-2000 (João Vaz), *in:* <www.dgsi.pt>.

(70) Para uma ilustração, *vide* o Acórdão da Relação de Lisboa de 13-X-2016 (Pedro Martins), relativo à omissão de menção ao método de cálculo da redução do custo do crédito no caso de antecipação do cumprimento (*in:* <www.dgsi.pt>).

tuais garantias e seguros exigidos [arts. 12.º, n.º 3, *g*) e 13.º, n.º 3 da LCC](71). Atenta a sua usual natureza de contrato de adesão, o ónus da prova do cumprimento dos deveres informativos compete à entidade concedente (arts. 5.º e 6.º)(72) e as cláusulas contratuais inseridas posteriormente à assinatura dos contraentes consideram-se excluídas do contrato [art. 8.º, *d*), todos do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro], ressalvados os limites do abuso de direito(73).

7.4. Abuso de Direito

I. Cumpre salientar que o exercício pelo consumidor do direito de invocar a nulidade do contrato por inobservância dos requisitos formativos legais (documento escrito, entrega de exemplar, informações mínimas) se encontra sujeito — tal como todos os demais direitos do consumidor — ao limite geral do *abuso de direito* (art. 334.º do Código Civil)(74).

II. Com efeito, tal como qualquer outro personagem da Ordem Jurídica, o consumidor encontra-se subordinado à proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas e à proscrição de comportamentos contraditórios lesivos da confiança alheia. Saber se esse limite foi ou não excedido é questão que apenas pode ser apurada e respondida em definitivo caso a caso, tendo em atenção as circunstâncias concretas: tudo aquilo

---

(71) Para uma análise circunstanciada destes eventos de invalidade e ineficácia, *vide* Castelo, Higina, *Crédito ao Consumo — Regime Jurídico dos Contratos de Crédito aos Consumidores (DL 133/2099, de 2 de junho),* 861, ss., *in:* Ataíde, R./Rocha, F./Fidalgo, V. (coord.), "Estudos de Direito do Consumo", Vol. II, 831-886, Almedina, Coimbra, 2023.

(72) Cf. os Acórdãos da Relação de Lisboa de 27-III-2014 (A. Azeredo Coelho), de 1-III-2012 (Catarina Manso), de 4-III-2010 (Carlos Marinho) e de 23-II-2005 (Gil Roque), da Relação do Porto de 9-IV-2014 (Vieira e Cunha), de 28-III-2012 (José Carvalho), de 22-III-2011 (Guerra Banha), de 19-X-2010 (M. Graça Mira) e de 22-II-2010 (M. Deus Correia), da Relação de Coimbra de 27-IV-2017 (J. Carlos Ferreira), de 14-III-2017 (Falcão de Magalhães), de 17-11-2009 (Jorge Arcanjo) e 6-VII-2010 (Carlos Gil), da Relação de Guimarães de 21-I-2022 (Jorge Santos), e da Relação de Évora de 22-X-2020 (Mário Coelho), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

(73) Cf. Acórdãos do STJ de 20-X-2011 (Moreira Alves), de 3-V-2007 (Pires da Rosa) e de 12-I-2006 (Moitinho de Almeida), da Relação de Lisboa de 7-VII-2011 (Farinha Alves), da Relação de Coimbra de 21-V-2019 (A. Carvalho Martins), de 28-IX-2020 (Falcão de Magalhães), de 16-VI-2015 (M. João Areias) e de 24-XI-2009 (Artur Dias), e da Relação de Guimarães de 4-II-2016 (Jorge Seabra), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

(74) Sobre a figura do abuso de direito no âmbito do Direito do Consumo, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 80, ss., Almedina, Coimbra, 2019.

que se pode afirmar, em via geral, é que incorrerá em abuso aquele consumidor que, através do seu comportamento ativo (v.g., utilização do crédito concedido pelo credor) e passivo (v.g., abstenção prolongada de invocação de qualquer irregularidade contratual), tenha criado na respetiva contraparte a confiança legítima e fundada sobre a aceitação e vigência do contrato celebrado e venha posteriormente, mediante a invocação inopinada da inobservância de um requisito formativo, frustrar essas expetativas com graves prejuízos para aquela contraparte(75).

7.5. Outras Especialidades Formativas

I. Por fim, o processo de formação dos contratos de crédito ao consumo poderá revestir outras *especialidades formativas especiais*. A título de ilustração, pense-se assim no direito ao esquecimento e na proibição de práticas discriminatórias no caso de consumidores que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou deficiência (Lei

---

(75) Existe jurisprudência abundantíssima, amiúde dissonante, sobre a relevância e o alcance da figura do abuso de direito no domínio dos contratos de crédito ao consumo sem observância da forma legal ou de outros requisitos ("maxime", falta de entrega de exemplar). Entre muitos, vejam-se os Acórdãos do STJ de 20-X-2011 (Moreira Alves), de 7-I-2010 (M. Pizarro Beleza) e de 9-IX-2008 (Fonseca Ramos); os Acórdãos da Relação de Lisboa de 5-V-2020 (L. Filipe Sousa), de 14-2017 (E. Perterson Silva), de 22-VI-2016 (M. Deus Correia), de 23-X-2014 (Carla Mendes), de 13-IX-2012 (Jorge Vilaça), de 10-XII-2009 (Pedro Ezagüi), de 9-V-2006 (M. Amélia Ribeiro) e de 2-VI-2005 (Salazar Casanova); os Acórdãos da Relação do Porto de 8-VI-2022 (P. Duarte Teixeira), de 10-XI-2020 (Lina Baptista), de 19-V-2020 (A. Lucinda Cabral), de 14-VI-2016 (Luís Cravo), de 9-IV-2014 (Vieira e Cunha), de 11-XI-2014 (A. Silva Dias), de 9-X-2012 (J. Igreja Matos), de 28-III-2012 (José Carvalho), de 14-XI-2011 (A. Paula Amorim), de 30-V-2011 (Filipe Caroço), de 22-III-2011 (Guerra Banha), de 10--V-2010 (Soares Oliveira), de 19-I-2010 (Rodrigo Pires), de 26-VI-2008 (Fernando Baptista) e de 7--X-2008 (M. Graça Mira); os Acórdãos da Relação de Coimbra de 21-V-2019 (A. Carvalho Martins), de 27-IV-2017 (J. Carlos Ferreira), de 4-IV-2017 (Vítor Amaral), de 7-II-2017 (M. João Areias), de 12-I-2016 (Fernando Monteiro), de 21-X-2014 (Freitas Neto), de 18-V-2010 (Isaías Pádua), de 4-V--2010 (Gonçalves Ferreira) e de 12-II-2008 (Costa Fernandes); os Acórdãos da Relação de Guimarães de 4-II-2016 (Jorge Seabra), de 9-IV-2015 (António Santos), de 17-IX-2015 (A. Cristina Duarte), de 26-VI-2014 (A. Beça Monteiro), de 25-V-2012 (M. Purificação Carvalho), e de 7-VII-2011 (Fernando Sobrinho); e os Acórdãos da Relação de Évora de 30-V-2019 (Sílvio Sousa), de 30-VI-2016 (Canela Brás), de 27-II-2014 (Acácio Neves) e de 8-IX-2011 (J. Gonçalves Marques), todos *in:* <www.dgsi.pt>. Sobre a questão, na doutrina, Carvalho, J. Morais/Teixeira, Micael, *Crédito ao Consumo — Ónus da Prova de Entrega de Exemplar e Abuso de Direito de Invocar a Nulidade*, *in:* 42 "Cadernos de Direito Privado" (2013), 36-52; Mesquita, Luís, *Da Nulidade do Contrato de Crédito a Consumidores, por Falta de Entrega do Respetivo Exemplar, à Luz do Instituto do Abuso do Direito, in:* VIII "Revista de Direito Civil" (2023), 337-386.

n.º 75/2021, de 18 de novembro)(76), ou no regime especial previsto para o crédito imobiliário habitacional (Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho)(77).

8. Conteúdo

I. Tal como já foi assinalado, o contrato de crédito ao consumo deve conter um conjunto muito vasto de menções obrigatórias, que representam assim uma espécie de *conteúdo* contratual mínimo e imperativo (arts. 6.º, n.º 3 e 12.º, n.os 3 a 5 da LCC). Ora, neste plano do conteúdo contratual, merecem destaque especial as normas relativas à *taxa anual de encargos efetiva global* [arts. 4.º, n.º 1, *g*), 6.º, n.º 3, *g*), e 24.º da LCC], aos *juros usurários* (art. 28.º da LCC), às *garantias* [arts. 6.º, n.º 3, *o*) e 12.º, n.º 3, *g*) da LCC] e às *comissões* (arts. 14.º-A e 23.º-A da LCC).

II. Antes de as referir, importa advertir sucintamente para que o credor se encontra sujeito a um conjunto de *deveres especiais* durante a vigência do contrato.

Assim, durante todo o período da vigência contratual, a entidade concedente de crédito está obrigada a informar o consumidor de quaisquer *alterações da taxa nominal* antes da respetiva entrada em vigor, incluindo o montante dos pagamentos (bem como, se for o caso, o seu número e frequência), podendo ainda ser convencionada a obrigação de prestação de informação periódica no caso de tal alteração resultar da modificação da taxa de referência (art. 14.º, n.os 1 a 3 da LCC). No caso de a entidade concedente ser uma instituição de crédito, está ainda obrigada a disponibilizar periodicamente aos seus clientes um *extrato* detalhado contendo um conjunto de informações mínimas sobre a evolução do empréstimo, consoante a modalidade do crédito concedido (crédito pessoal, crédito automóvel, cartão de crédito, linha de crédito e conta-corrente bancária) (art. 14.º, n.º 4 da LCC, Aviso do Banco de Portugal n.º 10/2014, de 18 de novembro).

---

(76) Numa perspetiva mais ampla, *vide* Gomes, A. Araújo/Mendonça, M. Araújo, *O Direito Fundamental ao Esquecimento nas Relações de Consumo*, *in:* 110 "Revista de Direito do Consumidor" (2018), 151-177.

(77) Sousa, G. Mesquita, *Formação do Contrato no Regime dos Contratos de Crédito Relativos a Imóveis, in:* 17 "Estudos de Direito do Consumidor" (2021), 41-149.

Além disso, o consumidor pode, a qualquer momento, solicitar a *renegociação* do contrato de crédito. Nos termos gerais, a alteração do contrato de crédito exige o acordo da entidade concedente do crédito (art. 406.º, n.º 1 do Código Civil)([78]): todavia, esta entidade não pode cobrar qualquer comissão pela análise da renegociação das condições do crédito, nomeadamente do "spread" ou do prazo de duração contratual (art. 14.º-A da LCC), nem no caso de esta renegociação ocorrer no âmbito de um procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento (PERSI) (art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro)([79]).

8.1. Taxa Anual de Encargos Efetiva Global (TAEG)

I. A *taxa anual de encargos efetiva global (TAEG)* designa o custo integral do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito, abrangendo todos os valores a pagar no pressuposto de que o contrato será integralmente cumprido, incluindo os montantes atuais das obrigações assumidas, os juros remuneratórios, os encargos atuais e futuros que tenham sido acordados, os custos de manutenção da conta, e os custos das operações de pagamento, entre diversos outros [arts. 4.º, n.º 1, *g*), e 24.º, Anexo I da LCC]([80]).

([78]) Estando, além disso, sujeita aos requisitos gerais aplicáveis à sua formação, "maxime", forma escrita e entrega de um novo exemplar ao consumidor, recaindo sobre a entidade concedente do crédito o ónus da prova do respetivo cumprimento (Acórdão da Relação de Lisboa de 19-X-2017 (Arlindo Crua), *in:* <www.dgsi.pt>. Ressalvam-se desta exigência as meras alterações pontuais dos dados do contrato (v.g., morada do consumidor) sem reflexos na posição jurídica das partes [Acórdão da Relação do Porto de 4-XI-2013 (M. Domingos Fernandes), *in:* <www.dgsi.pt>].

([79]) Sublinhe-se que, consistentemente com a noção de consumidor adotada na LCC (cf. *supra* 3.2), o regime previsto no PERSI é exclusivamente aplicável ao incumprimento de contratos de crédito ao consumo celebrados por pessoas singulares, excluindo os contratos de financiamentos destinados a liquidar dívidas de empresas coletivas [cf. Acórdãos da Relação de Lisboa de 23--II-2021 (A. Rodrigues da Silva) e de 9-X-2018 (M. Conceição Saavedra), ambos *in:* <www.dgsi.pt>]. Cf. Conceição, A. Filipe, *O Novo Regime da Negociação Extrajudicial de Créditos Bancários ao Consumidor: Uma Breve Abordagem ao DL 227/2012, de 25 de Outubro*, *in:* 9 "Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo" (2013), 141-157.

([80]) Sobre a noção e o regime da TAEG, *vide* desenvolvidamente *vide* Antunes, J. Engrácia, *A Moeda — Estudo Jurídico e Económico,* 597, 678, ss., Almedina, Coimbra, 2021; Antunes, J. Engrácia, *Os Juros Civis, Comerciais e Outros — Aspetos do seu Regime Jurídico*, 202, ss., *in:* XCVII "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" (2021), 159-226; na jurisprudência, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 7-VII-2001 (Farinha Alves) e de 9-II-2006 (Olindo Geraldes), bem como da Relação de Coimbra de 6-VII-2010 (Carlos Gil), todos *in:*<www.dgsi.pt>.

II. Muito embora não constitua propriamente uma taxa de juro, a TAEG constitui um elemento essencial da tutela do consumidor, funcionando como um parâmetro objetivo que permite àquele conhecer o custo real global do crédito a conceder e, simultaneamente, compará-lo com ofertas congéneres e concorrentes no mercado. Trata-se assim de um aspeto fundamental simultaneamente da fase pré-contratual — devendo constar da publicidade comercial (art. 5.º da LCC) e da ficha de informação normalizada [arts. 6.º, n.º 3, *g*), 8.º, n.º 2, *a*) da LCC] — e do conteúdo contratual — devendo ser objeto de menção obrigatória expressa [art. 12.º, n.os 3 e 5, *a*) da LCC] —, sob pena da nulidade do contrato (art. 13.º, n.º 5 da LCC).

8.2. Juros Usuários

I. Relevante é também o regime especial previsto em matéria de *juros usurários* (art. 28.º da LCC)([81]). Assim, para além dos limites gerais decorrentes dos arts. 559.º-A e 1146.º do Código Civil (aplicáveis por força do §2 do art. 102.º do Código Comercial)([82]), o art. 28.º da LCC veio fixar um limite especial e adicional de caráter duplo: serão também havidos como usurários os contratos que, no momento da respetiva celebração, fixem uma TAEG superior em 25% à taxa média praticada no mercado pelas instituições de crédito no trimestre anterior para cada tipo de contrato de crédito ao consumo, v.g., crédito pessoal, automóvel, "revolving", etc. (art. 28.º, n.º 1 da LCC), ou em 50% à taxa média dos contratos de crédito ao consumo no seu conjunto (art. 28.º, n.º 2 da LCC), sendo tais taxas médias divulgadas trimestralmente pelo Banco de Portu-

---

([81]) Sobre os juros usurários consumeristas, *vide* desenvolvidamente *vide* Antunes, J. Engrácia, *Os Juros Civis, Comerciais e Outros — Aspetos do seu Regime Jurídico*, 201, ss., *in:* XCVII "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" (2021), 159-226. Sobre o ponto, cf. ainda Carvalho, J. Morais, *Usura nos Contratos de Crédito ao Consumo*, *in:* 36 "Sub Judice — Justiça e Sociedade" (2006), 35-53; Carvalho, J. Morais, *Limites das Taxas de Juro e Usura, in:* "Direito do Consumo — Ebook", 186-203, CEJ, Lisboa, 2014; Loureiro, C. Silva, *Juros Usurários no Crédito ao Consumo, in:* 8 "Revista de Estudos Politécnicos" (2007), 265-280; Vasconcelos, P. Pais, *Taxas de Juro do Crédito ao Consumo: Limites Legais, in:* AA.VV., "II Congresso de Direito Bancário", 329-353, Almedina, Coimbra, 2017.

([82]) O que significa que não serão lícitas as cláusulas de juros ou cláusulas penais superiores em, respetivamente, 3% e 5%, ou 7% e 9%, à taxa supletiva de juros legais, consoante exista ou não garantia real. Sobre tais limites gerais, *vide* Antunes, J. Engrácia, *As Convenções de Juros e seus Limites*, 258, ss., *in:* 356 "Scientia Ivridica" (2021), 251-275.

gal (art. 28.º, n.º 3 da LCC, Instrução do Banco de Portugal n.º 14/2013, de 17 de junho)(83).

II. A estipulação de TAEGs usurárias não ocasiona a invalidade do contrato, originando antes a sua redução automática para metade do limiar legal máximo ultrapassado (art. 28.º, n.º 6 da LCC), além da responsabilidade contraordenacional da entidade mutuante (art. 30.º, n.º 1 da LCC)(84).

8.3. Garantias

I. Outro aspeto relevante prende-se com as *garantias*. É muito frequente que a celebração dos contratos de crédito ao consumo (especialmente no crédito à habitação, crédito automóvel e locação financeira para consumo) seja acompanhada da constituição de garantias por parte do consumidor, as quais visam reforçar a segurança jurídica do crédito concedido pelas instituições mutuantes: prova disso mesmo é o facto de a lei ter expressamente previsto a obrigação dos bancos, previamente à celebração dos contratos, prestar informações ao consumidor sobre as garantias exigidas [art. 6.º, n.º 3, *o*)], de as especificar nos contratos celebrados [art. 12.º, n.º 3, *g*)] e de exigir a entrega de um exemplar do contrato aos terceiros garantes sob pena de nulidade (arts. 12.º, n.º 2 e 13.º, n.º 2), além de outras vicissitudes contratuais (arts. 14.º, n.º 5 e 22.º, todos da LCC).

II. Este reforço da segurança do credor pode ser obtido fundamentalmente através de modalidades externas ou internas ao contrato. Uma delas, de natureza *heterocontratual*, é a prestação de garantias especiais, sejam pessoais (v.g., fiança) ou reais (v.g., hipoteca), pelo próprio ou por terceiro: esta prestação pode dar azo a problemas de proteção do consumi-

---

(83) A lei previu ainda dois outros limites específicos a respeito de modalidades especiais de crédito: as facilidades a descoberto (art. 28.º, n.º 4) e a ultrapassagem de crédito cuja TAN exceda o valor máximo de TAEG definido (art. 28.º, n.º 5, ambos da LCC).

(84) Exemplificando. Nos termos da Instrução do Banco de Portugal n.º 7/2023, de 1 de abril, a taxa média dos contratos de crédito automóvel com reserva de propriedade é de 12,7% e a taxa média dos contratos de crédito ao consumo em geral ("ultrapassagens de crédito") é de 16,9%: tal significa que os limites da usura relativamente aos contratos celebrados no 2.º trimestre de 2023 são, respetivamente, de 15,7% e de 24,7%. Assim, se em junho de 2023 fosse celebrado entre um banco e um consumidor um contrato de crédito para aquisição de automóvel com reserva de propriedade com uma TAEG de 20%, o cliente veria essa taxa automaticamente reduzida para 7,85%. Para uma ilustração, *vide* o Acórdão da Relação de Guimarães de 4-II-2016 (Jorge Seabra), *in:* <www.dgsi.pt>.

dor no caso de "sobregarantia" — traduzida na desproporção ou incongruência manifestas entre o valor do crédito garantido e o valor das garantias prestadas, logo no momento da celebração (sobregarantia originária) ou subsequentemente em resultado de evento posterior (sobregarantia superveniente) —, cujo controlo poderá ser obtido mediante o recurso às leis gerais ("maxime", arts. 280.º, n.º 2, 282.º, 334.º, 631.º, n.º 2, e 697.º do Código Civil) ou especiais [v.g., art. 22.º, n.º 1, *c*) e *m*) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro] pertinentes(85). Outra modalidade, de natureza *endocontratual*, consiste na previsão de cláusulas contratuais especiais: entre elas, figuram as cláusulas penais, as cláusulas de exigibilidade e vencimento antecipados, os "covenants", tais como cláusulas "pari passu", "negative pledge" e "cross default" (v.g., constituição de hipoteca com cláusula de "negative pledge"), ou ainda a alienação fiduciária em garantia do bem de consumo financiado(86).

8.4. Comissões

I. Por fim, tenha-se ainda presente a proibição de cobrança de *comissões*, para além da já citada pela renegociação do contrato de crédito (art. 14.º-A da LCC), pela emissão de documentos de extinção de garantias reais ou distrates (arts. 14.º, n.º 5 e 23.º-A da LCC)(87).

---

(85) Matias, J. Pedro, *A Sobregarantia nos Contratos de Crédito ao Consumo Celebrados com Instituições Bancárias, in:* AA.VV., "Estudos de Direito do Consumo", Vol. II, 979-1013, Almedina, Coimbra, 2023.

(86) Particularmente difundidas na aquisição a crédito de determinados bens de consumo, "maxime" veículos automóveis, são ainda as *cláusulas de reserva de propriedade* a favor da entidade bancária ou financeira mutuante, cuja admissibilidade, contudo, tem suscitado larga controvérsia na doutrina e jurisprudência: sobre o ponto, *vide* Bernardo, J. Marques, *Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor de Financiador*, *in:* V "Estudos do Instituto de Direito do Consumo" (2017), 395-408; Coelho, F. Pereira, *Ainda a Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Financiador, in:* 143 "Revista de Legislação e de Jurisprudência" (2013), 32-53; Faria, P. Ramos, *A Reserva de Propriedade Constituída a Favor de Terceiro Financiador, in:* 16 "Revista Julgar" (2012), 13-42; Nunes, G. Aleixo, *A Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do (Terceiro) Financiador, in:* Ataíde, R./Rocha, F./Fidalgo, V. (coord.), "Estudos de Direito do Consumo", Vol. II, 887-924, Almedina, Coimbra, 2023; Sanhudo, J. Menezes, *Cláusulas de Reserva de Propriedade a Favor de Financiador em Contratos de Crédito ao Consumo, in:* "Revista Julgar" (Online) (2020), 1-26.

(87) Tenha-se presente a norma transitória prevista no art.11.º da Lei n.º 24/2023, de 29 de maio. Sobre a figura em geral, *vide* Gomes, M. Costa, *Sobre Comissões Bancárias — "Les Unes et les Autres", in:* AA.VV., "III Congresso de Direito Bancário", 210-257, Almedina, Coimbra, 2018.

9. Cumprimento e Extinção

I. Finalmente, no que concerne ao *cumprimento* e à *extinção* do contrato, destacam-se as normas relativas à revogação do contrato (art. 17.º da LCC), ao cumprimento antecipado do contrato (art. 19.º da LCC) e ao incumprimento do contrato (art. 20.º da LCC).

9.1. Direito de Desistência

I. O direito à "revogação" do consumidor de crédito representa um afloramento concreto do *direito de desistência contratual*, caraterístico dos negócios juscomerciais celebrados com consumidores em geral: o consumidor tem o direito potestativo de, através de mera declaração unilateral e discricionária emitida durante um determinado prazo, se desvincular do contrato de crédito ao consumo já celebrado([88]). O seu regime encontra-se previsto no art. 17.º da LCC, que se ocupa da disciplina do prazo, forma e efeitos do exercício desse direito.

II. Nos termos da lei, o consumidor pode exercer o seu direito *no prazo de 14 dias* seguidos (arts. 17.º, n.º 1 da LCC), cuja contagem, efetuada nos termos gerais [art. 279.º, *e*) do Código Civil], tem início "a partir da data da celebração de contrato", ou, se posterior, "da receção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações devidas" (art. 17.º, n.º 2 da LCC)([89]).

III. O exercício deste direito de desistência efetua-se mediante *declaração unilateral escrita*, em formato físico ou eletrónico, enviada à entidade concedente do crédito, que deve estar disponível e acessível a esta (art. 17.º, n.º 3 da LCC): usualmente, o procedimento de exercício

---

([88]) Sobre este direito, *vide* Morais, F. Gravato, *O Direito de Revogação nos Contratos de Crédito ao Consumo: Confronto entre os Regimes Jurídicos Português e Alemão, in:* 307 "Scientia Ivridica" (2006), 457-491.

([89]) Tal significa que o momento "a quo" do prazo legal poderá variar em função da modalidade e dos requisitos formativos do concreto contrato em apreço. Assim, como vimos, nos contratos presenciais a entrega do exemplar do contrato é imediata, ao passo que nos contratos à distância ela ocorrerá em momento posterior (art. 12.º, n.º 2 da LCC). Além disso, considerando que o legislador se referiu indistintamente às informações relativas ao contrato (arts. 12.º, n.os 3 a 5, e 13.º, n.os 1 e 3 da LCC), afigura-se que o prazo apenas poderá começar a correr a partir da data em que o credor haja prestado a totalidade das informações exigidas na lei.

deste direito encontra-se previsto no próprio contrato [art. 12.º, n.º 3, *h*) da LCC], o qual, todavia, não pode prever termos de exercício mais onerosos do que os previstos na lei (art. 26.º, n.º 1 da LCC)(90).

IV. Por fim, o exercício do direito de desistência tem por efeito fundamental a *extinção do contrato*, despoletando diferentes consequências jurídicas consoante a sua natureza. No caso comum de o direito ter uma natureza resolutiva, o consumidor tem o dever de, no prazo máximo de 30 dias a contar da data do envio da sua declaração de desistência, devolver ao credor o montante do crédito recebido acrescido do montante dos juros relativos ao período de vigência do contrato, calculados à taxa nominal acordada (art. 17.º, n.os 4 e 5 da LCC). Já no caso de as partes terem atribuído expressamente ao direito uma natureza suspensiva, o consumidor não terá qualquer obrigação semelhante, posto que, muito justamente, o contrato não chegou a produzir os seus efeitos e o crédito não chegou a ser disponibilizado àquele(91).

V. Ao efeito extintivo necessário do contrato de crédito, poderá ainda somar-se, por tabela, um efeito extintivo *eventual*: o dos contratos coligados e acessórios daquele (art. 18.º, n.os 1 e 5 da LCC)(92).

---

(90) Recorde-se que as informações relativas ao direito de desistência e respetivos termos (v.g., prazo, procedimento, efeitos) constitui um elemento essencial e obrigatório dos contratos de crédito ao consumo [art. 12.º, n.º 3, *h*) da LCC]. Nos termos da jurisprudência europeia, tais informações devem ser mencionadas de forma clara e concisa, não sendo suficiente a remissão para uma disposição nacional que remete, ela própria, para outras disposições nacionais [Acórdão do TJUE de 26-III-2020 (*JC c. Kreissparkasse Saarlouis*), *in:* ECLI: EU:C:2020:242].

(91) Apesar de na generalidade dos casos o direito de desistência ter efeitos resolutivos — projetando-se sobre um contrato de consumo já constituído válida e eficazmente, cujos efeitos são destruídos ou extintos com o exercício tempestivo de tal direito —, ele pode também ocasionalmente ter efeitos meramente suspensivos — projetando-se sobre um contrato ainda em formação ou originariamente ineficaz, cujos efeitos ficam paralisados ou suspensos até ao termo do prazo previsto sem que sobrevenha o exercício do direito (Almeida, C. Ferreira, *Direito do Consumo*, 110, ss., Almedina, Coimbra, 2005; Gomide, A. Junqueira, *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, 62, ss., Almedina, Coimbra, 2014). Sublinhe-se ainda que, em qualquer caso e independentemente da natureza do direito, o consumidor poderá ainda ser obrigado a indemnizar o credor por eventuais despesas não reembolsáveis pagas por este a qualquer entidade da Administração Pública, v.g., impostos (art. 17.º, n.º 5, "in fine", da LCC).

(92) Sobre este aspeto, *vide infra* 10.

9.2. Cumprimento Antecipado

I. O consumidor pode ainda desembaraçar-se do contrato de crédito ao consumo durante a vigência deste mediante o respetivo *cumprimento antecipado*: com efeito, a lei atribuiu ao consumidor o direito de, a todo o tempo e mediante pré-aviso ao credor, cumprir antecipadamente, parcial ou totalmente, o contrato de crédito, reduzindo ou eliminando dessa forma o peso da sua dívida. O regime deste direito encontra-se previsto no art. 19.º da LCC, que se ocupa dos termos do seu exercício e dos respetivos efeitos(93).

II. Ao arrepio da regra geral do art. 1147.º do Código Civil, o direito do consumidor de crédito ao cumprimento antecipado foi configurado *em termos muito amplos*(94). Trata-se de um direito que é aplicável a todos os tipos de contratos de crédito ao consumo, que pode envolver um reembolso total ou parcial do custo total do crédito (art. 17.º, n.º 1 da LCC) — mediante o pagamento do valor total em dívida ou mediante amortizações parciais —, que pode ser exercido em qualquer momento da vigência contratual — uma ou (no caso de amortizações parciais) várias vezes —, e que pode ter por objeto as prestações de capital ou de juros e outros encargos — com a correspondente redução ou extinção do custo total do crédito(95). O exercício deste direito está apenas dependente de uma comunicação escrita ou eletrónica ao credor ("pré-aviso"), enviada pelo consumidor com uma antecedência mínima de 30 dias em relação à data da produção dos seus efeitos (art. 19.º, n.º 2 do LCC).

---

(93) Sobre este direito, *vide* Duarte, Paulo, *O Direito do Consumidor ao Cumprimento Antecipado nos Contratos de Concessão de Consumo*, *in:* "Liber Amicorum Mário Frota", 409-437, Almedina, Coimbra, 2012; Morais, F. Gravato, *Proteção do Consumidor a Crédito na Celebração e Execução do Contrato*, *in:* 1 "Revista Eletrónica de Direito" (2014), 1-16.

(94) De acordo com aquela regra geral, "no mútuo oneroso o prazo presume-se estipulado a favor de ambas as partes, mas o mutuário pode antecipar o pagamento, desde que satisfaça os juros por inteiro". O art. 19.º da LCC constitui uma exceção a esta regra, já que o prazo nos contratos de crédito ao consumo foi estabelecido em favor do devedor (art. 771.º do CCivil), que a ele pode assim renunciar com vista a reduzir o respetivo serviço de dívida. Sobre este direito ao cumprimento antecipado ("accelerated payment", "vorzeitige Beendigung") *vide* Antunes, J. Engrácia, *A Moeda — Estudo Jurídico e Económico,* 558, Almedina, Coimbra, 2021; noutros quadrantes Masberg, Michael, *Die vorzeitige Beendigung von Kreditverhältnissen durch den Kreditnehmer*, Kovac, Hamburg, 2003.

(95) No caso de reembolso antecipado total, o consumidor tem direito a que lhe seja facultado pelo credor um documento com vista à extinção da garantia real associada ao empréstimo (por exemplo, o distrate de hipoteca sobre um automóvel), o qual deve ser emitido gratuitamente e no prazo de 14 dias úteis a contar da extinção do contrato [art. 23.º-A, *b*) da LCC].

III. Em contrapartida, o legislador previu o direito do credor a uma compensação justa e objetivamente justificada, pelos custos diretamente relacionados com o reembolso antecipado (art. 19.º, n.º 3 da LCC) — a chamada *"comissão de reembolso"* (art. 19.º, n.º 4 da LCC). Esta comissão é aplicável apenas aos contratos de crédito a taxa nominal fixa, "rectius", aos contratos cujos juros vigentes no período por cumprir sejam calculados por referência a uma taxa fixa e não variável [art. 19.º, n.os 3 e 5, *c*) da LCC]: tal comissão tem como limite máximo 0,5% ou 0,25% do montante do capital reembolsado antecipadamente (consoante, respetivamente, o período remanescente do contrato seja superior ou igual ou inferior a um ano) (art. 19.º, n.º 4 do LCC), mas nunca poderá exceder o montante dos próprios juros que o consumidor teria de pagar durante o período decorrido entre o reembolso antecipado e a data estipulada para o termo do período de taxa fixa do contrato de crédito (art. 19.º, n.º 6 da LCC)(96).

9.3. Incumprimento

I. Em caso de *incumprimento do contrato* pelo consumidor, a entidade mutuante tem o direito de exigir a resolução do contrato ou o vencimento antecipado das prestações em atraso. O regime desse direito — que consagra desvios ao regime geral dos arts. 781.º e 934.º do Código Civil — encontra-se previsto no art. 20.º da LCC(97).

II. É sabido que o consumidor está obrigado a cumprir pontualmente o contrato de crédito (art. 406.º, n.º 1 do Código Civil), através do pagamento do montante total do crédito concedido acrescido dos juros remuneratórios e outros encargos (usualmente sob a forma de prestações periódicas de capital e/ou juros). É também sabido que, nos termos gerais, em caso de incumprimento contratual grave, o credor tem um direito de

---

(96) Existem casos especiais em que tal comissão não pode ser cobrada: para além da já referida situação dos contratos a taxa fixa, o credor não pode exigir qualquer compensação nos casos de contratos de crédito sob a forma de facilidade a descoberto e dos reembolsos efetuados em execução de contrato de seguro associado ao contrato de crédito (art. 19.º, n.º 5 da LCC).

(97) Sobre estes direitos, *vide* Pereira, A. Patrícia, *O Incumprimento do Contrato de Crédito ao Consumo pelo Consumidor*, 63, ss., Diss., Lisboa, 2015; na jurisprudência, alguma da qual ainda no âmbito do direito pretérito, *vide* os Acórdãos do STJ de 24-V-2022 (M. Clara Sottomayor), de 27-IX-2007 (Santos Bernardino) e de 21-XI-2006 (Borges Soeiro), bem como da Relação de Lisboa de 3-V-2018 (António Moreira), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

resolução do contrato (arts. 436.º, n.º 1 e 801.º, n.º 2 do Código Civil); que, em caso de incumprimento de uma única prestação em dívida liquidável em prestações, tem o direito de exigir o vencimento antecipado de todas as demais (art. 781.º do Código Civil); e que, em caso de incumprimento de uma prestação de valor superior à oitava parte do preço ou de duas prestações de qualquer valor numa compra e venda a prestações, o devedor perde o benefício do prazo, podendo o credor exigir o cumprimento integral e imediato das demais (art. 934.º do Código Civil).

III. A LCC veio consagrar um regime desviante a estas regras, destinadas a conferir uma *tutela especial ao credor*, fazendo depender o exercício dos direitos deste à resolução e à exigibilidade antecipada([98]) do preenchimento de dois requisitos cumulativos([99]): o credor apenas terá o direito de resolver o contrato de crédito ou a exigir ao consumidor-devedor o pagamento imediato e integral das prestações vincendas em caso de falta de pagamento de duas prestações sucessivas de valor superior a 10% do montante total do crédito([100]) e do decurso infrutífero de um prazo suplementar mínimo de 15 dias concedido ao consumidor para realizar tal pagamento (art. 20.º, n.º 1 da LCC)([101]).

IV. Outros aspetos complementares do regime legal do incumprimento consumerista — que tem estado na origem de abundante jurisprudência —, são a sua natureza *"ex voluntas"*, no sentido em que o incum-

---

([98]) Os direitos do credor à resolução do contrato e à exigibilidade antecipada constituem direitos *alternativos* (cf. Proença, J. Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil,* 96, Coimbra Editora, Coimbra, 1996; Acórdão do STJ de 18-V-1995 (Costa Marques), *in:* III "Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça" (1995), II, 94-97). Não obstante e também em desvio às regras gerais, os requisitos do seu exercício são comuns a ambos.

([99]) Sobre esta natureza cumulativa, *vide* os Acórdãos da Relação de Lisboa de 27-VI-2019 (Pedro Martins) e de 3-V-2018 (António Moreira), da Relação de Coimbra de 14-IX-2020 (Isaías Pádua), da Relação de Guimarães de 10-II-2022 (Joaquim Boavida) e de 8-II-2018 (Alcides Rodrigues), e da Relação de Évora de 28-VI-2018 (Manuel Bargado) e de 12-II-2015 (Silva Rato), todos *in:* <www.dgsi.pt>. Apesar de a letra da lei não parecer deixar margem para dúvidas sobre a cumulatividade destes requisitos, a qual, por seu turno, possui caráter injuntivo (art. 26.º, n.º 1 da LCC), existe alguma jurisprudência que sustenta ser admissível consagrar convencionalmente a sua alternatividade: nesse sentido, o Acórdão da Relação de Lisboa de 21-V-2015 (I. Sacarrão Martins), *in:* <www.dgsi.pt>.

([100]) E não do montante total do crédito concedido ou em dívida à data da mora: cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 18-X-2012 (Jorge Leal), *in:* <www.dgsi.pt>.

([101]) No caso de o contrato de crédito ter sido celebrado por um casal, a interpelação de um deles presume-se dirigida a ambos: cf. Acórdão da Relação de Coimbra de 6-XII-2011 (Carlos Moreira), *in:* <www.dgsi.pt>.

primento de duas prestações sucessivas não ocasiona o vencimento automático ou "ope legis" das demais, sendo necessário a interpelação admonitória do consumidor-devedor([102]); a sua natureza *imperativa*, estando vedado às partes afastar a disciplina nele prevista, convencionando o automatismo do vencimento (v.g., prescindido da interpelação, associando aquele à propositura de ação executiva) ou alargando este aos juros remuneratórios (v.g., uma parcela ou percentagem deste)([103]); que o exercício do direito de resolução, dando lugar à restituição do montante total do crédito disponibilizado (arts. 289.º, n.º 1, 433.º, e 434.º do Código Civil), não prejudica o direito do credor a exigir ao consumidor o *pagamento das sanções contratuais* previstas ou de uma indemnização nos termos gerais (art. 20.º, n.º 2 da LCC, art. 801.º, n.º 2 do Código Civil)([104]); que o exercício do direito de exigir o vencimento antecipado da totalidade das prestações contratuais *não abrange o montante dos juros remuneratórios* correspondentes às prestações vincendas([105]); que tais prestações se encontram

---

([102]) Sublinhe-se que a omissão da interpelação admonitória, que obsta à resolução e à invocação da perda do benefício do prazo, não pode ser substituída pela citação na ação movida pelo credor em que este pede a condenação do consumidor ao pagamento do capital mutuado e juros [Acórdão da Relação de Lisboa de 27-V-2021 (Orlando Nascimento), *in:* <www.dgsi.pt>].

([103]) Dado o "favor consumatoris" que preside à LCC (e a natureza imperativa do seu regime: cf. art. 26.º), bem como os limites decorrentes do regime das cláusulas contratuais gerais (arts. 15.º e 19.º, *c*) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), tal disciplina não poderá, em regra ser afastada por vontade das partes no contrato de crédito ao consumo: neste sentido, *vide* os Acórdãos da Relação de Lisboa de 18-IV-2023 (E. Taborda Lopes), de 17-X-2017 (Carlos Oliveira), de 22-VI-2017 (Jorge Leal) e de 7-II-2013 (Pedro Martins), da Relação do Porto de 12-X-2020 (Jorge Seabra), de 25-X-2016 (Rui Moreira) e 10-XI-2015 (Fernando Samões), da Relação de Guimarães de 4-X-2018 (A. Barroca Penha) e de 14-IV-2016 (A. Cristina Duarte), e da Relação de Évora de 9-III-2017 (Conceição Ferreira) e de 23-II-2007 (Silva Rato), todos in <www.dgsi.pt>.

([104]) Para questão diferente, mas paralela, *vide* o Acórdão do TJUE de 15-V-2023 (*Arkadiusz Szcześniak c. Bank M. SA*), segundo o qual o direito da União não se opõe ao direito do consumidor, em caso de invalidade de um contrato de mútuo hipotecário, pedir à instituição de crédito uma compensação superior ao reembolso das prestações mensais pagas e juros legais de mora, mas já não, inversamente, que aquela instituição faça idêntico pedido ao consumidor (*in:* ECLI:EU:C:2023:478).

([105]) Assim o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2009, de 25-III-2009 (Cardoso de Albuquerque), *in:* DR, I.ª série, n.º 86, de 5-5-2009: "No contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusula de redacção conforme ao art. 781.º do Código Civil não implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios nelas incorporados" [sobre esta questão no domínio dos juros remuneratórios consumeristas, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Os Juros Civis, Comerciais e Outros — Aspetos do seu Regime Jurídico*, 204, ss., *in:* XCVII "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra" (2021), 159-226]. A jurisprudência dominante tem considerado que a exclusão dos juros remuneratórios se impõe também no âmbito das ações especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos, constituindo fundamento de improcedência da petição mesmo no caso de falta de contestação do consumidor (art. 2.º do Regime Anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro): neste sentido, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 7-II-2013 (Pedro Martins), de 24-VI-2010 (A. Paula Boularot) e de 22-X-2009 (M. José Mouro), da

sujeitas ao *prazo de prescrição quinquenal* do art. 310.º, *d*) e *e*) do Código Civil, incluindo no caso de prestações híbridas de capital e juros(106); e que a invocação da perda de benefício do prazo pelo consumidor *não implica, em princípio, a perda do benefício do prazo dos respetivos garantes*, incluindo fiadores e avalistas (cf. art. 782.º do Código Civil)(107).

10. Contratos Coligados

10.1. Noção e Sentido

I. Os contratos de crédito ao consumo têm por finalidade precípua o financiamento da aquisição de bens ou serviços de consumo. Tal significa que, no âmbito deste tipo especial de contratação de consumo, o consumidor passa a ser parte em dois contratos distintos: o contrato de financiamento — isto é, o "contrato de crédito" celebrado com um terceiro (banco ou outra instituição creditícia ou financeira legalmente habilitada) ou a própria empresa fornecedora do bem ou prestadora do serviço — e o contrato financiado subjacente — isto é, o "contrato de consumo" propriamente dito, celebrado com a referida empresa (que a lei designa genérica e habitualmente por "contrato de compra e venda")(108).

Relação do Porto de 25-III-2010 (Mário Fernandes) e de 13-IV-2010 (Henrique Antunes), da Relação de Coimbra de 29-V-2012 (Francisco Caetano) e de 11-V-2010 (Beça Pereira), e da Relação de Évora de 17-I-2013 (Elisabete Valente) e de 10-II-2010 (Mata Ribeiro); em sentido oposto, todavia, *vide* o Acórdão da Relação de Lisboa de 18-XI-2021 (Teresa Albuquerque) e da Relação do Porto de 6-V-2010 (Teixeira Ribeiro), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

(106) Antunes, J. Engrácia, *A Moeda — Estudo Jurídico e Económico,* 570, ss., Almedina Coimbra, 2021. Sobre a questão, *vide* os Acórdãos do STJ de 24-V-2022 (M. Clara Sottomayor), da Relação de Lisboa de 19-XII-2019 (Teresa Sandiães), de 18-XI-2021 (António Santos) e de 18-III-2021 (L. Correia de Mendonça), da Relação do Porto de 9-XII-2020 (Eugénia Cunha) e de 26-I-2016 (Rodrigues Pires), e da Relação de Évora de 3-XII-2020 (C. Dá Mesquita) e de 20-X-2016 (Mário Serrano), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

(107) Gomes, Januário, *Assunção Fidejussória da Dívida*, 948, Almedina, Coimbra, 2000, p. 948; na jurisprudência, os Acórdãos do STJ de 7-VI-2022 (Freitas Neto) e da Relação de Lisboa de 19-XI-2009 (Manuel Gonçalves), *in:* <www.dgsi.pt>. Não é infrequente que sejam subscritas letras ou livranças em garantia do crédito ao consumo: a fim de proteger o consumidor contra os riscos inerentes à circulação do título através de endosso, a lei impõe que tais títulos de crédito sejam emitidos com cláusula não à ordem (art. 22.º da LCC, art. 11.º, n.º 2 da Lei Uniforme Relativa às Letras e Livranças): sobre a problemática, *vide* Antunes, J. Engrácia, *Os Títulos de Crédito,* 91, 3.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2021; na jurisprudência, Acórdão do STJ de 4-III-2008 (Moreira Alves), *in:* <www.dgsi.pt>.

(108) Sobre as modalidades de financiamento ao consumo, *vide supra* 1 (II) e 3.1 (II).

II. No universo da miscigenação contratual, estamos diante de uma *união de contratos*: trata-se de contratos distintos que, sem perda da sua individualidade própria, se encontram ligados entre si por um inequívoco nexo funcional (M. Almeida Costa), conexão intrínseca (N. Pinto de Oliveira) ou relação de dependência (I. Galvão Telles)([109]).

10.2. Requisitos

I. O legislador veio reconhecer a relevância desta união de contratos através da figura do *contrato de crédito coligado*, prevista no art. 4.º, n.º 1, *o*) da LCC: de acordo com este preceito, "considera-se que o contrato de crédito está coligado a um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços específico, se: *i*) o crédito concedido servir exclusivamente para financiar o pagamento do preço do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços específicos; e *ii*) ambos os contratos constituírem objetivamente uma unidade económica, designadamente se o crédito ao consumidor for financiado pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiro, se o credor recorrer ao fornecedor ou ao prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito ou se o bem ou o serviço específico estiverem expressamente previstos no contrato de crédito"([110]).

([109]) Costa, M. Júlio, *Direito das Obrigações*, 378, 12.ª ed., 8.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2020; Oliveira, N. Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos,* 140, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; Telles, I Galvão, *Manual dos Contratos em Geral,* 475, 4.ª ed., reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. Dito de outro modo: são de excluir as modalidades extremas daquele universo de miscigenação, não se podendo aqui falar nem de um "contrato misto" (em que existe apenas um único contrato sob cuja égide se reúnem elementos de duas ou mais espécies contratuais típicas), nem de uma mera "junção de contratos" (que se verifica quando o vínculo que os liga é puramente acidental, permanecendo aqueles, não só distintos, como também perfeitamente autónomos). Para uma ilustração, *vide* o Acórdão da Relação de Lisboa de 28-X-2021 (L. Correia Mendonça), *in:* <www.dgsi.pt>.

([110]) Sobre os contratos coligados de crédito, Morais, F. Gravato, *União de Contrato de Crédito e de Venda para o Consumo,* Almedina, Coimbra, 2004. Para outros estudos, *vide* ainda Coelho, F. Pereira, *Crédito ao Consumo e Coligação Contratual, in:* 18 "Estudos de Direito do Consumidor" (2012), 31-50; Morais, F. Gravato, *Contratos de Crédito de Consumo*, 248, ss., Almedina, Coimbra, 2007; Vieira, A. Amaral, *Encontros entre o Contrato de Crédito ao Consumo e o de Compra e Venda e de Seguro nos Tribunais*, *in:* 14 "Revista Jurídica Portucalense" (2011) 253-271; na jurisprudência, os Acórdãos do STJ de 17-V-2018 (António Piçarra), de 20-XII-2017 (António Piçarra), de 14-I-2014 (Alves Velho), de 26-IX-2013 (M. Pizarro Beleza), de 20-X-2009 (Cardoso de Albuquerque), de 14-II-2008 (Oliveira Vasconcelos) e de 5-XII-2006 (Sousa Leite), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

II. Por conseguinte, nos termos desta lei, estaremos perante um contrato de crédito coligado a um contrato de consumo caso estejam preenchidos dois requisitos fundamentais: *exclusividade* e *unidade económica*.

Por um lado, é necessário que o crédito tenha sido concedido exclusivamente para financiar o pagamento do preço da venda ou da prestação de serviço contratados: tal significa que apenas estão abrangidos os mútuos de escopo único, com exclusão de determinadas formas (v.g., utilizações de cartões de crédito) ou modalidades (v.g., utilização livre) de concessão de crédito(111). Por outro lado, é ainda necessário que os contratos de crédito e de consumo formem uma unidade económico-funcional objetiva: presume-se inilidivelmente a existência de tal unidade em todos os casos de financiamento próprio (em que o crédito é concedido pela própria empresa fornecedora do bem ou prestadora do serviço) ou, nos casos de financiamento por terceiro, sempre que aquela empresa tenha recorrido à entidade concedente do crédito para negociar e celebrar o contrato ou sempre que os bens ou serviços de consumo estiverem expressamente previstos no contrato de crédito(112).

10.3. Repercussões Recíprocas

I. A relevância da figura do contrato de crédito coligado prende-se com as *repercussões recíprocas* das vicissitudes dos contratos coligados: com efeito, nos termos da lei, "a invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma medida, no contrato de compra e venda" (art. 18.º, n.º 1 da LCC) e "a invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado" (art. 18.º, n.º 2 da LCC)(113).

---

(111) Sobre o conceito de exclusividade, que teve uma evolução de significados no âmbito do direito pretérito e atual, *vide* os Acórdãos do STJ de 14-I-2014 (Alves Velho), de 26-IX-2013 (M. Pizarro Beleza) e de 20-X-2009 (Cardoso de Albuquerque), da Relação de Lisboa de 31-V-2016 (L. Espírito Santo), da Relação do Porto de 31-III-2011 (Pinto de Almeida), de 19-I-2010 (Henrique Antunes) e de 2-III-2009 (A. Luna de Carvalho), e da Relação de Guimarães de 2-XI-2017 (Heitor Gonçalves), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

(112) Sobre o conceito de unidade económica, *vide* os Acórdãos do STJ de 20-III-2012 (Martins de Sousa) e de 13-XI-2008 (M. Pizarro Beleza), da Relação de Lisboa de 9-X-2014 (Tomé Ramião) e de 27-V-2008 (J. Augusto Ramos), e da Relação do Porto de 23-XII-2012 (M. Cecília Agante), de 3-V-2011 (Ramos Lopes) e de 15-X-2007 (Cândido Lemos), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

(113) Existem ainda outros efeitos de natureza secundária: veja-se assim, por exemplo, em

II. Daqui resulta, no essencial, que a ineficácia em sentido amplo do contrato de crédito — seja ela a nulidade (v.g., arts. 13.º, n.º 1, 26.º, n.º 1 e 27.º, n.º 1 da LCC), a anulabilidade (v.g., art. 13.º, n.º 3 da LCC) ou a sua ineficácia "*stricto sensu*" (v.g., resultante do exercício do direito de resolução do credor ou de desistência do consumidor: cf. art. 17.º da LCC) — será fonte de idêntica falta de efeitos do contrato de consumo subjacente, originando a concomitante nulidade, anulabilidade ou ineficácia do contrato de compra dos bens ou prestação dos serviços financiado([114]). E que, inversamente, a ineficácia — v.g., decorrente das causas gerais da nulidade, anulabilidade e ineficácia estritacontratuais (arts. 240.º e segs. do Código Civil) mas também das regras consumeristas ("maxime", exercício intempestivo do direito de desistência do consumidor: v.g., art. 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, art. 118.º da Lei do Contrato de Seguro, art. 322.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários)([115]) — contaminará em igual medida os efeitos do primeiro([116]). Este efeito de contágio intercontratual é imperativo e automático, não carecendo da verificação de qualquer ulterior requisito ou formalidade, sem prejuízo do ónus de informação que recai sobre o consumidor perante a contraparte relevante([117]).

---

matéria de informação pré-contratual, o dever de prestação de informação no contrato de crédito ao bem ou serviço de consumo e ao respetivo preço a pronto [art. 6.º, n.º 3, *e*) da LCC].

([114]) Sobre a repercussão da invalidade ou ineficácia do contrato de financiamento sobre o financiado, *vide* o Acórdão do STJ de 26-IX-2013 (M. Pizarro Beleza), bem como os Acórdãos da Relação de Lisboa de 31-III-2011 (Teresa Albuquerque), de 14-X-2010 (António Valente), de 20-I-2009 (Graça Amaral), de 19-VI-2008 (P. Lima Gonçalves) e de 2-XI-2016 (A. Luísa Geraldes), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

([115]) Isto mesmo é expressamente confirmado pelas disposições destas leis especiais relativas a diferentes contratos de consumo, v.g., os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento (cf. art. 16.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro) e os contratos de habitação periódica (art. 16.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 275/93, de 26 de abril).

([116]) Sobre a repercussão da invalidade ou ineficácia do contrato financiado sobre o de financiamento, *vide* o Acórdão do STJ de 14-II-2008 (Oliveira Vasconcelos), bem assim como os Acórdãos da Relação de Lisboa de 31-V-2016 (L. Espírito Santo), de 5-XII-2015 (Anabela Calafate), de 12-III-2009 (Anabela Calafate) e de 19-VI-2008 (P. Lima Gonçalves), da Relação do Porto de 24-I-2013 (Deolinda Varão), de 5-II-2009 (Madeira Pinto), de 29-VI-2006 (Deolinda Varão) e de 18-XII-2003 (Pinto de Almeida), da Relação de Coimbra de 10-IX-2013 (Teles Pereira), da Relação de Guimarães de 2-XI-2017 (Heitor Gonçalves), e da Relação de Évora de 27-X-2007 (Tavares de Paiva), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

([117]) Nos termos do art. 18.º, n.º 5 da LCC, "se o credor ou um terceiro prestarem um serviço acessório conexo com o contrato de crédito, o consumidor deixa de estar vinculado ao contrato acessório se revogar o contrato de crédito nos termos do art. 17.º ou se este se extinguir com outro fundamento". Tal significa que a extinção do contrato de crédito, qualquer seja a sua fonte (invalidade, ineficácia, resolução), projeta-se ainda sobre os *contratos acessórios* do contrato de crédito, "maxime", contrato de seguro. Cf. Morais, F. Gravato, *Crédito aos Consumidores — Anotação ao DL 133/2009,* 92, ss., Almedina, Coimbra, 2009: na jurisprudência, *vide* o Acórdão da Relação de Coimbra de 1-IV-2014 (Jorge Arcanjo), *in:* <www.dgsi.pt>.

III. A relevância atribuída pelo legislador a esta coligação contratual estendeu-se aos próprios eventos de *incumprimento* contratual: nos termos do art. 18.º, n.º 3 da LCC, "no caso de incumprimento ou de desconformidade no cumprimento de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços coligado com contrato de crédito, o consumidor, que, após interpelação do vendedor, não tenha obtido deste a satisfação do seu direito ao exato cumprimento do contrato, pode interpelar o credor para exercer qualquer uma das seguintes pretensões: *a*) a exceção do não cumprimento do contrato; *b*) a redução do montante do crédito em montante igual ao da redução do preço; *c*) a resolução do contrato".

Este preceito — que constitui uma exceção ao princípio geral da relatividade dos contratos (art. 406.º, n.º 2 do Código Civil) e uma lídima ilustração da responsabilidade objetiva dos participantes no circuito económico que carateriza a moderna contratação mercantil(118) — investe a entidade concedente do crédito numa responsabilidade perante a o consumidor pelo exato e pontual cumprimento do contrato celebrado pela empresa vendedora ou prestadora: no caso de o bem não ter sido entregue ou o serviço não ter sido prestado de todo em todo, ou o bem ou serviço serem desconformes ao contrato celebrado com esta (v.g., falta da qualidade ou quantidade acordadas, prestação de bem ou serviço diverso, etc.)(119), o consumidor passa a poder exercer perante a primeira os direitos e garantias, legais ou contratuais, de que é titular perante a última (arts. 15.º e segs., 24.º e segs., 36.º e segs. do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro), incluindo os direitos à exceção do não cumprimento, à redução proporcional do montante do crédito, e à resolução contratual(120).

---

(118) Antunes, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais,* 274, ss., 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2021; na jurisprudência, *vide* o Acórdão do STJ de 20-XII-2017 (António Piçarra), *in:* <www.dgsi.pt>.

(119) Sobre o conceito e os requisitos da conformidade ao contrato (arts. 5.º e segs., 27.º e segs. do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro), *vide* Antunes, J. Engrácia, *A Compra e Venda de Consumo*, 591, ss., *in:* VIII "Revista de Direito Civil" (2023), 495-543.

(120) Dada a natureza triangular da coligação contratual, aspeto importante é o de que, no caso de o consumidor exercer o direito à redução do montante de crédito ou à resolução, não será obrigado a pagar o montante correspondente àquele que foi recebido pela empresa vendedora ou prestadora (art. 18.º, n.º 4 da LCC). Sobre este regime — que transfere o risco de uma eventual insolvência desta empresa para a entidade de crédito —, *vide* Coelho, F. Pereira, *Operação Complexa de "Crédito ao Consumo" e Exceção de Não Cumprimento do Contrato, in:* 28 "Cadernos de Direito Privado" (2008), 54-68; Morais, F. Gravato, *Crédito aos Consumidores — Anotação ao DL 133/2009,* 91, ss., Almedina, Coimbra, 2009; na jurisprudência, os Acórdãos do STJ de 15-V-2018 (António Piçarra) e de 5-XII-2006 (Sousa Leite), da Relação de Lisboa de 18-VI-2019 (M. Adelaide Domingos), de 31-V-2016 (L. Espírito Santo), de 10-IX-2013 (Ana Resende) e de 27-X-2011 (Jorge Leal), da Relação do Porto de 28-III-2012 (M. Cecília Agante) e de 14-III-2011 (Abílio Costa), da Relação de Coimbra de 17-II-

Esta responsabilidade possui uma natureza *"ex lege"* — decorrente de lei imperativa, não podendo ser afastada pelas próprias partes (art. 26.º, n.º 2 da LCC) —, *objetiva* — independente de culpa da entidade concedente do crédito —, *subsidiária* — no sentido em que pressupõe que o consumidor apenas possa demandar a entidade concedente do crédito após ter exigido junto da empresa vendedora ou prestadora, sem sucesso, a satisfação dos respetivos direitos (cf. art. 18.º, corpo do n.º 3, da LCC) — e *unilateral* — não funcionando no sentido inverso da empresa fornecedora ou prestadora perante a entidade concedente do crédito([121]).

-2015 (Carvalho Martins), de 12-VII-2011 (Pedro Martins) e de 22-I-2008 (Artur Dias), da Relação de Guimarães de 24-X-2019 (A. Sousa Pereira), e da Relação de Évora de 3-II-2010 (Tavares de Paiva), todos *in:* <www.dgsi.pt>.

([121]) É sabido que, na união de contratos, o nexo funcional pode ser bilateral ou unilateral, consoante os contratos dependam reciprocamente um do outro ou, inversamente, apenas um deles dependa do outro (Oliveira, N. Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos,* 140, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; Telles, I. Galvão, *Manual dos Contratos em Geral,* 476, 4.ª ed., reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2010). Ora, se, como vimos, a interdependência contratual, é *bilateral* ou recíproca (já que a invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito determina a invalidade ou ineficácia do contrato de consumo subjacente e vice-versa: cf. arts. 18.º, n.os 1 e 2 da LCC), já para efeitos do cumprimento é unilateral ou unidirecional, pois jamais a empresa fornecedora do bem ou prestadora do serviço ao consumidor poderá responder pelo incumprimento do contrato de crédito associado.

SOBRE A VALIDADE DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO, *EX OFFICIO* E FACE AO DIREITO PORTUGUÊS, DE APENAS UMA PARTE DE UMA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA DESTINADA A SER RECONHECIDA OU EXECUTADA EM PORTUGAL, MAS COM RECUSA DO RECONHECIMENTO DA MATÉRIA RESTANTE NELA DECIDIDO

Pelo Dr. Manuel P. Barrocas

Sumário:

1. Conceito de sentença arbitral estrangeira. **2.** Significado de reconhecimento e execução **3.** Legislação reguladora, em Portugal, do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras. 4. Grandes parâmetros da Convenção de Nova Iorque. **5.** Diferentes conceitos de ordem pública. O conceito relevante de ordem pública na LAV e na Convenção de Nova Iorque. **6.** A autonomia da Arbitragem face ao Poder Judicial. **7.** Conclusão sobre o tema.

Súmula do artigo

Trata este artigo da questão de saber da legalidade, segundo a lei portuguesa, da conduta de tribunais estaduais de Estados-Membros da Convenção de Nova Iorque, de reconhecer, oficiosamente, apenas uma parte do decidido numa sentença arbitral estrangeira, bem como sobre a faculdade de poderem, igualmente de modo oficioso, alterar a sua fundamentação, recusando-se a reconhecer ou a executar a parte ou as partes restantes do que nela tiver sido decidido.

Em poucas palavras, é válida a decisão oficiosa de um reconhecimento e execução apenas parcial de uma decisão arbitral estrangeira.

1. Conceito de sentença arbitral estrangeira

De modo sintético e nos termos do art. I da Convenção de Nova Iorque, uma sentença arbitral estrangeira é a que é proferida num estado diferente daquele em que é pedido o seu reconhecimento ou execução([1]), bem como, dito de outro modo e segundo o mesmo art. I, n.º 1 da Convenção de Nova Iorque, é uma sentença arbitral estrangeira a que não seja considerada uma sentença nacional no estado em que sejam pedidos o seu reconhecimento e/ou execução.

A Convenção de Nova Iorque visa a adoção de padrões legislativos e orientações comuns destinados a facilitar a circulação, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais não nacionais noutro ou noutros estados diferentes daquele em que a sentença tiver sido proferida.

A Convenção foi discutida, e acordada e assinada, sob a iniciativa da ONU, entre vários Estados-Membros desta instituição internacional, integrando-se num esforço, ocorrido após a segunda grande guerra, de reconstrução e de relançamento do comércio internacional.

O resultado conseguido traduziu-se na notável contribuição da Convenção para o desbloqueamento das relações comerciais internacionais, mediante a eliminação de barreiras jurídicas, sobretudo em muitos estados membros da ONU carecidos de investimentos internacionais, mas, simultaneamente, suspeitosos e receosos de a sua aplicação poder produzir efeitos negativos na sua economia em resultado de eventuais intenções de delapidação dos recursos nacionais por parte de empresas provenientes de estados estrangeiros.

Uma vez que, de modo expressamente evidenciado na Convenção e nos seus trabalhos preparatórios, o propósito dela consistiu, assim, na criação de condições que permitissem o desbloqueamento e a reconstrução do comércio internacional. A sua interpretação deve, portanto, ser feita segundo o entendimento de que a Convenção visa a criação de condições

---

([1]) Ao longo deste trabalho e, aliás, como sucede igualmente na linguagem, em Portugal, da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), a expressão "reconhecimento e execução" de uma sentença arbitral estrangeira será frequentemente utilizada. Isso não significa, necessariamente, que a sentença tenha de ser duplamente reconhecida, isto é, numa primeira fase e, posteriormente, na fase da sua execução. O que significa a dupla expressão é apenas que o reconhecimento pedido aos tribunais portugueses visa e antecede a execução em Portugal. Não seria necessário um reconhecimento prévio se não existisse o propósito de obter, subsequentemente, a sua execução em Portugal, mas basta que tenha sido reconhecida previamente para que fique autorizada, sem quaisquer outros formalismos, a sua execução, mediante a utilização do processo próprio. O que não é permitido é a obtenção da sua execução sem o reconhecimento prévio (vidé art. 55.º da LAV).

para a prática de um comércio internacional aberto e livre em que os interesses de investidores e de recetores do investimento sejam tidos em devida conta.

Deve acrescentar-se, para completa compreensão da Convenção de Nova Iorque, que, no seu art. II, n.º 1, se estabelece que vincula igualmente os Estados-Membros a reconhecer as convenções arbitrais que constituem o pressuposto da validade e eficácia da constituição de um tribunal arbitral e da prolação de sentenças arbitrais.

2. Significado de reconhecimento e execução

Uma sentença arbitral estrangeira constitui, assim, uma decisão vinculativa *inter partes* que resolve um litígio e é emanada de uma entidade privada sedeada fora de Portugal.

A legislação interna de um grande número de estados soberanos aceita reconhecer os efeitos de uma sentença dessa natureza e compromete-se a executá-la, uma vez verificado que ela cumpre os requisitos de natureza processual (*due process of law*) estabelecidos na sua lei e na Convenção e, ainda, que o litígio é arbitrável segundo a sua lei e, a acrescer, não viola a ordem pública internacional deste estado a que é solicitado o reconhecimento e execução.

O reconhecimento é, deste modo, um ato praticado por tribunais do estado recetor da sentença que, após verificar o cumprimento dos requisitos da sua lei sobre a reconhecibilidade de uma sentença arbitral estrangeira, a aceita como uma decisão suscetível de nele ser executada.

A Convenção de Nova Iorque visa, deste modo, uniformizar nos estados aderentes os requisitos e os procedimentos necessários à concessão do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral estrangeira, com o objetivo de criar condições para a facilitação do comércio internacional.

3. Legislação reguladora, em Portugal, do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras

Conjuntamente com a Convenção de Nova Iorque, a lei de arbitragem voluntária (LAV), aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, constitui em Portugal o diploma legal regulador da matéria, especifica-

mente os seus arts. 55.º a 58.º da LAV, que serão aplicáveis nos casos de sentenças arbitrais estrangeiras consideradas como proferidas por tribunais arbitrais localizados fora dos limites territoriais de um estado não-membro daquela Convenção. E, ainda, no caso de a sentença proferida por um tribunal arbitral localizado fora do território de um estado membro, mas cujo regime deste, segundo a sua lei sobre o reconhecimento e execução, seja mais favorável à concessão do reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral do que, comparativamente, o regime previsto na própria Convenção de Nova Iorque (art. VII, n.º 1 deste tratado).

O texto dos arts. 55.º a 58.º da LAV foi inspirado na Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, que, por sua vez, motivou a elaboração da Lei-Modelo da UNCITRAL, de 21 de junho de 1985, alterada em 7 de julho de 2006, que visou, por sua vez e igualmente por iniciativa da ONU, definir um modelo-tipo de uma lei arbitral a adotar por estados que o a desejassem seguir.

4. Grandes parâmetros da Convenção de Nova Iorque

Os grandes parâmetros em que foi concebida e se aplica a Convenção de Nova Iorque são, por um lado, o já referido *favorecimento do comércio internacional* e, por outro lado, o *respeito pela ordem pública internacional do estado recetor*.

Na verdade, a Convenção visa constituir um traço harmonizador entre aqueles dois valores.

Como antes se disse, a proteção e o relançamento do comércio internacional no pós-segunda guerra mundial, deve-se em boa parte à Convenção de Nova Iorque, que foi elaborada e colocada pela ONU à assinatura dos estados que o desejassem fazer.

Do mesmo modo, recorde-se, que foram, igualmente, da iniciativa da ONU, no pós segunda grande guerra, os acordos de Breton-Woods, que se materializaram, nomeadamente, na criação do Banco Mundial e do FMI, respetivamente nos domínios económico e financeiro, ambos de vocação mundial.

Regressando à Convenção de Nova Iorque, a contrapartida oferecida por esta aos estados-membros consistiu na possibilidade de os países recetores de sentenças arbitrais estrangeiras se poderem opor ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, nomeadamente mediante a invocação de razões de ordem pública internacional impostas pela sua ordem jurídica.

Deve ser sublinhado que este desiderato não foi facilmente conseguido, pois vivia-se um contexto económico e financeiro enfraquecido pela guerra. Os estados soberanos, à época, mostravam-se particularmente sensíveis a questões de identidade nacional e à dificuldade de aceitarem uma renúncia à sua jurisdição em favor de uma ordem jurídica externa, seguramente estranha em muitos aspetos.

Mas, os benefícios da Convenção podiam ser importantes no domínio do desenvolvimento económico interno, mediante a abertura de fronteiras, o alargamento dos mercados e o acesso ao financiamento internacional.

A contraposição entre capital e tecnologia disponíveis verso salvaguarda de interesses considerados vitais dos estados membros, tais como os relativos à titularidade de matérias primas próprias, levaram, não só a uma negociação demorada do texto final da Convenção, mas também, na prática, ao alargamento, quantas vezes de modo excessivo, do conceito de interesse de ordem pública por parte de alguns estados recetores, que conduziram mesmo à criação ou à tentativa de criação, de sua iniciativa, de novos requisitos de não reconhecimento de sentenças estrangeiras. A título de exemplo, a posição negocial da Índia, durante os trabalhos de elaboração do texto da Convenção, ficou na história como um caso paradigmático de defesa de interesses nacionais daquele estado face à posição liberalizante dos estados do bloco ocidental.

Mas, aprovado que foi o texto da Convenção, nem por isso cessaram grandemente as resistências ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras. O caso da República Popular da China constitui outro exemplo de forte resistência ao reconhecimento, nomeadamente, com fundamento no entendimento da existência de um risco sério se prevalecesse o reconhecimento e a execução, dado o receio de poderem algumas das suas maiores empresas regionais, muito dependentes de investimento internacional, ficarem demasiado vulneráveis quando ameaçadas pela execução de sentenças estrangeiras intentadas por fornecedores ou por investidores dessa proveniência. Esse facto levou mesmo à alteração da legislação interna da República Popular da China, transferindo para o Supremo Tribunal do Povo a obrigatoriedade de este alto tribunal proceder à homologação das decisões dos mais altos tribunais regionais competentes para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, por forma a assegurar a preservação da RP China no contexto das economias ocidentais, segundo os princípios internacionais da reciprocidade.

Enquanto isso se passava, estados houve, de modo totalmente inverso, que cuidaram de se colocar no campo da proteção e do favorecimento concedido ao reconhecimento de sentenças estrangeiras. Foram

esses os casos da Áustria, da Suíça, da Suécia, da França, de Singapura, de Hong-Kong e de alguns outros, que rapidamente granjearam o epíteto de estados amigos da arbitragem internacional(2) mas, que lhes possibilitou, sobretudo, a criação de centros institucionalizados de resolução de litígios internacionais mediante a utilização da arbitragem.

5. Diferentes conceitos de ordem pública. O conceito relevante de ordem pública na LAV e na Convenção de Nova Iorque

5.1. Face à oposição de interesses entre residentes de estados diferentes, certos juristas cultores da arbitragem e, igualmente, altos tribunais têm discutido amplamente o conceito de ordem pública acolhido pela Convenção de Nova Iorque, no seu art. V, n.º 2, alínea *b*). Na verdade, a redação muito cautelosa deste preceito criou dificuldades à sua interpretação, pois a solução encontrada consistiu, com o intuito de não alimentar até ao limite a conflitualidade até aí vivida, sobre o conceito de ordem pública, ao ponto de se ter, deixado propositadamente indefinido o texto da Convenção, estabelecendo apenas que o tribunal do reconhecimento ou da execução podia recusar o *exequatur* se a sentença estrangeira fosse contrária à "ordem pública" (*tout court*) do estado-membro a quem fosse pedido o reconhecimento.

A doutrina e a jurisprudência portuguesas, que são, aliás, comuns a todos os estados genericamente situados no bloco ocidental, sustentam que o indefinido conceito de *ordem pública* da Convenção de Nova Iorque significa, na verdade, a *ordem pública internacional* do estado que é solicitado a reconhecer e a executar uma sentença arbitral estrangeira(3).

5.2. Embora o tema não constitua a matéria principal da que trata este trabalho, não podemos olvidar que é através da aplicação do conceito da ordem pública do estado chamado a reconhecer e executar uma sen-

---

(2) Para maior desenvolvimento sobre a matéria, ver o artigo do autor "A Ordem Pública na Arbitragem", publicado na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, I, janeiro/março de 2014 e Manual de Arbitragem, 2.ª ed., Almedina, sobretudo as pp. 460 a 473 e 713 a 718.

(3) Idêntica problemática e solução encontrada aplica-se ao reconhecimento e execução de sentenças judiciais estrangeiras, que naturalmente não são reguladas pela Convenção de Nova Iorque, mas têm assento legal na lei interna nacional (no caso de Portugal, no art. 980.º, alínea *f*) do CPC).

tença arbitral estrangeira que as questões de direito substantivo de um direito estrangeiro nela aplicado podem conflituar, de modo não aceitável, com as normas e princípios de ordem substantiva da ordem jurídica do estado recetor. Na verdade, todos os restantes casos enumerados nas alíneas *a*) a *e*) do art. V da Convenção de Nova Iorque e até mesmo o disposto na alínea *a*) do n.º 2 daquele e, outrossim, nas alíneas correspondentes do art. 56.º da LAV, têm natureza meramente processual, sem qualquer intenção nossa de reduzir a sua importância.

Porém, no conceito de ordem pública utilizado na alínea *b*) do indicado número 2. do art. V cabem, sobretudo, questões jurídicas substantivas e de natureza axiológica suscetíveis de infringir a ordem pública do estado recetor.

Para se entender devidamente esta questão, deve salientar-se que existem na ordem jurídica de qualquer estado diversos conceitos de ordem pública, por exemplo a ordem pública criminal, a ordem pública administrativa, a ordem pública transnacional, etc. Mas, na realidade, apenas dois conceitos distintos importa aqui destacar para a compreensão do seu sentido no texto da alínea *b*) do n.º 2 do art. V da Convenção de Nova Iorque, bem como no texto da subalínea *ii*) da alínea *b*) do art. 56.º da LAV.

A simples leitura de ambos os textos faz desde logo ressaltar uma diferença formal: a Convenção refere-se à *ordem pública*, sem a definir, enquanto a LAV refere-se a um resultado manifestamente incompatível com a *ordem pública internacional do Estado português*.

Já foi salientada anteriormente a grande dificuldade negocial do texto da Convenção de Nova Iorque pelo facto de ter adotado uma expressão hiperbólica, na medida em que o texto adotado muito pouco dizer, apesar de muito pretender significar.

Na realidade, apenas a ordem pública de um estado, sem mais, significa, sobretudo, o conjunto de preceitos legais de ordem interna de natureza imperativa, por contraposição, no direito civil, a normas supletivas ou normas não imperativas.

Mas, não é este o sentido utilizado pelo art. 56.º da LAV, no lugar citado, nem é o sentido sustentado pelos estados de economia liberal, regime político democrático, defensores do estado de direito e do respeito pelo direito internacional, como é o caso de Portugal. Neste sentido, a ordem pública relevante, quer no texto do art. 56.º da LAV, quer, segundo a interpretação prevalente a dar ao preceito da Convenção de Nova Iorque sobre a ordem pública, é apenas aquele conjunto restrito e, aliás, reduzido, de normas e princípios do direito interno do estado recetor que este estado não aceita que possam ser afastados na sua aplicação em Portugal por

quaisquer normas de uma ordem jurídica estrangeira que tenha sido aplicada, *in casu*, na sentença arbitral estrangeira submetida ao procedimento do reconhecimento e execução no estado recetor.

Porém, para melhor compreensão da linguagem utilizada, a expressão "ordem pública internacional" do Estado português é enganadora, porque ela não é internacional no sentido da fonte não nacional das suas normas, uma vez que todo o seu normativo é efetivamente nacional no sentido da preservação dos interesses jurídicos inabdicáveis da ordem jurídica nacional, nem é *internacional*, pois este adjetivo é utilizado apenas para evidenciar que se trata do conjunto daquelas normas internas de inabdicável prevalência em Portugal, pertencentes à ordem jurídica portuguesa, enquanto e na exata medida em que sejam confrontadas com as normas de outro estado aplicadas na sentença arbitral.

6. A autonomia da Arbitragem face ao Poder Judicial

Outro aspeto de grande importância a salientar consiste na interdição legalmente imposta ao poder judicial do estado do reconhecimento e da execução de conhecer do mérito da sentença arbitral, aliás, melhor dito, quer se trate de uma sentença arbitral internacional, quer de uma sentença arbitral doméstica, esta última que, todavia, aqui não é tratada por se encontrar fora do âmbito do artigo.

Afloramento desse princípio fundamental da arbitragem é o art. 46.º, número 9., da LAV, nas ações de anulação de sentenças arbitrais domésticas.

Na verdade, o tribunal nacional a quem seja pedido o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira deve respeitar a decisão e a fundamentação da sentença em questão. Não pode alterar nem a solução encontrada pelos árbitros, nem a sua fundamentação. Pode apenas aplicar estritamente o disposto no art. 56.º da LAV. Existe, porém, uma exceção que se encontra contemplada no seu art. 54.º, ou seja, o de uma sentença arbitral proferida em Portugal, numa arbitragem internacional e em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa. A sentença proferida, neste caso, pode ser anulada com os mesmos fundamentos aplicáveis a uma sentença arbitral interna proferida em arbitragens previstas no art. 46.º da LAV. Na verdade, por se tratar de uma sentença arbitral proferida em Portugal não está sujeita ao procedimento prévio de reconhecimento, pois não se trata de uma sentença arbitral estrangeira, mas sim uma

sentença nacional portuguesa, apesar de ter aplicado direito substantivo estrangeiro ao fundo da causa e da arbitragem ser internacional no sentido do art. 49.º, n.º 1. da LAV.

Mas, acrescenta o citado art. 54.º da LAV que, no caso de a sentença proferida em Portugal, em arbitragem internacional, se destinar a ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, poder ser anulada se a sua execução conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado português. Em regra, a estas sentenças é aplicada a LAV, mas como o direito aplicado ao fundo da causa é um direito estrangeiro fica sujeita à apreciação pelos tribunais portugueses da não violação pelo direito estrangeiro aplicado, da ordem pública internacional do Estado português, neste particular como se se tratasse de uma sentença estrangeira por identidade com o disposto no art. 56.º, número 1., alínea *b*) e subalínea *ii*).

7. Conclusão sobre o tema

Pergunta-se, por fim, se podem ou não, por iniciativa própria (*ex officio*), dos tribunais portugueses chamados a reconhecer ou a executar uma sentença arbitral estrangeira, reconhecer apenas uma parte decisória dessa sentença, recusando o reconhecimento da parte restante?

Exemplificando. Pode um tribunal português recusar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral estrangeira que tenha proferido uma condenação de uma parte a pagar à outra parte uma quantia desproporcionadamente avultada ao ponto de pôr em risco a própria sobrevivência económica da parte condenada, designadamente pela aplicação desnecessária de uma dupla penalização de uma cláusula penal e, a acrescer, juros de mora sobre o montante da cláusula penal se este montante não tiver sido atempadamente pagos?

Ou o caso, igualmente exemplificativo, de um tribunal arbitral estrangeiro, aplicando direito estrangeiro, ter reconhecido o direito ao enriquecimento injusto ou sem causa de uma parte em prejuízo de outra?

Nestes casos, pergunta-se, em suma, se pode um tribunal português, numa tentativa, *sponte sua*, de tentar minorar a situação, reconhecendo a sentença apenas numa das suas partes, seja pela redução da contagem dos juros moratórios, seja pela redução do valor do enriquecimento injusto ou sem causa, mas não reconhecendo a parte ou as partes restantes de uma sentença condenatória?

Muito embora seja raro os tribunais, a quem é solicitado o reconhecimento ou a execução, usar do poder de apenas reconhecer uma parte de uma sentença arbitral estrangeira, o certo é que permanece em discussão, nalguns países, esta temática.

A Suíça figura entre os estados em que parece ser reconhecido ou, pelo menos, tem afirmado simpatia pela possibilidade de o reconhecimento poder ser apenas parcial de uma sentença estrangeira. Para chegar a esta conclusão, tem-se argumentado que o país é particularmente favorável ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras e que, por isso, perante a possibilidade de recusar a totalidade da parte dispositiva da sentença, que assim não poderia ser reconhecida na Suíça, tem-se argumentado que o Tribunal Federal pode conceder um reconhecimento apenas parcial sem mais entraves ao processo executório arbitral.

Se esta solução é favorável ou prejudicial à arbitragem está, certamente, por demonstrar.

Vejamos, porém, um primeiro e forte argumento contrário a esta abertura ao reconhecimento apenas parcial e que consiste em questionar se um estado que se permite, a si próprio, proceder deste modo está ou não a incumprir a Convenção de Nova Iorque?

Na verdade, todos os estados aderentes, ao aceitarem, mediante adesão, o texto e o regime jurídico da Convenção de Nova Iorque obrigaram-se — transcrevendo o texto da Convenção:

> — a *reconhecer a convenção escrita pelas quais as Partes* ***se comprometem a submeter a uma arbitragem todos*** (o realce de letra é nosso) *os litígios ou* ***alguns deles*** *que possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito (art. II da Convenção*); e, continua,
>
> — *cada um dos Estados Contratantes* ***reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adotadas no território em que a sentença for invocada***. E, diz mais, para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais às quais se aplica a presente Convenção, ***não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas ..., do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais nacionais (art. III).***

Por fim, o art. V:

> *1 — O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados,* ***a pedido da Parte contra a qual for invocada****, se essa Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova* — acrescentamos nós — dos requisitos enumerados taxativamente nas alíneas *a*) a *e*) do número 1 e, ainda, a prova de qualquer dos fundamentos constantes do número 2 do art. V.

Posto isto, cabe perguntar: como devem ser interpretados os preceitos da Convenção, quer face aos textos transcritos, quer face à exclusão de qualquer poder oficioso concedido ao tribunal do reconhecimento ou execução de limitar ou alterar o objeto do reconhecimento e da execução, ou seja, o objeto da sentença arbitral estrangeira submetida a reconhecimento e execução? E, ainda, a acrescer, a colocação da questão face ao Direito dos Tratados.

Comecemos pela análise específica dos preceitos da Convenção acima transcritos:

— o art. II é expresso ao dizer que constitui **obrigação dos estados-membros de reconhecer as convenções de arbitragem** que visem obrigar as partes contratantes a submeter a arbitragem **todos** os litígios ou **alguns deles** que possam surgir entre elas relativamente a qualquer relação jurídica;

— o art. III estabelece, por outro lado, que os estados-membros **têm a obrigação** de reconhecer a autoridade vinculativa para as partes de uma sentença arbitral …

— acrescentando, obrigando-se igualmente o estado contratante a conceder a execução das sentenças arbitrais a que se aplica a Convenção …

— sublinhando, ainda, o mesmo preceito que, para o reconhecimento e para a execução de sentenças arbitrais, os estados contratantes estão obrigados a não aplicar quaisquer condições **sensivelmente mais rigorosas** do que **as condições que são aplicadas ao reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais nacionais**.

Pelas expressões utilizadas neste preceito resulta claramente a ideia de que é natural e aceitável que uma sentença estrangeira que tenha aplicado direito diverso do direito português possa ser diferente e mesmo propiciadora de soluções antagónicas relativamente ao direito português, mas o que não é permitido é exercer discriminação exercida sobre uma sentença arbitral estrangeira, privando-a da sua autonomia e do respeito devido à igualdade de condições de poder ser reconhecida e executada fora do seu território de origem, designadamente em obediência à Convenção de Nova Iorque e, eventualmente, também em obediência à própria legislação nacional do estado recetor sobre a admissibilidade do seu reconhecimento e execução.

— por fim, o art. V estatui que o reconhecimento e a execução apenas podem ser recusados **nos casos taxativamente estatuídos nas alíneas *a*) a *e*) do número 1 daquele artigo** e, ainda, com os fundamentos constantes do **número 2 do artigo V** (resumidamente, se o litígio objeto da sentença **não for arbitrável segundo a lei nacional do estado a que tiver sido solicitado o reconhecimento e a execução** ou o reconhecimento e a execução da sentença **forem contrários à ordem pública desse estado**.

Este preceito é expresso, por outro lado, na indicação de que a recusa do reconhecimento e da execução só serão concedidos a pedido (e não oficiosamente) formulado pela parte contra quem é invocado o reconhecimento e a execução.

Com o auxílio da Lei-Modelo da UNCITRAL, de 21 de junho de 1985, alterada em 7 de julho de 2006, e também de algumas recomendações formuladas por aquela agência da ONU, os Estados-Membros da Convenção elaboraram leis nacionais baseadas na lei-modelo ou adaptaram a sua legislação já existente em conformidade com aquela.

Portugal foi um dos estados que, tardiamente embora, adotou, em 1989, a sua primeira lei de arbitragem, distante embora da Lei-Modelo da UNCITRAL, de certo por que o país ainda não era membro da Convenção de Nova Iorque, tendo em conta que, apenas, em janeiro de 1995, esta Convenção entrou em vigor em Portugal, após a adesão efetuada no ano de 1994. Para, finalmente, vir a aprovar uma nova lei de arbitragem, em 14 de dezembro de 2011, que entrou em vigor em 14 de março de 2012 (a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro).

Esta nova lei arbitral (a LAV) foi claramente baseada na Lei-Modelo da UNCITRAL, que, por seu turno, adotou ou não contrariou o regime instituído pela Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958 que entrou em vigor em Portugal na data de 16 de janeiro de 1995.

O texto da Convenção de Nova Iorque, face às disposições antes transcritas, não deixa qualquer dúvida quanto ao facto de os estados-membros não possuírem qualquer autoridade para, oficiosamente e através dos seus tribunais ou de outro modo, alterar o texto ou o sentido decisório e a fundamentação de sentenças arbitrais estrangeiras submetidas ao seu reconhecimento e execução.

Esta conclusão, que nos parece inquestionável, afasta qualquer possibilidade de a Convenção conceder aos Estados-Membros a faculdade de poderem reconhecer apenas parcialmente e por sua iniciativa uma sentença arbitral estrangeira. Ou reconhecem a totalidade da sua parte dispositiva e fundamentação ou recusam a sua totalidade. Nada mais, nem menos, o que a Convenção dispõe.

Acresce que, também não se alcança da leitura da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados, de 23 de maio de 1969, que entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980 e de que Portugal é membro, qualquer permissão no sentido de um estado parte numa convenção internacional poder alterar unilateralmente o seu teor ou o seu sentido, seja ele ou não amigo da arbitragem. Daqui resulta que não estão os órgãos judiciais de um estado parte da Convenção de Nova Iorque autorizados a alterar uma sentença arbitral estrangeira, de tal modo que se lhes permitisse ter competência para reconhecer ou executar apenas uma parte da sentença, excluindo e recusando qualquer outra parte restante. Se isto sucedesse existiria uma violação da Convenção e do direito dos tratados, designadamente pelo

facto, digamos algo comezinho, de as partes não terem acordado conceder aos tribunais judiciais portugueses qualquer competência para resolver o litígio.

O tribunal português chamado, assim, ao reconhecimento e à execução está, pois, impedido de proceder dessa forma, uma vez que não possui competência para tanto por força do disposto na Convenção de Nova Iorque e por falta de acordo das partes na eleição do foro português para resolver o litígio.

O art. 31.º da Convenção de Viena antes citada, em matéria de interpretação de convenções internacionais, em geral, é também claro no sentido de fixar as diretrizes de interpretação de qualquer convenção internacional.

Na verdade, um reconhecimento e execução apenas parcial de uma sentença arbitral estrangeira significaria, não propriamente o conhecimento, que seria indevido em qualquer caso, do mérito da sentença arbitral, mas sim a amputação unilateral, parcial, quiçá arbitrária e não autorizada do efeito jurídico da sentença tal como foi determinado pelo tribunal arbitral do estado de origem e de acordo com a lei escolhida e a vontade das partes. Os tribunais do reconhecimento e de execução de uma sentença arbitral estrangeira pertencentes aos estados-membros da Convenção de Nova Iorque são meros executores desta, não podendo, a nenhum título, alterar o texto de uma sentença arbitral e de uma convenção internacional, o que sucederia se lhe fosse permitido conhecer e executar *ex officio*, apenas uma parte do decidido pela sentença arbitral, recusando-se a conhecer qualquer parte restante.

DILEMAS JURÍDICOS DA MEDICINA DIGITAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Pelo Dr. Marcelo Silva Moreira Marques

Sumário:

Resumo. Abstract. 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Dilemas jurídicos da Medicina digital. **2.2.** Dilemas jurídicos da judicialização da Saúde. **3. Conclusão. 4. Bibliografia citada**.

Resumo

A Ciência do Direito precisa estar atenta a regulação do uso das novas tecnologias, notadamente a Inteligência Artificial (IA). Neste artigo, serão abordadas a necessidade de normativa própria, em sede de responsabilidade civil, a regular os danos decorrentes do uso de médicos robôs na área da saúde, ou se os atuais princípios e normas do Direito Civil Constitucional já estão aptos a promover a normatividade da matéria, respeitando-se sempre a baliza dos direitos humanos fundamentais. Serão cotejadas a aplicabilidade das principais teorias da temática da responsabilidade civil ao novo mundo da IA. Pontuaremos como essas ferramentas tecnológicas podem auxiliar a efetividade do princípio da consensualidade, de modo a suavizar o fenômeno da judicialização da saúde, com aplicação de plataformas digitais de mediação que permitam a participação de autoridades médicas do executivo, legislativo e judiciário, a viabilizar a sustentabilidade fiscal do estado e o respeito ao princípio da separação de poderes, deixando a cargo da judicialização tão somente as demandas de caráter coletivo aptas a suprir inações do Poder Executivo na efetivação do direito social à saúde.

Palavras chaves

Inteligência Artificial. Judicialização da Saúde. Responsabilidade Civil. Médico Robô. Mediação virtual. Princípio da Consensualidade. Sustentabilidade do Estado.

Abstract

The Science of Law needs to be attentive to the regulation of the use of new technologies, notably Artificial Intelligence (AI). In this article, we will address the need for its own regulations, in terms of civil liability, to regulate damages resulting from the use of robot doctors in the health area, or if the current principles and norms of Constitutional Civil Law are already able to promote normativity the matter, always respecting fundamental human rights. The applicability of the main theories on the subject of civil liability to the new world of AI will be compared. We will point out how these technological tools can help the effectiveness of the principle of consensuality, in order to soften the phenomenon of health judicialization, with the application of digital mediation platforms that allow the participation of medical authorities from the executive, legislative and judiciary, to allow sustainability fiscalization of the state and respect for the principle of separation of powers, leaving only the demands of a collective nature to the judicialization capable of supplying inactions by the Executive Power in the realization of the social right to health.

Keywords

Artificial intelligence. Judicialization of Health. Civil Liability. Robot Doctor. Virtual mediation. Principle of Consensus. State sustainability

1. Introdução

O presente trabalho se propõe a pontuar e oferecer alternativas para os principais dilemas jurídicos que atualmente afligem à Ciência do Direito, quer no que diz respeito à Medicina Digital, quanto à judicialização da saúde.

Em ambos os temas, haverá o fio da Inteligência Artificial (IA) para promover a integração entre as abordagens, e depurar em que medida o Direito pode regular esse novo mundo que se abre pela introdução dessa novel tecnologia.

Veremos no primeiro capítulo da parte de desenvolvimento deste artigo científico que a substituição, no todo ou em parte, da medicina humanizada pelos médicos robôs oferecem vantagens e riscos, ambiente no qual os juristas deve oferecer aos atores políticos democraticamente eleitos por seus cidadãos, responsáveis pela captação do sentimento das respectivas Nações, os direitos fundamentais constitucionais.

Traremos as discussões acerca da necessidade da criação de micro ordenamentos aptos a regular o uso da Inteligência Artificial, ou se a atual

dogmática civilista, e respectivos princípios e regras, já são arcabouço suficiente a regular este novel universo de situações tecnológicas que surgem a cada dia, notadamente no âmbito da temática da responsabilidade civil.

Nesse contexto, inevitável analisar e sugerir abordagens do tipo de responsabilização civil mais apropriada pelos danos decorrentes do uso da inteligência articial, mormente quanto à adaptabilidade do sistema da apuração de dolo ou culpa do agente causador do dano (responsabilidade subjetiva), ou se mais apropriada a mera comprovação de nexo de causalidade entre ato omissivo/comisso e dano moral/material (responsabilidade objetiva).

Na temática atinente aos dilemas da judicialização da saúde, revelaremos dados impressionantes oferecidos pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro, que apontam na direção do crescimento geométrico deste acervo judicial, e necessidade de serem buscadas soluções que evitem a implosão do funcionamento da máquina do Poder Judiciário em virtude do assoberbamento de processos por parte de seus órgãos jurisdicionais.

Neste passo, verificaremos que as *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs), notadamente a mediação por meio das plataformas digitais, quais sejam, *On line Dispute Resolutions* (ODRs), são caminhos percorríveis para garantir o direito social à saúde, sem prejuízo da Separação de Poderes e da Sustentabilidade Fiscal do Poder Público.

Após as conclusões, que estão didaticamente colocadas sob forma de tópicos ao final deste trabalho, especificamos nas referência bibliográficas tão somente os livros e artigos científicos efetivamente mencionados ao longo deste trabalho.

2. Desenvolvimento

2.1. Dilemas jurídicos da Medicina digital

Lécio Silva Machado([1]) assim conceitua ‘médico robô’:

> “(…) um conjunto de algoritmos aplicados em programas de computador utilizados com a finalidade de executar atividades médicas se valendo da habilidade de executar atividades médicas se valendo da habilidade de acumular experiências e delas

([1]) Machado, Lécio Silva, *Médico Robô: Responsabilidade Civil por danos praticados por atos autônomos de sistemas informáticos dotados de inteligência artificial.* Lex Medicinae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 16, n.º 31-32-2019. Publicação Semestral, p. 102, Centro de Direito Biomédico. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

> extrair lições e aprendizados, podendo agir de maneira independente tomando decisões de modo autônomo. O médico robô pode ou não ter um corpo físico, como um braço mecânico para um procedimento cirúrgico, podendo ainda fazer interações com o usuário paciente ou usuário médico".

O Parlamento Europeu, por meio da Resolução de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013 — INL)([2]) acentua que os robôs autônomos inteligentes têm as seguintes características:

a) aquisição de autonomia através de sensores e/ou troca de dados com o seu ambiente (interconectividade) e da troca de análise desses dados;

b) autoaprendizagem com a experiência e com a interação (critério opcional);

c) um suporte físico mínimo;

d) adaptação do seu comportamento e das suas ações ao ambiente;

e) inexistência de vida no sentido biológico do termo.

Marta Reis([3]) prevê que em uma década haverá mais médicos robôs do que médicos humanos atuando, o que poderia causar uma crise de empregabilidade dos profissionais de saúde.

Os debates inerentes ao emprego da telemedicina remontam à 51.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Tel Aviv, no ano de 1999, o que redundou na Declaração de Tel Aviv à luz das seguintes diretrizes:

a) tele assistência;

b) tele vigilância;

c) tele consulta;

d) interação entre dois médicos; e) tele intervenção.

O avanço da tecnologia permite uma medicina mais personalizada, por meio de um novo modelo de medicina que adentra os detalhes do fenótipo e genótipo de cada indivíduo, tudo com a finalidade de estabelecer um

---

([2]) European Union, *in* <http://www.europarl.euro-pa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA- 2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT>.

([3]) Reis, Marta F., *Em dez anos vai haver mais robôs dos médicos nos hospitais? In* <https://ionline.sapo.pt/533822>, 2016.

adequado tratamento, bem como o preciso tempo de deflagração da terapêutica e diagnóstico de doenças a que o paciente está predisposto.

Como bem define o Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira([4]), a denominada medicina de precisão, viabilizada por esse novo patamar tecnológico apresenta relevantes vantagens, quais sejam:

> "(1) identificar doenças mais cedo (diagnóstico preciso), (2) reduzir os encargos do tratamento e (3) adequar o tratamento ao doente (farmacogenómica). Por outro lado, esta medicina de precisão tem consequências sociais, no plano da saúde pública, sendo expectável uma maior capacidade de identificação de risco de patologias em pessoas saudáveis, o que conduz: (1) a um critério individual e mais precoce, (2) à promoção de estilos de vida adequados (mesmo para combate a doenças comuns) e (3) ao não aparecimento de nova patologia ou esta patologia será minorada pelo início correto da terapêutica. Todas essas têm um preço: a exigência do cumprimento de normas por parte do indivíduo irá aumentar, ou seja, enfrentamos o desafio de uma sociedade cada vez mais medicamentada. No plano societário, esta medicina de precisão deve ser vista com muita cautela, pois pode conduzir a uma iniquidade em relação aos gastos com saúde e à falta de preparação psicológica das populações para receberem informações impostas sobre riscos de futura doença com consequências totalmente imprevisíveis".

Para bom enfrentamento dessa novel realidade trazida pelas evoluções tecnológicas, a Professora Heloísa Santos sugere foco em:

> (1) educação da população, em particular na área da Genômica; (2) Instituição de Comissão Nacional de Avaliação das vantagens da medicina personalizada; (3) avaliação detalhada da capacidade de cada país, notadamente financeira, tendo em vista o alto custo([5]).

André Pereira aponta, com a habitual precisão, que como as informações genéticas são involuntárias, indestrutíveis, permanentes, imutáveis, familiares e pré-sintomáticas, oferecem evidentes riscos de infringência dos direitos humanos, tais como decorrentes de discriminações injustificadas (pois os riscos genéticos podem gerar discriminações em contratações de emprego, seguros saúde, etc.), violação da confidencialidade (pois empresas de *big data* podem ter acesso), eliminação da autonomia (pacientes poderão sentir-se coagidos a adotarem determinados estilos de vida), violação ao direito de não saber (a sabença prévia de doenças poderá ser inevitável) e desigualdade de acesso (poucas pessoas poderão ter acesso

---

([4]) Pereira, André Gonçalo Dias, *O Médico-Robô e os desafios para o direito da saúde: entre o algoritmo e a empatia*. PT-MATHS-IN, p. 32.

([5]) Santos, Heloísa; Pereira, André, *Genética para Todos — de Mendel à Revolução Genômica do Século XXI — a prática, a ética, as leis e a sociedade,* Lisboa, Gradiva, 2019.

em virtude do alto custo), sendo certo que tudo isso deve suscitar um incremento da empatia na relação médico-paciente, vale dizer, da medicina humanizada, evitando-se que os centros de decisão sejam apoderados pelos senhores da economia digital(6).

De maneira a buscar-se a empatia (medicina humanizada), sem renunciar previamente as oportunidades incríveis viabilizadas pela medicina digital, notadamente o espalhamento do conhecimento, as possíveis reduções de custo com a telemedicina, recurso a inteligência artificial, e prevenção de inúmeras enfermidades mediante tratamento precoce, a ciência do direito vem procurando normatizar tão sensível temática jurídica.

No âmbito internacional, temos iniciativas normativas bastante interessantes, quais sejam:

a) Convenção dos Direitos Humanos e a Biomedicina do Conselho Europeu (1997);

b) Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO (1997);

c) Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2004);

d) Recomendações sobre intervenções digitais para o reforço dos sistemas de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS);

e) Enunciado do Parlamento Europeu com regras de direito civil em robótica(7).

Inobstante as supramencionadas iniciativas na regulação da temática em questão, não há legislação específica que lide com responsabilidades decorrentes da utilização da Inteligência Artificial para fins de diagnósticos em saúde, razão pela qual há dantesco espaço aberto para que a regulação seja levada a efeito por cada Estado-Membro da União Europeia, à luz de suas especificidades e circunstâncias de cada caso.

Em Portugal, por sua vez, foram editadas:

a) Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95, de 4 de setembro de 2019);

b) Lei de Informação Genética pessoal e à informação de saúde (Lei n.º 12, de 26 de janeiro de 2005);

---

(6) Pereira, André Gonçalo Dias, *O Médico-Robô e os desafios para o direito da saúde: entre o algoritmo e a empatia*, *ob. cit.*, p. 33.

(7) European Union, <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html?redirect>.

c) Regulamento de Proteção de Dados (Lei n.º 58, de 8 de agosto de 2019).

Nesse contexto de tentativa de compatibilização entre o moderno (medicina digital) e a medicina humanizada, o futurologista Gerd Leonhard([8]) prescreve novos cinco direitos humanos básicos, devidamente aptos a servir de fundamento jurídico a um futuro Manifesto de Ética Digital, a saber:

1 — direito a permanecer natural, isto é, de existir em estado natural;

2 — direito de ser ineficiente, vale dizer, ter o direito de escolha de ser mais lento;

3 — direito a desligar, em suma, de sumir das redes;

4 — direito de ser anônimo;

5 — direito de empregar pessoas ao invés de robôs.

Temática importante e inescapável como decorrência do emprego das novas tecnologias à medicina é a questão da responsabilidade civil e seus pressupostos operativos como o ato (omissivo ou comissivo), o nexo de causalidade e o consequente dano moral e/ou material.

A realidade é que, desde tempos muito remotos, como quando da vigência do Código de Hamurabi, a responsabilização pelos atos praticados pelo médico já ocorria, tendo como pena a possibilidade de amputação das mãos dos cirurgiões que agissem de forma desatenta ou imperita([9]).

Lécio Silva Machado([10]) relaciona as modalidades de danos decorrentes do uso da inteligência artificial (médicos robôs):

> "O dano civil à pessoa, proveniente do uso do médico robô, pode ser de ordem patrimonial (ou material) gerando prejuízo emergente ou de lucros cessantes no patrimônio da vítima, o dano não patrimonial (ou moral) que atinge o ofendido como pessoa, lesando o seu direito de personalidade, através da dor, sofrimento, tristeza ou vexame.

Para entendermos as modalidades de dano que podem ser ocasionadas pelo médico robô devemos observar as seguintes modalidades:

([8]) Leonhardt, Gerd, *Tecnologia versus Humanidade- o confronto futuro entre a Máquina e o Homem,* Gradiva, 2019.

([9]) *Código de Hamurabi*, datado de 1790-1770 a.C. Disponível em: <http://historiablog.files.wordpress.com/2013/02/cc3b3dogp-de-hamurab.pdf>. Acesso em 15 set., 2019.

([10]) Machado, *ob. cit.*, pp. 108-109.

1.º) Quanto à possibilidade de dano:

a) o médico robô pode gerar dano simplesmente por apresentar defeito que impeça a sua utilização pelo usuário que contratou o serviço ou produto;

b) o médico robô pode apresentar um diagnóstico errado;

c) O médico robô pode apresentar um diagnóstico correto, porém um tratamento inadequado;

d) também pode ocorrer o dano ao usuário que se utiliza de forma inadequada do médico robô, dando uso que não lhe foi atribuído ou inserindo dados falsos ou enganosos sobre o problema a ser resolvido.

2.º) Quanto a pessoa que poderá sofrer o dano:

a) O médico robô pode gerar dano a um contratante (pessoa colectiva- hospital, empresa de seguro saúde; ou médico singular) que a utiliza para prestar serviço ou fornecê-la a terceira pessoa;

b) o médico robô pode gerar dano a própria pessoa que está fazendo uso do médico robô".

No âmbito do Parlamento Europeu, muitos apontam lacunas normativas importantes reconhecidas pela Resolução de 16 de fevereiro de 2017 no que diz respeito aos problemas de danos e indenizações, eis que a aplicação da chamada inteligência artificial oportuniza inúmeras novas situações de responsabilização não contempladas pela referida resolução([11]), notadamente quando dispõe que:

> "(…) não obstante o âmbito de aplicação da Diretiva 85/374/CEE, o atual quadro jurídico não seria suficiente para abranger os danos provocados pela nova geração de robôs, na medida em que podem ser dotados de capacidades adaptativas e de aprendizagem que integram um certo grau de imprevisibilidade no seu comportamento, uma vez que esses robôs aprendem de forma autônoma com a sua própria experiência e integrarem com o seu ambiente de um modo único e imprevisível".

Nada obstante, a Resolução de 16 de fevereiro de 2017 traz importantes preceitos, tais como os abaixo enunciados:

> "Considerando que, quanto mais autônomos os robôs são, menos podem ser encarados como sendo simples instrumentos nas mãos de outros intervenientes (como o fabricante, o operador, o proprietário, o utilizador, etc.); que, por sua vez, coloca a questão de saber se as normas ordinárias em matéria de responsabilidade são suficientes ou se apelam a novos princípios e normas para clarificar a responsabilidade jurídica de vários intervenientes no que respeita à responsabilidade por atos e omissões dos robôs, sempre que a causa não possa ser atribuída a um interveniente

---

([11]) Ruffolo, Ligo, *Self-driving car, auto driveriess e responsabilità, in:* Ruffolo, Ugo (Org.). *Intelligenza artificiale e responsabilità.* Milano: Gluffrè, 2017, p. 33.

humano específico e se os atos ou omissões dos robôs que causaram danos pudessem ter sido evitados".

Contudo, a necessidade ou não de uma normativa própria a regular a questão da responsabilidade civil em decorrência do surgimento das novas tecnologias está longe de ser um tema pacificado na doutrina civilista, tal como depreendemos dos ensinamentos do Professor Gustavo Tepedino:

> "Conforme ressaltado, não parece aconselhável o abandono das formulações desenvolvidas historicamente para conformação da responsabilidade civil tal como hoje conhecida. Se é verdade que as novas tecnologias impõem renovados desafios, o direito civil mostra-se apto a oferecer respostas adequadas a partir de seus próprios fundamentos teóricos. Oxalá possa o encanto pelas novas discussões envolvendo robôs e sistemas autônomos atuar como subsídio para a sempre necessária renovação do interesse no aperfeiçoamento dos estudos sobre a responsabilidade civil, sem que se recorra, mediante o atalho mais fácil — embora por vezes desastroso — ao anúncio de novos paradigmas que, descomprometidos com o sistema, justifiquem soluções casuísticas, em constrangedora incompatibilidade com a segurança jurídica oferecida pela dogmática do direito civil na legalidade constitucional"([12]).

Dentre as recomendações da Resolução, de 16 de fevereiro de 2017, certamente uma das mais ousadas e polêmicas é a constante do n. 59, letra *f*, que aponta para possível solução jurídica mediante a criação de um estatuto jurídico específico para os robôs autônomos mais sofisticados, para que possam ser detentores do estatuto de eletrônicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrônica a situações em que os robôs tomam decisões autônomas ou em que interagem com terceiros de forma independente.

Dentro da teoria geral do direito privado, há autores que propugnam pelo reconhecimento de personalidade jurídica aos robôs, inclusive aos sistemas dotados de inteligência artificial([13]).

A Comissão Europeia, em 25.4.2018, editou a 'Inteligência Artificial para a Europa', destacando manifestações dos variados órgãos da União Europeia na temática da Inteligência Artificial, tudo com vista a garantir cenários éticos e jurídicos adequados aos valores da União e na Carta de Direitos da Comunidade, destacando que um dos projetos financiados foi uma prótese ortopédica robotizada para desenvolver a modalidade a amputados.

([12]) Tepedino, Gustavo; Silva, Rodrigo da Guia, *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil.* Revista Brasileira de Direito Civil — RBDCivil, Belo Horizonte, V. 21, pp. 61-86, jul./set., 2019.

([13]) Costanza, Maria, *Impresa robotizzata e responsabilità, in:* Ruffolo, Ugo (Org.). *Intelligenza artificiale e responsabilità.* Milano: Gluffrè, 2017, p. 108.

Além União Europeia, um conjunto de países tem procurado regulamentar a nova realidade tecnológica, notadamente aquela proporcionada pelo uso da Inteligência Artificial, especialmente:

a) os Estado Unidos da América por meio do *Executive Order on Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence;*

b) a China através do Plano de Desenvolvimento para uma Nova Geração de Inteligência Artificial;

c) o Canadá com o *Pan-Canadian Artificial Intelligence Strategy,* determinando o investimento nessa área do conhecimento;

d) Singapura;

e) Índia;

f) Japão;

g) México([14]).

No dia a dia do médico, desde sempre, um relevante aspecto para aferir, se o comportamento do profissional de saúde pode ser considerado negligente, é a previsibilidade([15]).

A acima propalada questão da imprevisibilidade tem igual relevância na identificação do que pode ser considerado falha no funcionamento do código de programação, o famoso *bug*, o que demonstra a linha tênue que separa o dano (que se espera não previsto, em homenagem à presunção de boa-fé subjetiva) decorrente de sistema autônomo defeituoso e o dano produzido por sistema autônomo não defeituoso.

Com isso, aumenta exponencialmente tanto o potencial lesivo à coletividade exposta as novas tecnologias, como igualmente o temor da responsabilização de uma pessoa por danos imprevisíveis causados por sistema autônomos([16]).

Não é demais relembrar que, no âmbito da responsabilidade civil contratual, temos as normativas insculpidas no art. 1225 do Código Civil Italiano, assim como o art. 1231-3 do Código Civil Francês, ambas positivando a previsibilidade como requisito do dano indenizável, *in verbis*:

([14]) Estratégias nacionais de inteligência artificial. *Lawgorithm,* 12 set., 2019. Disponível em: <https://www.lawgorithm.com.br/estrategias-ia/>. Acesso em: 22 set., 2019.

([15]) Lewis, Charles J., *Medical Negligence: a pratical guide,* third edition, Tolley, 1995, p. 159.

([16]) Ruffolo, Ugo, *Per i fondamenti de um diritto dela robótica self-learning: dalla machinery produtiva all´ auto driverless: verso uma 'responsabilità do algoritmo'?, in* Ruffolo, Ugo (Org.) Intelligenza artificiale e responsabilità. Milano: Giuffrè, 2017, p. 24.

> "Art. 1225. (Previsibilidade do dano). Se o inadimplemento ou a mora não decorrer de dolo do devedor, a indenização é limitada ao dano que se poderia prever ao tempo em quer surgiu a obrigação.
>
> Art. 1.231-3. O devedor só é responsável pelos danos que foram previstos ou poderiam ser previstos quando da conclusão do contrato, exceto quando a inexecução for devida a uma falta grave ou dolosa".

Estaria a questão da exigência da previsibilidade restrita a responsabilidade contratual, tal como estampada na literalidade dos Códigos Civis Francês e Italiano, ou também aplicável a responsabilidade civil aquiliana (extracontratual)([17])?

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, e que se encontra vigorante no Brasil desde a edição do Decreto n.º 8.327/2014, limita a indenização a cargo do devedor inadimplente aos danos previsíveis ao tempo da finalização do contrato.

Gustavo Tepedino([18]) sustenta que essa questão referente à dita imprevisibilidade das condutas dos sistemas autônomos pode ser um falso dilema, posto que a temática da reparação de danos, nessas hipóteses, há de ser solucionada no âmbito da causalidade e da imputabilidade daí decorrente, por meio da alocação dos riscos pela ordem jurídica ou pela autonomia privada.

Nesse contexto, indubitável que o estudo do nexo causal é inescapável, de modo a viabilizar a solução de diversas questões decorrentes das novas tecnologias, notadamente a inteligência artificial na área da medicina digital, não sem antes identificar se o regime mais apropriado para o enfrentamento dos danos causados pelas novas tecnologias deve ser da responsabilidade civil subjetiva, ou objetiva.

A eventual adoção do regime subjetivo para apuração dos danos causados pelo uso da inteligência artificial, traz relevantes desafios à Ciência do Direito, especialmente quanto:

a) qual deve ser o padrão da conduta culposa do agente, notadamente quanto ao grau de sua intervenção sobre os sistemas autônomos?

b) devem ser adotados critérios diferenciados para aferição da culpa do usuário e do desenvolvedor do sistema?

([17]) Uma análise mais detida das proposições contrárias e favoráveis à aplicação de previsibilidade na responsabilidade extracontratual (aquiliana) pode ser encontrada na obra de Maiolo, Francesca. *Prevedibilità e danno risarcibile. La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* I, 2007, p. 1.131, ss.

([18]) Tepedino, Gustavo; Silva, Rodrigo da Guia, *ob. cit*.

c) uma vez que o robô não é dotado de personalidade jurídica, quem será a pessoa física e/ou jurídica considerada responsável pelos atos praticados autonomamente, ou não, pelo robô?

d) como ficam as causas excludentes de ilicitude, tais como o estado de necessidade e a legítima defesa?

A par das complexidades jurídicas acima apontadas, Nicholson Price assevera que a responsabilidade deve ser caracterizada, uma vez presentes os requisitos, não sobre o médico que utiliza a tecnologia, mas sobre a instituição hospitalar dentro do qual o diagnóstico ou tratamento foi prestado([19]). Isso porque as instituições hospitalares, no entender do aludido autor, devem garantir que os algoritmos — como um todo — sejam de alta performance à luz das características mensuráveis.

Particularmente, diante das dificuldades acima apontadas, somada aos riscos gerados à sociedade pela massificação dessa nova dinâmica tecnológica e seus consequentes lucros em grandes escalas proporcionados as empresas de tecnologia, entendemos ser mais adequado a aplicação da sistemática da responsabilidade objetiva, ou seja, que independa da aferição de culpa ou dolo do agente, bastando a comprovação do nexo causal entre ato omissivo/comissivo e o dano moral/material causado a pessoa lesada.

Esse caminho jurídico acima sugerido encontra amparo na teoria do *deep-pocket*([20]), que prescreve toda pessoa envolvida em atividades que ofereçam riscos substanciais aos consumidores de produtos e serviços, porém lucrativas, tem o dever de compensar os danos causados pelo lucro auferido, o que poderia ser direcionado para o criador da Inteligência Artificial (IA), ou para o fabricante de produtos dotados desta tecnologia.

Logo, quem se beneficia dos lucros da IA deve ser o garante dos riscos inerentes às suas atividades, podendo ser exigido dessas pessoas que auferem os ganhos a obrigação de garantir um seguro, razão pela qual a teoria do *deep-pocket* é também conhecida como responsabilidade civil pelo risco do desenvolvimento.

O art. 12 da Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais aplica a supracitada teoria

---

([19]) Price, W., *Nicholson Medical Malpractice and Black-Box Medicine* avaible on <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2910417>. Acesso 23.07.2020.

([20]) Cerka, Paulius; Grigien, Jurgita; Sirbikyt, Gintar. *Liability for damages caused by Artificial Intelligence*. Computer Law & Security Review, Elsevier, V. 31, n. 3, p. 385, jun., 2015. Disponível em: <https://is.muni.cz/el/1422/podzim2017/MV735K/um/ai/Cerka_Grigiene_Sirbikyte_Liability_for_Damages_caus ed_by_Al.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

ao validar o contrato formado entre um sistema automatizado de mensagens e uma pessoa natural ou pela interação de dois sistemas automatizados, aceitando a responsabilidade dos desenvolvedores pelos atos praticados pelos sistemas automatizados([21]).

Este cenário parece estar mais coerente com o princípio da isonomia material, protegendo os consumidores dos serviços médicos, indubitavelmente a parte mais fraca dessa relação jurídica, seja contratual ou extracontratual a responsabilidade civil em investigação.

O direito italiano e brasileiro, por exemplo, empresta ressonância a consideração do risco trazido pelas novas tecnologias, a ensejar a aplicação da sistemática da responsabilidade civil objetiva, tal como se constata da leitura do art. 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, assim como do art. 2.050 do Código Civil italiano, *verbis*:

> "Art.927. (…) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar danos, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
>
> Art. 2050. (Responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas). Quem causar dano a outras pessoas ao desempenhar uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é responsável pelo ressarcimento, se não provar ter tomado todas as medidas adequadas para evitar o dano".

Penso, entretanto, que o risco decorrente do uso da inteligência artificial deve ser ponderada caso a caso, de maneira a que exageros interpretativos no sentido de um risco ampliado genérico, não iniba investimentos preciosos das empresas em tecnologia pelo temor de pagamento de vultosas indenizações desproporcionais com o caso concreto, assim como, na hipótese de adoção do modelo de responsabilização subjetiva muito pesado aos médicos que utilizam a Inteligência Artificial, podem inibir a aceitação dos sistemas de suporte pela comunidade científica.

Deve ser levado em consideração que a inteligência artificial permite a redução dos custos financeiros relacionados aos cuidados de saúde e a otimização do tempo do profissional de saúde ao diagnosticar pacientes ou prescrever tratamentos, com grande impacto na economia mundial tendo em vista o crescimento da população e da expectativa média de vida, razão

---

([21]) "Artigo 12. Uso de sistemas automatizados de mensagens na formação de contratos — Um contrato formado pela interação entre um sistema automatizado de mensagens e uma pessoa natural, ou pela interação entre sistemas automatizados de mensagens, não deverá ser considerado inválido ou inexequível pelo simples fato de que nenhuma pessoa natural reviu ou interveio em cada uma das ações individuais efetuadas pelo sistema automatizado de mensagens ou o contrato resultante".

pela qual há um compreensível interesse tanto das empresas de tecnologia quanto de médicos e pacientes em se valer desses benefícios, o que inclui também a redução dos custos com erros de diagnósticos, exames médicos adicionais desnecessários, robôs que fazem cirurgia com precisão que humano não consegue pelo movimento de punhos limitados.

Ademais, a inteligência artificial, pela sua maior precisão, pode reduzir os custos relacionados à recomendação de tratamentos que poderiam ser evitados se um diagnóstico preciso tivesse sido feito em um estágio anterior da doença([22]).

João Paulo de Almeida Lenardon([23]) pondera que a elaboração de um regime de responsabilidade eficiente pressupõe um equilíbrio entre a proteção do consumidor e a rentabilidade industrial, vale dizer, o avançar da tecnologia deve ser estimulada sem comprometer a segurança do paciente.

Não é irrelevante ressaltar que, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) já consagra a responsabilidade civil objetiva pelo defeito nos produtos (como medicamentos e utensílios de saúde) ou serviços (médicos).

Entretanto, no direito brasileiro, a responsabilidade dos chamados profissionais liberais, como o médico, é subjetiva, muito embora possa ser enquadrada a relação médico paciente como uma relação consumerista, isto é, fundada no CDC, o que gera como consequência a inversão do ônus da prova, ou seja, o médico terá que provar que adotou todas as providências que estavam ao seu alcance para que o resultado danoso não ocorresse.

Sendo assim, configura-se a viabilidade jurídica, numa relação de consumo regida pelo CDC, a responsabilização de todos os fornecedores integrantes da cadeia de consumo pelos danos decorrentes de fato do produto ou do serviço — desde que comprovado o nexo causal e a efetiva ocorrência de dano material ou moral.

Observe-se que a aplicação do CDC possibilitaria, inclusive, a responsabilização dos desenvolvedores de softwares ou algoritmos, e não apenas parte final da cadeia de fornecedores, *ex vi* do preceituado nos arts. 12, 13 e 14 do referido diploma legal brasileiro.

([22]) Marr, Bernard, *The Amazing Ways How Artificial Intelligence And Machine Learning Is Used In Healthcare,* avaible on <https://www.forbes.com/sites/bernard-marr/2017/10/09/the-amazing-ways-how-artificial-intelligencenceand-machine-learn-ing-is-used-in-healthcare/#7leee5dc lc80> acesso em 20.07.2020.

([23]) Lenardon, João Paulo de Almeida. *The regulation of artificial intelligence,* avaible on <http://arno.uvt.nl/show.egi?fid=142832>.

A jurisprudência dos tribunais portugueses, ao decidir casos envolvendo a responsabilidade tanto de médico (pessoa singular), quando de pessoas coletivas (organizações de saúde como clínicas, hospitais, etc.) são seguros quanto ao dever destes de indenizarem([24]), à luz da responsabilidade subjetiva, pelos danos que os atos independentes do médico robô causarem aos seus pacientes.

Obviamente, a assertiva do parágrafo acima é sem prejuízo da responsabilidade objetiva do fabricante do médico robô por defeito do produto que impeça sua utilização. Outra hipótese ocorrente é o dano decorrente do uso inadequado do médico robô pelo usuário, inserindo dados falso ou enganosos sobre o problema a ser resolvido, quando a responsabilidade de indenizar recairá sobre o próprio usuário humano profissional da área de saúde.

Como nos ensina o Professor André Gonçalo Pereira([25]), a relação médico/paciente também encontra fundamento em outra relação extra negocial, lastreada nos direitos constitucionais fundamentais, como o direito a informação, a consentir e recusar o tratamento, o direito a um processo clínico e o acesso à informação de saúde e o direito a um tratamento adequado de acordo com a *leges artis*.

Nesse passo, sustenta André Pereira que a relação médico paciente não deveria ser observada a partir da mera responsabilidade civil profissional em geral, mas de uma responsabilidade com base na segurança do paciente, a gestão do risco e a *clinical governance*, adentrando numa institucionalização da responsabilidade, socialização do risco e de criação de alternativas de resolução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem, em suma as *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs), de que trataremos no item em seguir.

2.2. Dilemas jurídicos da judicialização da Saúde

Segundo o relatório "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil de demandas, causas e propostas de solução", elaborado no ano de 2018 pelo

---

([24]) STJ. 27.04.2004, revista n.688/04, 6.ª Secção, Rel. Afonso Correia; STJ. 20.06.2006, revista n. 1641/06, 6.ª Secção, Relator Afonso Correia; STJ 17.10.2006, Revista n.2196/06, 6.ª Secção, Rel. Sousa Leite; STJ. 11.07.2006, revista n. 1503/06, 6.ª Secção, Rel. Nuno Cameira; *in* <http://ww.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/O_Dano_Responsabilidade_Civil.pdf>, pp. 370-371.

([25]) Pereira, André Dias. *Direito dos pacientes e responsabilidade médica.* Revista Portuguesa do Dano Corporal, n. 27, dez., 2016. Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 26.

CNJ, houve um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde entre os anos de 2008 e 2017. Esse crescimento, conforme relatórios do "Justiça em Números" publicados no mesmo período, é muito superior aos 50% de crescimento do número total de processos de primeira instância.

Uma parte considerável das demandas por medicamentos — entre 25% e 30% do total de fármacos demandados judicialmente — diz respeito àqueles já previstos nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS), o que equivale a concluir que entre 70% e 75% dos medicamentos proclamados nas ações judiciais dizem respeito a medicamentos não padronizados pelo SUS.

Pela análise das fundamentações e relatórios, chegou-se à conclusão de que 13%, em média, das decisões versavam sobre pleitos coletivos, o que equivale afirmar que 87% da judicialização é atinente a pedidos feitos individualmente, sem ter em perspectiva as possibilidades coletivas ou dos administrados em geral.

Percentualmente, as maiores demandas encontradas nos acórdãos diziam respeito aos seguintes itens: produtos — insumos ou materiais, órteses, próteses e meios auxiliares —, medicamentos, exames, leitos e internações.

Sobre o nível socioeconômico dos demandantes, cerca de um quinto (20%) das demandas foram mobilizadas por pessoas em suposta situação de vulnerabilidade econômica, considerando-se a prevalência média das referências, nos acórdãos, às chaves de busca "representação pela defensoria pública ou advogado dativo", "justiça gratuita", "hipossuficiência" e "insuficiência de renda" , o que pode configurar em priorização de menos necessitados em desfavor dos mais necessitados da atuação estatal num cenário de escassez de recurso públicos.

Consoante lecionam os Professores Eduardo Antônio da Silva Figueiredo e André Gonçalo Pereira, a judicialização acarreta conflitos entre direitos econômicos, sociais e culturais([26]), na medida em que o art. 6.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que a saúde é um direito social, isto é, uma verdadeira norma programática que se presta ser um parâmetro para a atuação do legislador e do poder executivo responsável pela gestão da saúde pública.

([26]) Pereira, André Gonçalo; Figueiredo, Eduardo Antônio da Silva, *Diálogo(s) de Direitos Fundamentais no Direito* Biomédico, p. 103. Cadernos da Lex Medicine. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico. Vol. I. Centro de Direito Biomédico. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Sabemos que os direitos sociais, também inseridos na famosa segunda geração de direitos, está a exigir prestações positivas por parte do poder responsável pela gestão da saúde pública, qual seja, o Executivo que, por sua vez, deve observar as regras previstas na lei do orçamento aprovadas pelo Poder Legislativo.

Ocorre que o Poder Judiciário vem, por meio de decisões judiciais, como vimos a demonstrar, de forma crescente, determinando diretamente, muitas vezes sem ter por perspectiva o princípio da reserva do possível a que está sujeito o gestor da saúde, notadamente pelos parâmetros orçamentários e financeiros em vigor, a entrega de medicamentos, utensílios, determinações de colocação de pacientes em regime de *home care*, sabidamente caríssimo, em casos individualizados, sem ter a perspectiva o todo gerencial da saúde pública integrante do Sistema Único de Saúde (SUS).

A maior parte dos medicamentos e utensílios pedidos nas ações individuais levados a efeitos no Poder Judiciário brasileiro está a reclamar, como vimos, tratamentos médicos e medicamentos não fornecidos pelo SUS([27]), e tal como demonstrado no levantamento feito pelo CNJ somente 20% destes pedidos são feitos por pessoas comprovadamente pobres, o que abre a janela para que a judicialização da saúde represente, ao mesmo, uma elitização do acesso a saúde por fora das políticas públicas existentes no âmbito do Poder Executivo.

Figueiredo e Pereira([28]) apontam as críticas comumente feitas pela doutrina quanto aos efeitos negativos da judicialização da saúde, a saber:

> "(1) interfere, de forma negativa, no planeamento financeiro do Estado, colocando em causa os princípios da igualdade de atendimento e da universalidade do SUS; (2) as falhas estruturais do poder judiciário podem impedi-lo de conceber um adequado acesso à saúde; (3) o poder judicial interfere indevidamente nas políticas públicas, não possuindo os seus membros respaldo democrático; (4) a judicialização, ao estabelecer a responsabilidade solidária dos entes da federação nas ações de saúde, desorganiza o SUS; (5) o poder judicial pode ser usado para atender interesses de mercado e não anseios sociais;(6) o judiciário desconsidera, nas suas decisões, o já mencionado princípio da reserva do possível e o valor primordial da sustentabilidade; (7) ideia errônea de que o direito à saúde é um direito absoluto, que deve sempre prevalecer sobre outros bens jus-constitucionais de relevo como habitação, educação, trabalho, ou seja, representa um ativismo judicial seletivo, ignorando a inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais; (8) não busca a concordância prática de valores em conflito, mas apenas a efetivação individual de um direito fundamental à custa da aniquilação e desconsideração de outros valores jus-constitucionais de relevo".

([27]) Pepe, Vera. *A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica, in* Ciências & Saúde Coletiva, n.º 15, Vol. 5, 2010, p. 2407.

([28]) Pereira, André Gonçalo; Figueiredo, Eduardo Antônio da Silva, *ob. cit.*, pp. 104-105.

Nos calibrados ensinamentos de Canotilho([29]), "só será sustentável quando os encargos sobre as gerações futuras corresponderem iguais vantagens para estas gerações.

Sendo assim, frente à crescente judicialização da saúde, diversas iniciativas surgiram a fim de amenizar este problema. Alguns exemplos são a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde, criado em 2013 no Distrito Federal, e o SUS MEDIADO, do Rio Grande do Norte, criado em 2012, ambos com o intuito de buscar soluções que minimizem a judicialização. De modo similar, também foi estipulado um protocolo pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, onde primeiro se busca uma solução direta com as secretarias de saúde. Não havendo uma solução prévia, só então há a judicialização da demanda.

De outro lado, à luz das regras de execução orçamentária dos poderes públicos, somado ao princípio da reserva do possível, pode-se concluir que não há provisão financeira para aquisição de medicamentos não padronizados, por muitas vezes serem mais caros em comparação com os das listagens oficiais do SUS, que lastrearam a lei do orçamento anual, medicamentos estes comumente prescritos por médicos particulares dos autores das ações.

Nesse contexto, portanto, quando milhões de decisões judiciais determinam a entrega compulsória de medicamentos mais caros que aqueles que lastrearam a programação orçamentária estatal sem prévio procedimento licitatório a viabilizar compras em massa com menor preço, estaria o magistrado a ofender o princípio constitucional da Separação de Poderes, ordenando despesa do orçamento do Poder Executivo sem lastro financeiro, ao determinar liminarmente a entrega forçada de medicamentos fora das listagens oficiais do SUS?

Seria uma interferência indevida numa política pública de saúde, ou mesmo na organização do serviço de saúde, eis que a lógica do gasto público passaria a ser as determinações judiciais, e não os critérios das autoridades de saúde do Poder Executivo à luz do orçamento em vigor?

Portanto, relevante se torna encontrar ou sugerir respostas a todos esses dilemas jurídicos referentes ao sensível tema da judicialização da saúde. Nesse sentido, cremos que as novas tecnologias do mundo pós-moderno abre espaço para o surgimento do que vem sendo chamado de *lawtechs*, empresas de tecnologia, via de regras com características de *startup*, que oferecem seus serviços a escritórios de advocacia, usuários de

---

([29]) Canotilho, J.J.Gomes, *Sustentabilidade — Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática, in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 88, 2012, p. 6.

serviços jurídicos, operadores do direito em geral, incluindo órgãos do Poder Judiciário.

Por meio da Resolução CNJ n.º 125/2010, consagrou-se a mediação digital no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi posteriormente ratificado pela lei de mediação e pelo código de processo civil. Na referida resolução, implementou-se um sistema de mediação e conciliação digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos, tudo podendo ser acessado pelo próprio *site* do Conselho Nacional de Justiça, inclusive podendo redundar em acordos de forma virtual.

O imenso acervo de saúde que assola o Poder Judiciário brasileiro, como vemos, poderia ser prevenido com ferramentas oficiais como a mediação digital oferecida pelo CNJ, na qual é possível, à luz do princípio da consensualidade, aproximar as partes, facilitando o diálogo e reconstruindo relações entre médicos, pacientes e autoridades públicas de saúde, de forma mais célere e barata, sem vilipendiar as regras orçamentárias e a capacidade financeira do estado dentro do princípio jurídico da reserva do possível e da sustentabilidade fiscal do Estado.

Determinadas plataformas digitais são especializadas em *On line Dispute Resolutions* (ODRs) ligadas ao direito de consumidor, sendo que a relação médico paciente, planos de saúde, serviços prestados pelo SUS, podem ser configurados na lógica consumerista, são capazes de julgar 60 milhões de conflitos por ano([30]), conforme ocorrido no ano de 2010, o que representou mais que o julgado pelo sistema de justiça norte americano, e mais que o dobro do sistema brasileiro([31]).

O Ministério da Justiça da Inglaterra e do País de Gales, em 2002, criou o programa *Money Claim On-line*([32]), que viabiliza ajuizamento de ações de cobrança, tendo como limite 100 mil libras, por meio do respectivo sítio eletrônico, o que gera a resolução de 60 mil casos por ano([33]).

Não sem razão, em 2008, a União Europeia editou a Diretiva 52/CE, que estabelece a obrigatoriedade da utilização de mediação em determina-

---

([30]) Fernandes, R., *E-negotiation, E-mediation, and the expansion of online dispute resolution in Brazil, in*: Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho; Costa, Henrique Araújo; Carvalho, Angelo Gamba Prata de (Coord.) *Tecnologia Jurídica e direito digital:* I Congresso International de Direito e Tecnologia, 2018, Belo Horizonte: Forum, 2018, pp. 97-123.

([31]) Brasil, Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em números.* Brasília: CNJ, 2011, p. 176.

([32]) Becker, Daniel; Lameirão, Pedro. *On-Line Dispute Resolution (ODR) e a ruptura no ecossistema da resolução de disputas,* 2017. Disponível em <https://www.ab21.org.br/online-dispute-resolution-odr-e-ruptura-no- ecossistema-da-resolucao-de-disputas/>. Acesso em 04/04/2019.

([33]) Susskind, Richard, *Tomorrow's Lawyers: na introduction to your future.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 102.

dos conflitos transfronteiriços, bem como estimula seu manejo interno, pelos Estados-Membros ao prescrever que "A presente diretiva não deverá obstar de modo algum à utilização das modernas tecnologias da comunicação no processo de mediação".

No ano seguinte, e na mesma direção, entrou em vigência a Diretiva 2009/ 22/EC, que regula a utilização de outra plataforma ODR para a resolução de conflitos transfronteiriços consumeristas.

Nessa esteira, várias outras nações decidiram efetivar as ODRs, como o Canadá (conflitos de menor complexidade), Alemanha (processos de divórcio e separação) e Índia (mediação consumerista)([34]). O Brasil, por sua vez, por meio do Código de Processo Civil (art. 334, §7.º), prescreve que "a audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico", sendo certo que temos a Lei 13.140/2015, que regula o procedimento de mediação brasileiro, cujo art. 46 preceitua no sentido de que "a mediação poderá ser feita pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo".

Dentre as vantagens das ODRs, poderíamos listar:

a) redução substancial do tempo de duração do processo;

b) benefício econômico, uma vez que estimativas dão conta de que, no ano de 2016, empresas gastaram R$157,38 bilhões de reais com processos no brasil, um aumento de 10,48% em relação ao ano de 2015, sendo que a média anual de processos por empresa é de 6,57, atingindo o patamar de 152 em relação as grandes empresas; um gasto médio, por processo, da ordem de R$94 mil reais([35]);

c) planejamento, organização, otimização e eficiência oportunizados pela utilização de *big data*, com consequente aumento da capacidade de analisar, interagir e guardar informações de diferentes demandas;

d) capacidade de traçar padrões e catálogos, gerando enorme economia de tempo e trabalho aos operadores do direito em geral, notadamente aos advogados.

A inteligência artificial é uma dessas novas tecnologias que podem ser otimizadas em prol de busca de solução para a temática da judicializa-

---

([34]) Rule, C., *Technology and the future of dispute resolution*. Dispute Resolution Magazine, V. I, 2015.

([35]) Amaral, G., *Custo das empresas para litigar judicialmente.* Amaral, Yazbek Advogados. Curitiba, 2016.

ção da saúde. O Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do judiciário brasileiro, faz uso do *software* chamado Victor, que faz a leitura de todos os recursos extraordinários, de modo a identificar quais destes recursos estão vinculados a temas de repercussão geral, tal como os que envolvem a judicialização da saúde.

A Comissão Europeia, em 2018, instituiu um grupo de peritos de alto gabarito em inteligência artificial, do que redundou, em abril de 2019, as diretrizes éticas para a inteligência artificial confiável, tudo com o objetivo de estimular referências de segurança nos sistemas de inteligência artificial([36]).

Os sistemas de inteligência artificial operam nos modelos de *machine learning*([37]) (os robôs adquirem aprendizado através de suas próprias experiências), ou *deep learning*([38]) (lastreados em redes neurais parecidas com o funcionamento do cérebro humano, e que retratam os robôs em evoluções tecnológicas mais avançadas), sendo recomendáveis sua utilização para poder auxiliar os magistrados no melhor entendimento do cenário de saúde pública antes da prolação de decisões 'cegas' em demandas judiciais individuais.

3. Conclusão

No atual estágio dos estudos da responsabilidade civil decorrente dos danos causados pelos médicos robôs mais sofistificados e que, portanto, agem autonomamente, deve merecer prestígio a teoria do *deep pocket*, ou risco do desenvolvimento, responsabilizando toda cadeia de pessoas singulares ou colectivas envolvidas no uso lucrativo da IA, baseado no risco que as atividades decorrentes das novas tecnologias representam, e exigindo a contratação de seguro obrigatório;

A aferição do risco propalado no parágrafo acima deve ser mensurado à luz das circunstâncias do caso concreto, evitando-se exageros que possam inibir investimentos em IA, ou desincentivar que profissionais de saúde, de antemão, tenham medo de fazer uso dos médicos robôs pelo medo de pagar vultosas e desproporcionais indenizações;

([36]) European Comission, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI).* Disponível em: <https://ec.europa,eu/futurlum/en/al-allance-consultation>, acesso em: 29 abr., 2019.

([37]) Matthias, Andreas, *The responsability gap: ascribing responsibility for the actions of learning automata.* Ethics and Information Technology, V. 6, Issue 3, set., 2004, *item* 2.

([38]) Pires, Thatiane Cristina Fontão; Silva, Rafael Peteffi da, *A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu.* Revista Brasileira de Políticas Públicas, V. 7, n. 3, dez., 2017, p. 242.

Deve buscar-se o equilíbrio entre as vantagens abertas pelas novas tecnologias no ambiente do médico-robô e a empatia do atendimento humano, de modo que são aspectos conciliáveis à luz dos direitos humanos fundamentais, protegendo-se a segurança do paciente, promovendo a gestão do risco e a governança clínica;

A judicialização da saúde é fenômeno revelador de crise no princípio da Separação de Poderes, com o Poder Judiciário ultrapassando sua esfera de competência constitucional, inclusive com decisões judiciais individualmente prolatadas que alteram a execução orçamentária ao arrepio da lei aprovada pelo Poder Legislativo composto por membros eleitos pela população;

Determinações judiciais que condenem o gestor público a entrega de medicamentos e utensílios, de forma individualizada, fora das políticas de saúde em vigor e da Lei Orçamentária Anual, redundam na desconsideração do princípio jurídico da reserva do possível e da sustentabilidade fiscal do Poder Executivo, contribuindo decisivamente para o endividamento público;

O Poder Judiciário deve concentrar-se nas demandas coletivas de saúde, com o foco em suprir inação dos Poderes Executivo e Legislativo, sempre observando os princípios da reserva do possível, da consensualidade, da desjudicialização e da sustentabilidade do Estado;

Na aplicação do princípio da consensualidade, há de valorizar-se as ADRs, notadamente a mediação realizada em plataforma digitais, as denominadas *On line Dispute Resolutions* (ODRs), pela sua maior capacidade de, com celeridade, conservar e/ou restaurar relações jurídicas entre administrados, estado-juiz, estado-administração e estado-legislador.

4. Bibliografia citada

Amaral, G., *Custo das empresas para litigar judicialmente.* Amaral, Yazbek Advogados. Curitiba, 2016.

Becker, Daniel; Lameirão, Pedro, *On-Line Dispute Resolution (ODR) e a ruptura no ecossistema da resolução de disputas,* 2017. Disponível em <https://www.ab21.org.br/online-dispute-resolution-odr-e-ruptura-no-ecossistema-da-resolucao-de-disputas/>. Acesso em 04/04/2019.

Brasil, Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em números.* Brasília: CNJ, 2011.

Canotilho, J.J.Gomes, *Sustentabilidade — Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática, in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 88, 2012.

Cerka, Paulius; Grigien, Jurgita; Sirbikyt, Gintar, *Liability for damages caused by Artificial Intelligence*. Computer Law & Security Review, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 385, jun., 2015. Disponível em: <https://is.muni.cz/el/1422/podzim2017/MV735K/um/ai/Cerka_Grigiene_Sirbikyte_Liability_f or_Damages_caused_by_Al.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

Código de Hamurabi, datado de 1790-1770 a. C. Disponível em: <http://historiablog.files.wordpress.com/2013/02/cc3b3dogp-de-hamurab.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

Costanza, Maria, *Impresa robotizzata e responsabilità. In:* Ruffolo, Ugo (Org.). *Intelligenza artificiale e responsabilità.* Milano: Gluffrè, 2017.

Estratégias nacionais de inteligência artificial. *Lawgorithm*, 12 set. 2019. Disponível em: <https://www.lawgorithm.com.br/estrategias-ia/>. Acesso em: 22 set. 2019.

European Union

<http://www.europarl.euro-pa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017- 0051+0+DOC+XML+V0//PT>.

<http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html?redirect>.

Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI). Disponível em: <https://ec.europa,eu/futurlum/en/al-allance-consultation>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Fernandes, R., *E-negotiation, E-mediation, and the expansion of online dispute resolution in Brazil. In*: Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho; Costa, Henrique Araújo; Carvalho, Angelo Gamba Prata de (Coord.) *Tecnologia Jurídica e direito digital:* I Congresso International de Direito e Tecnologia, 2018. Belo Horizonte: Forum, 2018.

Lenardon, João Paulo de Almeida, *The regulation of artificial intelligence available on* <http://arno.uvt.nl/show.egi?fid=142832>.

Leonhardt, Gerd, *Tecnologia versus Humanidade — o confronto futuro entre a Máquina e o Homem*, Gradiva, 2019.

Lewis, Charles J., *Medical Negligence: a pratical guide,* third edition, Tolley, 1995.

Machado, Lécio Silva, *Médico Robô: Responsabilidade Civil por danos praticados por atos autônomos de sistemas informáticos dotados de inteligência artificial.* Lex Medici-

nae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 16, n.º 31-32-2019. Publicação Semestral, Centro de Direito Biomédico. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Marr, Bernard, *The Amazing Ways How Artificial Intelligence And Machine Learning Is Used In Healthcare,* avaible on <https://www. forbes.com/sites/bernard-marr/2017/10/09/the-amazing-ways-how-artificial-intel ligencenceand-machine-learn-ing-is-used-in-healthcare/#7leee5dclc80> acesso em 20.07.2020.

Matthias, Andreas, *The responsability gap: ascribing responsibility for the actions of learning automata.* Ethics and Information Technology, V. 6, Issue 3, set. 2004, *item* 2.

Pepe, Vera. *A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica, in* Ciências & Saúde Coletiva, n.º 15, Vol. 5, 2010.

Pereira, André Gonçalo; Figueiredo, Eduardo Antônio da Silva, *Diálogo(s) de Direitos Fundamentais no Direito* Biomédico. Cadernos da Lex Medicine. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico. Vol. I. Centro de Direito Biomédico. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Pereira, André Dias, *Direito dos pacientes e responsabilidade médica.* Revista Portuguesa do Dano Corporal, n. 27, dez. 2016. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Pereira, André Gonçalo Dias. *O Médico-Robô e os desafios para o direito da saúde: entre o algoritmo e a empatia*. PT-MATHS-IN.

Pires, Thatiane Cristina Fontão; Silva, Rafael Peteffi da, *A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu.* Revista Brasileira de Políticas Públicas, V. 7, n. 3, dez., 2017.

Price, W., *Nicholson Medical Malpractice and Black-Box Medicine* avaible on <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2910417>. Acesso 23.07.2020.

Reis, Marta F., *Em dez anos vai haver mais robôs dos médicos nos hospitais? JornalI. In* <https://ionline.sapo.pt/533822>. 2016.

Ruffolo, Ugo, *Per i fondamenti de um diritto dela robótica self-learning: dalla machinery produtiva all´ auto driverless: verso uma 'responsabilità da algoritmo'? In* Ruffolo, Ugo (Org.) Intelligenza artificiale e responsabilità. Milano: Giuffrè, 2017.

____, *Self-driving car, auto driveriess e responsabilità. In:* Ruffolo, Ugo (Org.). *Intelligenza artificiale e responsabilità.* Milano: Gluffrè, 2017.

Rule, C., *Technology and the future of dispute resolution*. Dispute Resolution Magazine, V. I, 2015.

Santos, Heloísa; Pereira, André, *Genética para Todos — de Mendel à Revolução Genômica do Século XXI- a prática, a ética, as leis e a sociedade,* Lisboa, Gradiva, 2019.

STJ. 27.04.2004, revista n. 688/04, 6.ª Secção, Rel. Afonso Correia; STJ. 20.06.2006, revista n. 1641/06, 6.ª Secção, Relator Afonso Correia; STJ 17.10.2006, revista n. 2196/06, 6.ª Secção, Rel. Sousa Leite; STJ. 11.07.2006, revista n. 1503/06, 6.ª Secção, Rel. Nuno Cameira; *in* <http://ww.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/O_Dano_Responsabilidade_Civil.pdf>.

Susskind, Richard. *Tomorrow's Lawyers: na introduction to your future.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

OS "GOVERNOS DE GESTÃO": CONCEITO, ORIGEM E LIMITES(*)

Pelo Prof. Doutor Marco Caldeira(**)

Sumário:

I. Introdução. II. Delimitação do conceito e figuras afins. III. Origem da figura. IV. Consagração constitucional. V. O regime dos "Governos de gestão". V.1. A génese histórica da fórmula constitucional: "prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos". **V.2.** A densificação feita pela doutrina e pela jurisprudência. **V.3.** O controlo da actividade dos "Governos de gestão". **V.4.** Nota final: a situação dos Governos sem programa apreciado face aos Governos já demitidos.

I. Introdução

1. Nos termos do art. 186.º, n.º 5 da Constituição, "*[a]ntes da apreciação do seu programa pela Assembleia da República, ou após a sua demissão, o Governo limitar-se-á à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*". Este preceito constitucional — que, aliás, é depois replicado, para os ordenamentos jurídicos regionais, para cada uma das Regiões Autónomas([1]) — consagra

---

(*) O presente texto recupera, com adaptações, a análise levada a cabo num dos capítulos da nossa dissertação de doutoramento (*O programa do Governo no sistema político-constitucional Português*, 2022), inédita, tendo-se entendido que a importância da matéria e o desenvolvimento dado ao seu tratamento justificariam a sua publicação em artigo autónomo.

(**) Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do *Lisbon Public Law Research Centre* (LPL) | Centro de Investigação de Direito Público.

([1]) Com efeito, dispõe o art. 234.º, n.º 2 da Constituição que "*[a] dissolução da Assembleia Legislativa da região autónoma acarreta a demissão do Governo Regional, que fica limitado à prática*

assim a figura dos denominados *Governos de gestão*, que, como resulta do enunciado transcrito, abrange (e impõe uma *capitis deminutio* sobre) os Governos que se encontrem numa de duas situações:

(*i*) O respectivo programa ainda não tenha sido apreciado pela Assembleia da República; ou

(*ii*) Já tenham sido demitidos.

O presente texto visa assim analisar o regime constitucional dos "Governos de gestão", distinguindo-os de figuras afins, recuperando a sua génese histórica e procurando dilucidar a *ratio* e o alcance das limitações que são impostas pela Lei Fundamental à actuação destes Executivos.

II. Delimitação do conceito e figuras afins

2. Em primeiro lugar, e para que não se suscitem dúvidas, importa desde logo delimitar os contornos da figura sob estudo: como resulta do disposto no art. 186.º, n.º 5 da Constituição, só são Governos ditos "de gestão" aqueles que se encontrem numa de duas circunstâncias: os Governos já nomeados, mas que ainda não viram o seu programa apreciado pela Assembleia da República (reportando-se, portanto, ao período de 10 dias

---

dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos, até à tomada de posse do novo governo após a realização de eleições". Esta fórmula é depois reiterada em cada um dos Estatutos Político-Administrativos das Regiões. Assim, o art. 63.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira estabelece que, "*[a]ntes da aprovação do seu Programa pela Assembleia Legislativa Regional, ou após a sua demissão, o Governo Regional limitar-se-á à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos da Região*". Por seu turno, o art. 81.º, n.º 6 do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, numa formulação quase idêntica, prevê que, "*[a]ntes da aprovação do seu programa pela Assembleia Legislativa ou após a sua demissão, o Governo Regional limita-se à prática dos actos estritamente necessários a assegurar a gestão corrente dos negócios públicos*". De todo o modo, mesmo que os Estatutos Político-Administrativos fossem omissos nesta matéria, sempre deveria considerar-se aplicável às Regiões Autónomas, por analogia, a solução prevista no art. 186.º, n.º 5 da Constituição: cf., neste sentido, Rui Medeiros, "Artigo 231.º", *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, 2.ª ed. revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, p. 353. Para maiores desenvolvimentos sobre as competências "de gestão" dos Governos Regionais — que é necessariamente mais limitada do que a dos Governos nacionais, por aqueles (ao contrário destes) não disporem de competência legislativa —, cf., do mesmo Autor, "Artigo 234.º", *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, 2.ª ed. revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 377 e 378, bem como Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 710.

entre a nomeação do Primeiro-Ministro, nos termos do art. 187.º, n.º 1 da Constituição, e a apreciação do programa do Governo, nos termos do art. 192.º, n.º 1 da Constituição), e os Governos demitidos (ou seja, aqueles relativamente aos quais se verificou uma das circunstâncias previstas nos n.os 1 e 2 do art. 195.º da Constituição). Só estes Executivos se integram na previsão do art. 186.º, n.º 5 da Constituição e, por conseguinte, só estes vêem a sua capacidade limitada "*à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*".

Isto significa, por exclusão de partes, que nenhum outro Governo, que não se encontre nestas circunstâncias, está sujeito à *capitis deminutio* imposta por aquela norma constitucional: em especial, para o que aqui importa, não são "Governos de gestão", nem os Governos "intercalares", nem os Governos ditos demissionários, nem os Governos após ter sido dissolvida a Assembleia da República.

Quanto aos Governos "intercalares", diga-se que "*este tipo de governos dotados de um mandato limitado no tempo — ou de uma missão politicamente limitada —*" não se encontra juridicamente ferido de qualquer *capitis deminutio*, não existindo fundamento constitucional para os reconduzir ao conceito de "Governo de gestão"(2).

Quanto aos Governos demissionários — por exemplo, um Governo cujo Primeiro-Ministro tivesse declarado publicamente ir apresentar o seu pedido de demissão ao Presidente da República, sem ainda o ter formalizado(3) —, apesar da posição assumida por alguma da mais autorizada doutrina(4), afigura-se não existir fundamento suficiente para os reconduzir a "Governos de gestão"(5): sem prejuízo da maior fragilização política

---

(2) Neste sentido, cf. Diogo Freitas do Amaral, *Governos de Gestão*, 2.ª ed. revista e actualizada, Principia, Cascais, 2002, p. 14, bem como Paulo Otero, *Direito Administrativo — Relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1998, p. 10.

(3) Sobre este último exemplo e a sua recondução ao conceito de "Governo demissionário", enquanto um Governo "*politicamente enfraquecido*", embora não "de gestão" e sem qualquer diminuição jurídica da sua capacidade, cf. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 405 e 406.

(4) No sentido de que os Governos *demissionários* (mas ainda não efectivamente demitidos) devem considerar-se "Governos de gestão", cf. Diogo Freitas do Amaral, *Governos de Gestão*, *cit.*, pp. 13 e 14.

(5) Neste sentido, negando que um Governo demissionário seja um "Governo de gestão", cf. Paulo Otero, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 348, nota 132; *idem*, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, *cit.*, p. 405, bem como Jaime Valle, *A participação do Governo no exercício da função legislativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 85, nota 251, e José de Melo Alexandrino, *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, 3.ª ed. (2.ª reimpressão), AAFDL Editora, Lisboa, 2023, p. 174.

em que se encontrem, os Governos demissionários não são, ainda (e, porventura, poderão até nunca vir a sê-lo), Governos efectivamente demitidos, não estabelecendo a Constituição qualquer limitação jurídica a Governos já em plenitude de funções e que ainda não foram objecto de demissão.

Do mesmo modo, também os Governos não demitidos, num cenário de dissolução da Assembleia da República, não podem ser considerados "Governos de gestão". Como se sabe, a questão só se coloca porque, ao contrário do que sucede no sistema de governo das Regiões Autónomas(6), a dissolução do órgão parlamentar não implica necessariamente a demissão do órgão Executivo(7); mas compreende-se, naturalmente, a tentação de equiparar as situações, pelo óbvio desconforto que implica ter um Governo em plenas funções quando o Parlamento está dissolvido, sabendo-se que, por um lado, o Governo emana e depende do Parlamento e que, por outro, este é a principal instância de controlo daquele. Neste sentido, não surpreendem as propostas, no foro parlamentar(8) e doutrinário(9), que já têm sido feitas para alterar o art. 195.º da Constituição e aditar a dissolução da Assembleia da República como causa de demissão do Governo (a exemplo do que sucede no sistema de governo das Regiões Autónomas), ou, pelo menos, para limitar juridicamente a actuação do Executivo que se encontre nestas circunstâncias (perante um Parlamento dissolvido).

---

(6) Cf. art. 234.º, n.º 2 da Constituição.

(7) Bastando confrontar as diversas alíneas do art. 195.º, n.º 1 da Constituição para se constatar que a dissolução da Assembleia da República não se encontra entre as causas que, nos termos daquele preceito, determinam a demissão do Governo.

(8) Com efeito, na revisão constitucional de 1997, o Partido Socialista propôs que a *capitis deminutio* prevista no (actual) art. 186.º, n.º 5 da Constituição passasse a incidir também sobre os Governos nas situações de dissolução da Assembleia da República e após a realização das eleições legislativas [cf. Projecto de Revisão Constitucional n.º 3/VII, publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 27, de 7 de Março de 1996, pp. 484-(10) a 484-(28), *maxime* p. 484-(23)]: a lógica desta alteração, segundo os seus proponentes, era a de que, dependendo o Governo "*de uma concreta Assembleia*", qualquer uma daquelas vicissitudes "*deve acarretar consequências sobre a capacidade do governo para manter uma plenitude de poderes*": cf. Deputado Almeida Santos, *in Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 48, de 6 de Novembro de 1996, p. 1491. A proposta, porém, não seria aprovada. Mais de uma década mais tarde, seria o Partido Social-Democrata ("PSD") a propor a mesma solução: cf. o Projecto de Revisão Constitucional n.º 1/XI, intitulado "Uma Constituição para o Século XXI", disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456b76644756346447397a4c334279597a457457456b755a47396a&fich=prc1-XI.doc&Inline=true)>. O processo de revisão constitucional não teria seguimento, por força da dissolução da Assembleia da República, em 2011.

(9) Cf. Jorge Miranda, *Aperfeiçoar a Constituição*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 114.

Não obstante, com todo o respeito por quem defende uma resposta afirmativa, *de iure condendo*([10]), parece-nos que, *de iure condito*, tal posição não encontra suficiente respaldo na Lei Fundamental.

De facto, por um lado, a dissolução da Assembleia da República não surge na Constituição como uma causa de demissão do Governo (cujo elenco deve ter-se por taxativo)([11]); por outro lado, nem sequer é seguro que tal ausência corresponda a qualquer lacuna, podendo bem entender-se que o legislador constituinte não quis que ambos os órgãos (Parlamento e Executivo) se encontrassem diminuídos durante o mesmo período temporal pré-eleições([12]), isto sabendo-se que, mesmo não se encontrando demitido, um Governo sofre sempre limitações na sua actuação quando a Assembleia da República está dissolvida, especialmente porque, nesses casos, não pode beneficiar de autorizações legislativas para legislar nas matérias de reserva relativa de competência legislativa parlamentar (art. 165.º da Constituição). Ou seja, pela nossa parte, concordamos com os Autores que entendem não existir "*qualquer razão para impor limites jurídicos à competência de um órgão constitucional em fim de mandato, nem tal está previsto na Lei Fundamental. Salvo as excepções expressamente previstas na CRP, os órgãos exercem plenamente as suas competências desde o primeiro ao último dia do seu mandato*"([13]).

([10]) Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, p. 15, bem como Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL Editora, Lisboa, 1999, p. 448.

([11]) Neste sentido, cf. Gomes Canotilho, "Governo", *in* AA.VV., *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Lisboa, 1993, p. 30.

([12]) A isto pode, no entanto, contrapor-se, com Jorge Miranda, que "*[a] Assembleia dissolvida mantém a plenitude dos seus poderes, prontos a serem exercidos quando as circunstâncias o exijam*": cf. "Artigo 186.º", *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 656.

([13]) Seguimos António Duarte Silva e Miguel Lobo Antunes, "Sobre os Governos de gestão", *in* AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Cardoso da Costa*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 977. Em sentido coincidente quanto à não demissão do Governo nestes casos (sem prejuízo de visões diferentes quanto à existência, ou não, de limites à actuação governamental), cf. Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, p. 14, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição…*, Vol. II, *cit.*, pp. 372 e 461, Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, *cit.*, p. 406, Carlos Blanco de Morais, *O Sistema Político no contexto da erosão da democracia representativa*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 728, *idem*, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I (*Lei e Sistema Normativo*), Almedina, Coimbra, 2022, p. 369, Paulo Rangel, "O modelo e a experiência semipresidencial na Constituição de 1976", *in* AA.VV., *Direito Constitucional — Diálogos em Homenagem ao 80.º Aniversário de J. J. Gomes Canotilho* (Ana Cláudia Nascimento Gomes, Bruno Albergaria e Mariana Rodrigues Canotilho), Editora Fórum, Lda., Belo Horizonte, 2021, pp. 434 (nota 193, que continua na página seguinte) e 459, bem como Luís Barbosa Rodrigues, *Manual de Direito Constitucional*, Quid Juris, 2023, Lisboa, p. 229.

Além de tudo isto — que, a nosso ver, já seria determinante para a resposta negativa —, parece-nos que o argumento final e decisivo reside no facto de o art. 195.º, n.º 1, alínea *a*) da Constituição prever que o Governo (só) é demitido quando do início da legislatura. Como se sabe, sempre que a Assembleia da República é dissolvida, tem necessariamente de haver lugar a eleições, no prazo máximo de 60 dias(14); e o legislador constituinte, sabendo disso, deliberadamente, não previu que o Governo fosse demitido no momento em que a "antiga" Assembleia da República fosse dissolvida, mas apenas no momento em que a "nova" Assembleia entrasse em funções(15). Ora, se é assim, não se vê como pode defender-se que o Governo seria alegadamente demitido no momento da dissolução e, depois, quando realizadas as eleições, apurados os resultados, distribuídos os 230 mandatos parlamentares pelos diferentes partidos políticos e empossados os Deputados eleitos, o mesmo Governo (que já teria sido demitido antes, quando da dissolução) voltaria agora a ser novamente demitido, por força do início da legislatura. A solução consagrada na alínea *a*) do n.º 1 do art. 195.º da Constituição, ainda que tenha nascido a partir de uma *occasio legis* muito particular — a não demissão do VI Governo Constitucional após as eleições legislativas de 5 de Outubro de 1980(16) —, teve também a consequência de esclarecer este ponto, já que a norma em causa pressupõe necessariamente (e só faz sentido neste pressuposto) que o Governo não é demitido e permanece em plenas funções mesmo após a dissolução da Assembleia da República, já que a previsão da demissão do

---

(14) Cuja data, aliás, tem de ser marcada simultaneamente com a dissolução, sob pena de inexistência jurídica deste acto: cf. o art. 113.º, n.º 6 da Constituição. *Vide* ainda o art. 19.º, n.º 1 da Lei Eleitoral para a Assembleia da República, aprovada pela Lei n.º 14/79, de 16 de Maio.

(15) Cf., a este respeito, Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, p. 15, António Nadais, António Vitorino e Vitalino Canas, *Constituição da República Portuguesa: Texto e comentários à Lei n.º 1/82*, AAFDL Editora, Lisboa, 1983, p. 231, bem como Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, *cit.*, p. 406. É esta, também, a posição perfilhada pela nossa jurisprudência constitucional, entendendo os juízes do Palácio *Ratton* que o entendimento segundo o qual a dissolução da Assembleia da República determinaria a demissão do Governo "*parece contrariar o que se encontra expressamente determinado nos referidos arts. 189.º, n.º 5, e 198.º, n.º 1, alínea a*)*, da Constituição, porquanto na primeira daquelas disposições se enunciam os casos em que os governos se encontram com os poderes materialmente limitados — designadamente os governos demitidos — e a segunda das disposições em apreço, ao determinar que o início da nova legislatura implica a demissão do Governo, é incompatível com a ideia de que a dissolução da Assembleia determina a demissão automática do Executivo*": cf. o Acórdão n.º 50/88, de 3 de Março de 1988, processo n.º 265/86 (disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, como, de resto, sucede com todas as demais decisões do Tribunal Constitucional a que se faz referência no texto, salvo indicação em contrário).

(16) Cf. o nosso texto "A manutenção em funções do VI Governo Constitucional após as eleições legislativas de 1980: uma querela constitucional histórica", em vias de publicação nos *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Duarte Nogueira*.

Executivo em virtude do início de uma nova legislatura apenas pode aplicar-se a Governos que se encontrem em plenitude de funções, não podendo presumir-se que o legislador constituinte previu esta causa de demissão para Governos que, *nos termos da Constituição*([17]), já devessem considerar-se demitidos, o que seria redundante. Sobretudo tendo em conta que tanto o regime dos "Governos de gestão" como o início da nova legislatura como causa de demissão do Governo foram novidades introduzidas na Lei Fundamental através da revisão constitucional de 1982, afigura-se implausível que estejamos aqui perante qualquer lapso, "esquecimento" ou lacuna: o legislador constituinte deliberadamente não quis que o Governo fosse demitido por mero efeito da dissolução parlamentar, sendo apenas o início da legislatura que marca, então sim, o momento da sua demissão.

O que fica dito acima não significa que a actuação de um Governo nessas condições, sendo *juridicamente* livre, por um lado, não sofra quaisquer condicionamentos *jurídicos* e que, por outro lado, deva ter-se por *politicamente* irrestrita — naturalmente que assim não é.

No que toca aos condicionamentos *jurídicos*, mesmo concordando-se que o Governo não é demitido através da dissolução da Assembleia da República, diversos Autores entendem que o Executivo deve, em qualquer caso, limitar-se aos actos estritamente necessários à condução dos negócios públicos, seja por aplicação analógica do art. 186.º, n.º 5 da Constituição([18]), seja porque, em qualquer caso, com a

---

([17]) Diz-se *nos termos da Constituição* porque, naturalmente, pode suceder que um Governo seja demitido no período após a dissolução da Assembleia da República e antes do início da nova legislatura, seja por acto de vontade [*v.g.*, demissão do Primeiro-Ministro e, consequentemente, do Governo, como sucedeu com o XVI Governo Constitucional (Santana Lopes) em Dezembro de 2004 — no que, aliás, alguma doutrina entende ser um dever do Executivo, que deve pedir a sua demissão quando o Parlamento é dissolvido (cf. Isaltino Morais, José Mário Ferreira de Almeida e Ricardo Leite Pinto, *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada — 1.ª revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1983, p. 388)], seja por um motivo externo e não dependente da vontade do Governo (*maxime*, o falecimento ou impedimento físico duradouro do Primeiro-Ministro). Em qualquer um destes casos, e a menos que o Presidente da República ainda nomeie um novo Governo antes do início da legislatura, é evidente que tal início não produzirá a demissão do Governo, que já foi anteriormente demitido. Contudo, nada disso invalida o que se deixou dito no texto: a alínea *a*) do n.º 1 do art. 195.º da Constituição não visa (nem poderia!) impedir que ocorra alguma causa de demissão do Governo posteriormente à dissolução da Assembleia da República, a qual pode sempre verificar-se; do que daquela norma resulta é (entre outros corolários) que não é a dissolução da Assembleia da República que, *em si mesma*, constitui uma causa de demissão do Governo. Pelo que, se porventura este se encontrar demitido no momento em que se inicia a nova legislatura, isso ficará a dever-se, não à antecedente dissolução parlamentar, mas sim à ocorrência de uma qualquer causa de demissão do Executivo. Como, *nos termos da Constituição*, a dissolução da Assembleia da República não implica a demissão do Governo, este só será demitido entre a dissolução daquela e o início da nova legislatura *nos termos de um outro acto ou evento* que, esse sim, conduza à demissão deste.

([18]) É o caso de Jorge Miranda, Autor que, embora reconhecendo que a dissolução parlamentar não gera a queda do Executivo, acaba por sustentar que tal dissolução "*não pode deixar de se reflectir*

ausência de fiscalização parlamentar e a caducidade das autorizações legislativas que lhe tenham sido concedidas (cf. art. 165.º, n.º 4 da Constituição), dificilmente o Governo poderá fazer mais do que praticar os actos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos([19]).

No que respeita aos condicionamentos *políticos*, em homenagem à liberdade decisória e de actuação do novo Governo que há-de resultar das eleições futuras ou acabadas de realizar, em respeito pelos princípios da renovação e da alternância democráticas, bem como ao princípio da *reversibilidade* que deve ter-se por inerente a qualquer democracia, também aqui há-de o Executivo adoptar uma postura de contenção([20]) e "*auto-limitar-se no exercício das suas competências, abstendo-se de tomar medidas que ponham em causa ou dificultem o cumprimento das propostas que a nova maioria (ainda que relativa) apresentou ao eleitorado*"([21]).

Assim, a ausência de limites expressos na Constituição, independentemente dos motivos que tenham presidido a esse silêncio([22]), não pode ser sinónimo de uma

---

pesadamente sobre o Governo", em termos que justificam uma extensão do regime do art. 186.º, n.º 5 da Constituição: cf. as suas anotações ao art. 186.º e ao art. 195.º, *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 657 e 680, respectivamente; *idem*, "A propósito da dissolução da Assembleia da República. Breves apontamentos", *in O Direito*, Ano 153.º, 2021, IV, p. 657 (afirmando explicitamente que, dissolvida a Assembleia da República, o Governo fica em gestão). Coerentemente, como se viu, o Autor propôs até que a Constituição fosse revista no sentido preconizado, de modo a consagrar a dissolução da Assembleia da República como uma das causas que, nos termos do disposto no art. 195.º da Lei Fundamental, determinam a demissão do Governo (cf. a obra citada na nota 9 *supra*) — embora não seja claro como é que esta solução se articularia com a manutenção (prevista pelo Autor) do início de uma nova legislatura como causa de demissão do Governo [porventura, teria de se proceder a uma interpretação restritiva desta causa de demissão, passando a entender-se que o início de uma nova legislatura implicaria a demissão do Governo no caso de a legislatura anterior ter terminado por decurso do seu prazo normal; no caso de cessação antecipada da legislatura, por dissolução da Assembleia da República, como esta dissolução implicaria a demissão do Governo, aquela outra causa já não seria aplicável]. No mesmo sentido, defendendo que, após a dissolução da Assembleia da República, o Governo fica sujeito aos limites do art. 186.º, n.º 5 da Constituição, por aplicação analógica deste preceito, cf. José de Melo Alexandrino e Jaime Valle, *Lições de Direito Constitucional*, Vol. I, 4.ª ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 274; José de Melo Alexandrino, *Lições…*, Vol. II, *cit.*, p. 175.

([19]) No sentido de que, após a dissolução parlamentar, o Executivo passa a encontrar-se (na prática, não em sentido técnico) "em gestão", devendo considerar-se implicitamente diminuído nos seus poderes, mesmo que rigorosamente a previsão do art. 186.º, n.º 5 da Constituição não abranja de forma directa estas situações, cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição…*, Vol. II, *cit.*, pp. 372 e 461, Vitalino Canas, "Artigo 172.º", *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 592, e Carlos Blanco de Morais, *O Sistema Político…*, *cit.*, p. 728; *idem*, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, *cit.*, p. 369 (rejeitando expressamente a analogia com o art. 186.º, n.º 5 da Constituição, por não haver uma lacuna nem possibilidade de interpretação analógica de normas excepcionais, mas admitindo que o Governo deve, ainda assim, auto-limitar-se politicamente).

([20]) Falando numa "*lógica de bom senso e auto-contenção*", cf. Carlos Blanco de Morais, *O Sistema Político…*, *cit.*, p. 728.

([21]) Assim, cf. António Duarte Silva e Miguel Lobo Antunes, "Sobre os Governos…", *cit.*, pp. 977 e 978.

([22]) Com pertinência, sugeriu o Deputado Cláudio Monteiro, em 1996, que o motivo que teria

"carta branca" concedida ao Governo, que, por via da dissolução da Assembleia da República, perde a sua base de suporte parlamentar (e vê enfraquecido o controlo do órgão perante o qual aquele é politicamente responsável)([23]). Pelo que mesmo a doutrina que reconhece (e bem) que a dissolução da Assembleia da República não determina a demissão do Governo acaba por reconduzir este último, nesta situação, a um Executivo "de gestão", embora com flutuações na argumentação (*v.g.*: recorrendo à aplicação analógica do art. 186.º, n.º 5 da Constituição ou rejeitando esta analogia; fazendo derivar os condicionamentos da Lei Fundamental ou imputando-os, apenas, a acto de vontade do próprio Governo; atribuindo-lhes natureza jurídica ou puramente política).

De qualquer modo, estes condicionamentos de um Governo após a dissolução da Assembleia da República parecem, por isso, dever conhecer gradações, tornando-se mais intensos após a realização das eleições legislativas que determinam a composição da nova Assembleia da República — *sobretudo*, claro, se dessas eleições tiver resultado a perda da maioria da(s) força(s) partidária(s) que apoiava(m) o Governo cessante, cenário em que alguns Autores defendem que "*um princípio de lealdade constitucional*" impõe que o Governo se demita e, em qualquer caso, "*auto-restrinja os seus poderes nesse período*"([24]). Com efeito, como se afirmou na Assembleia da República, "*uma vez obtidos os resultados eleitorais, é evidente a falta de legitimidade do governo, no caso de ele ter sido derrotado nas urnas e de ser iminente a nomeação de um governo de outro partido, designadamente do principal partido da oposição, para tomar decisões que possam condicionar, designadamente, a acção governativa do governo que vai entrar em funções*"([25]). Numa formulação ainda mais expressiva, já se considerou mesmo "*absolutamente chocante*" que "*um governo ao qual o Parlamento serve de base seja substituído em eleições, que, por exemplo, a maioria que o suporta seja rotundamente derrotada e está* in articulo mortis*, em que se inicia o processo de substituição por um novo governo, mantenha a plenitude de funções!* (…) *Como é que um governo, cuja maioria acaba de ser substituída em eleições, que até se podem ter traduzido numa rotunda derrota política da maioria que suporta o governo, se pode reivindicar a plenitude de funções como se nada tivesse acontecido; como é que se pode aceitar que enquanto a nova*

---

levado "*os legisladores constituintes a esquecerem-se de se preocupar excessivamente com o problema da transição entre governos e com o período que medeia entre as eleições e a tomada de posse do novo governo*" seria, porventura, a "*falta de tradição histórica em matéria de alternância democrática*", já que, (*i*) no período monárquico liberal, o "rotativismo" dominante levava a que "*a oposição [fosse] nomeada para o Governo a tempo de preparar as eleições e de as ganhar*", ao passo que (*ii*) no Estado Novo, "*obviamente, a questão não se colocava*", razão pela qual, (*iii*) "*do ponto de vista estritamente formal, a primeira vez que um partido perdeu as eleições estando no Governo e dele saiu por razão exclusiva das eleições, foi em 1995!*" (cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 48, de 6 de Novembro de 1996, p. 1493).

([23]) Por outro lado, a mera iminência de formação de um novo Governo a curto prazo já deve apontar para essa contenção, devendo o Executivo ainda em funções abster-se de tomar "*opções políticas e legislativas fundamentais, impedindo um precludir da liberdade decisória do futuro Governo*" (cf. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, *cit.*, p. 407).

([24]) Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição…*, Vol. II, *cit.*, p. 461.

([25]) Cf., novamente, a intervenção do Deputado Cláudio Monteiro, *in Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 48, de 6 de Novembro de 1996, p. 1493.

Assembleia da República se instala e o Presidente da República inicia démarches *para formar o novo governo, o governo, cuja legitimidade democrática está completamente destruída não só pela ocorrência de eleições mas, inclusivamente, pela presumível derrota a que assistiu, reivindique plenitude de funções?!*"([26]).

Mas, se isso é assim *sobretudo* quando o Governo até então em funções perde a sua maioria parlamentar, tal não significa que os condicionamentos a que acima aludimos *só* operem nesses casos, já que "*[o] facto de haver uma maioria que veja relegitimada, no acto eleitoral, a sua posição não quer dizer necessariamente que o programa do Governo venha a ser o mesmo, até porque os compromissos eleitorais podem ser diferentes e a renovação da maioria democrática pode ter assentado até democraticamente em compromissos de evolução, de alteração e de renovação completamente diferentes quanto ao programa do governo, nem tão-pouco quanto às pessoas; o próprio Primeiro-Ministro pode perfeitamente ser outro*"([27]).

Na falta de barreiras jurídicas impostas pela Constituição, e perante um Parlamento dissolvido ou ainda não (re)constituído, caberá ao Presidente da República — a exemplo do que também deverá suceder relativamente aos "Governos de gestão" propriamente ditos, no sentido rigoroso do termo (cf., mais adiante, o sub-capítulo **V.3** *infra*) — controlar politicamente a actuação dos Executivos durante tal "interregno" do pleno funcionamento do órgão parlamentar.

Feita esta delimitação conceptual, vejamos agora como surgiu esta figura no nosso actual ordenamento jurídico, para depois analisarmos com mais detalhe os traços do seu regime jurídico.

III. Origem da figura

3. Como ponto prévio, deve ter-se presente que a ideia subjacente à figura dos "Governos de gestão" — a de que a competência dos Governos não deve ser igualmente ampla em todos os momentos do seu mandato e de que, portanto, em determinadas fases, ele não deve poder praticar actos de relevo fundamental — é anterior à própria Constituição de 1976 e à consagração, nela, da norma que consta do seu actual art. 186.º, n.º 5.

Para corroborar esta afirmação, basta lembrar as limitações expressamente estabelecidas à actuação dos Governos provisórios, no período pós-revolucionário: com efeito, em conformidade com a ressalva, feita no Programa do MFA, de que "*as grandes reformas de fundo só poderão ser*

([26]) Cf. Deputado Almeida Santos, *in Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 48, de 6 de Novembro de 1996, pp. 1491 e 1492.

([27]) Cf. Deputado Marques Guedes, *in Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 48, de 6 de Novembro de 1996, pp. 1494 e 1495.

adoptadas no âmbito da futura Assembleia Nacional Constituinte", a lei orgânica do I Governo Provisório, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 203/74, de 15 de Maio, referia, no respectivo preâmbulo, que "*[o] carácter transitório do Governo Provisório determina que não poderá proceder a grandes reformas de fundo, nem a alterações que afectem o foro íntimo da consciência dos Portugueses, em particular das suas convicções morais e religiosas*".

Com a aprovação da Constituição, não deixou também de, em sede de disposições finais e transitórias, se prever uma limitação à capacidade dos Governos provisórios, estabelecendo-se que "*[o] Governo Provisório em funções na data da posse do Presidente da República manter-se-á em exercício,* ***para a resolução dos assuntos correntes****, até à posse do primeiro Governo nomeado nos termos da Constituição*"([28]).

Exceptuando esta previsão, a Constituição não fixava textualmente quaisquer restrições à actuação dos Governos, em qualquer fase dos respectivos mandatos, limitando-se o (então) art. 189.º, n.º 4 da Lei Fundamental a dispor, sem mais, que "*[e]m caso de demissão, os membros do Governo cessante permanecerão em funções até à posse do novo Governo*".

Não significa isso, todavia, que, mesmo sem cobertura constitucional expressa, não tivessem sido avançadas limitações à actuação dos Governos em determinadas fases do seu mandato, especialmente após a respectiva demissão. E isto, tanto na doutrina, como na própria prática política.

Quanto à doutrina, destaque-se a posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, que, logo na primeira edição do seu comentário à Constituição, já entendiam estar um Governo demitido "*sujeito a verdadeiros limites jurídicos implícitos quanto à sua competência*", devendo os seus membros "*limitar-se a despachar os* negócios correntes *e a praticar actos de administração ordinária*", abstendo-se, em contrapartida, de "*praticar actos susceptíveis de provocar o controlo parlamentar e a correspondente responsabilidade política*". Entre os actos vedados a um Governo demitido encontrar-se-iam, então, entre outros, os actos de direcção política, a apresentação de propostas de lei, a utilização de autorizações legislativas, a nomeação de funcionários para altos cargos ministeriais, as medidas económicas de carácter geral, a negociação, o ajuste e a aprovação de convenções internacionais — sendo de assinalar que os actos praticados pelo Governo que excedessem "*o âmbito dos negócios correntes*" poderiam ser "*impugnados jurisdicionalmente por inconstitucionalidade ou ilegalidade*

([28]) Cf. art. 300.º da Constituição, na sua redacção original (destaque nosso).

(excesso de poder), conforme os casos"([29]). Além disso, como "*a demissão implica a ruptura da responsabilidade política, os Ministros demitidos não podem apresentar-se perante a AR e usar da palavra ou responder a perguntas*"([30]). Ora, precisamente pelo mesmo motivo de ausência de confiança e responsabilidade política perante o Parlamento, também um Governo sem programa apreciado, tal como um Governo demitido, deveria "*abster-se de quaisquer actos que envolvam a sua responsabilidade política, limitando a sua acção à gestão de assuntos correntes*"([31]).

Quanto à prática política, a teorização dos limites à actuação dos Governos em situações *especiais* começou logo com o I Governo Constitucional (Mário Soares): após a sua demissão, por rejeição parlamentar de uma moção de confiança por si apresentada, este Executivo entendeu por bem "*fixar as competências que podem ser exercitadas até à posse do novo Governo*", considerando que, se "*a competência própria do Primeiro-Ministro e dos Ministros*" permaneceria "*intocada*", já "*toda a competência legislativa do Conselho de Ministros e toda aquela que pressuponha a actuação do Governo, enquanto órgão colegial*", ficaria afectada; por seu turno, a competência administrativa do Governo continuaria "*a poder ser exercitada, desde que não implique medidas legislativas que devam ser aprovadas em Conselho de Ministros ou exijam deliberação colegial do Governo*"([32]). Nessa sequência, o Presidente da República viria, dois dias depois, transmitir o seu entendimento de que "*[o] Governo assegura o normal funcionamento da vida do País e tem capacidade para tomar as decisões necessárias, apenas estando impedido de praticar actos políticos de inovação fundamental ou que comportem uma limitação significativa dos poderes de decisão política do futuro Governo*"([33]). Esta posição viria, mais tarde, a ser acolhida pelo III Governo Constitucional (Nobre da Costa), após a sua demissão por rejeição parlamentar do seu programa, tendo-se este Executivo considerado "*impedido de praticar actos políticos de inovação fundamental ou que comportem uma limitação significativa dos poderes de decisão política do futuro Governo*"([34]).

([29]) Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1978, pp. 370 e 371.

([30]) Cf. *Constituição…*, 1.ª ed., *cit.*, p. 371.

([31]) Cf. *Constituição…*, 1.ª ed., *cit.*, p. 377.

([32]) Cf. Posição definida pelo I Governo Constitucional em 9 de Dezembro de 1977, *in* Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, pp. 53 e 54.

([33]) Cf. Comunicado da Presidência da República de 11 de Dezembro de 1977, *in* Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, p. 57.

([34]) Cf. Posição do III Governo Constitucional, de 20 de Setembro de 1978, *in* Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, p. 59.

A questão viria a suscitar polémica, em especial, no que respeita à actuação do V Governo Constitucional (Maria de Lurdes Pintasilgo), acusado de ter exorbitado as respectivas competências, que se encontrariam antecipadamente limitadas, por apenas ter sido nomeado transitoriamente até à realização das eleições legislativas já marcadas. Embora, juridicamente, não estivéssemos perante um "Governo de gestão" (cf. a nota 2 *supra*), o específico contexto político da sua nomeação e que perpassou todo o seu (assumidamente curto) mandato levou a que todas as suas medidas com um alcance mais ambicioso fossem naturalmente apodadas de abusivas e exorbitantes, sobretudo as que foram tomadas já depois de conhecidos os resultados das eleições legislativas de 2 de Dezembro de 1979, e que deram a vitória à coligação da Aliança Democrática([35]). Por este motivo se afirmou que, "*longe de se assumir como mero governo de gestão, o V Governo Constitucional assumiu-se como legítimo governo e desenvolveria uma marcante acção legisladora, suscitando a animosidade dos que o pretendiam meramente preparador de eleições e gestão dos assuntos correntes da administração central, contribuindo desse modo para o avolumar da tensão política entre o Presidente e os partidos, sobretudo os que venceriam, com a coligação AD, as eleições de 1979*"([36]).

Neste contexto, não surpreende minimamente que, na primeira revisão constitucional, se tivesse discutido desde logo a conveniência de introdução, na Constituição, de uma limitação expressa aos Governos (sem programa apreciado e aos) demitidos, quanto mais não fosse para positivar claramente os condicionamentos já apontados na doutrina e avançados pelos agentes políticos([37/38]) — o que veio a culminar na aprovação da

---

([35]) Cf., designadamente, a intervenção do Primeiro-Ministro Sá Carneiro, no *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 4, de 12 de Janeiro de 1980, p. 75, bem como Diogo Freitas do Amaral, *A Transição para a Democracia — Memórias Políticas (1976-1982)*, Vol. II, Bertrand Editora, Lisboa, 2008, pp. 171 e 172. Este Autor refere ter sido, de resto, a actuação do V Governo Constitucional a motivar a escolha do tema dos "Governos de gestão" para as suas provas de agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O texto dessas provas viria, como se sabe, a ser publicado em livro (já acima citado). Não obstante, e tendo presente o exposto, não deixa de ser surpreendente que a Aliança Democrática, na revisão constitucional de 1982, não tenha tomado a iniciativa de propor a criação figura dos "Governos de gestão" e a fixação de limites à actuação de Executivos em situação jurídica ou politicamente mais precária, tendo sido as forças políticas de esquerda as impulsionadoras das alterações sofridas pelo texto constitucional nesta matéria, como se verá já de seguida, no sub-capítulo **IV**.

([36]) Cf. Manuel Braga da Cruz, "O Presidente da República na génese e evolução do sistema de governo português", *in Análise Social*, Volume XXIX, n.os 124-125,1994, p. 248.

([37]) Considerando que a figura dos "Governos de gestão" decorreria de um costume *praeter Constitutionem*, formalizado em 1982, cf. Jorge Miranda, "A evolução da Constituição, de 1976 ao século XXI", separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, Vols. I/II/III/IV, Janeiro/Dezem-

norma que hoje consta do art. 186.º, n.º 5 da Constituição. O que não significa que todos os problemas relativos à amplitude e controlo da actividade de "Governos de gestão" tenham ficado resolvidos de imediato, verificando-se, pelo contrário, que, logo no ano subsequente ao da aprovação da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, o VIII Governo Constitucional praticou, após a sua demissão e durante um período de cerca de vários meses (no primeiro semestre de 1983), diversos actos que, no mínimo, suscitam controvérsia à luz dos parâmetros constitucionais(39).

IV. Consagração constitucional

4. Na revisão constitucional de 1982 foram apresentadas três propostas(40) para acolher esta ideia de limitação dos poderes dos Governos em situação *especial*:

(*i*) Na sequência do projecto inicialmente apresentado (e depois retirado) pela Acção Social-Democrata Independente(41), a

---

bro de 2016, p. 15; salientando que esta formalização teria sido um dos principais traços da revisão constitucional de 1982, cf., do mesmo Autor, "A Constituição Portuguesa", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 81, Vols. III/IV, Julho/Dezembro de 2021, p. 691. Referindo que a prática política dos dois primeiros Governos Constitucionais, de assumirem um estatuto diminuído após a sua demissão, gerou uma mutação constitucional que posteriormente viria a conhecer uma formalização na revisão constitucional de 1982, cf. Carlos Blanco de Morais, *Curso de Direito Constitucional — Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, Vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 261, nota 498.

(38) Embora a necessidade de consagração constitucional destas limitações não fosse evidente ou unânime na doutrina. Assim, em projecto apresentado com vista à revisão da Lei Fundamental, António Barbosa de Melo, José Manuel Cardoso da Costa e José Carlos Vieira de Andrade consideravam preferível "*nada dizer sobre a medida dos poderes enquanto se mantém em funções depois de demitido: não só porque qualquer fórmula que se utilizasse («Governo de gestão», ou para o «despacho dos assuntos correntes», p. ex.) seria sempre bastante vaga e continuaria a deixar uma considerável margem de interpretação e de controvérsia, como, principalmente, porque não é nada líquido que ocorra (ou deva ocorrer) aqui um limite jurídico-constitucional. A este respeito, deve esclarecer-se que a doutrina constitucionalista se divide, pois, se se reconhece generalizadamente (e bem) que aos Governos na situação agora considerada cumpre guardar uma certa contenção de iniciativa e pautar a sua actividade por um critério que não anda longe do das fórmulas citadas, não falta quem entenda que vai aqui apenas um dever «político» (de «lealdade» política), e não jurídico*": cf. *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pp. 230 e 231.

(39) Sobre este ponto, cf., por todos, Marcelo Rebelo de Sousa, *O Sistema de Governo Português*, 4.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 1992, p. 76, nota 89 (que continua na página seguinte).

(40) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(51).

(41) Cf. Projecto de Lei de Revisão Constitucional n.º 1/II, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 55, de 24 de Abril de 1981, p. 235.

Frente Republicana e Socialista ("FRS") propôs que, antes da aprovação do seu programa pela Assembleia da República, ou após a sua demissão, o Governo se limitasse "*à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*"(42);

(*ii*) O Partido Comunista Português ("PCP") propôs que, entre o momento da destituição e o da posse de um novo Executivo, o Governo cessante se mantivesse em funções "*apenas para tratar dos assuntos correntes, não podendo, designadamente, proceder a qualquer acto de inovação política*"(43);

(*iii*) Por fim, o Movimento Democrático Português ("MDP/CDE") propunha que, em caso de cessação de funções, ou antes da apreciação do seu programa pela Assembleia da República, o Governo se limitasse "*à prática de actos correntes de administração*"(44).

5. Como se vê, o surgimento de três propostas distintas em sede de revisão constitucional mostra bem o interesse que diversas forças políticas mostraram em regulamentar expressamente, na Constituição, o estatuto e os limites dos "Governos de gestão".

No entanto, nem todos os "Governos de gestão", para este efeito, eram *iguais*, isto é, nem todas as forças políticas que se propunham regular a matéria estendiam o tratamento preconizado para os Governos demitidos aos Governos sem programa apreciado pelo Parlamento: com efeito, a proposta do PCP cingia-se aos Governos demitidos e, aliás, também o próprio debate se iniciou sob o mote da limitação das competências dos Governos demitidos: foi o Deputado Nunes de Almeida quem chamou a atenção para o facto de o mesmo problema da *capitis deminutio* dos Executivos dever colocar-se — conforme previsto nas propostas da FRS e do MDP/CDE — também quanto aos Governos "*cujo programa ainda não passou*", isto é: "*naqueles dias iniciais, após a nomeação,* (…) *a posição do governo deve ser idêntica, na medida em que em ambos os casos é um governo a quem falta, ainda, a confiança da Assembleia da República*"(45). No que seria

---

(42) Cf. Projecto de Revisão Constitucional 4/II/1, publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 70, de 23 de Maio de 1981, p. 2705.

(43) Cf. Projecto de Revisão Constitucional 3/II, publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 69, de 22 de Maio de 1981, p. 2686.

(44) Cf. Projecto de Revisão Constitucional 5/II, publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 70, de 23 de Maio de 1981, p. 2719.

(45) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(57).

corroborado pelo Deputado Monteiro Taborda, que considerou existir um "*consenso no sentido de que este governo é um governo com poderes diminuídos e que não é só aquele que cessou funções, como aquele que ainda não viu aprovado o seu programa pela Assembleia da República*"(46).

E, com efeito, essa solução seria aceite, qualificando hoje a Constituição como "Governos de gestão" tanto os Governos "*[a]ntes da apreciação do seu programa pela Assembleia da República, ou após a sua demissão*" — o que não significa que, politicamente e na prática, as preocupações suscitadas sejam idênticas para cada uma destas "categorias" de Executivos, já que, naturalmente, quando se fala nas limitações impostas aos "Governos de gestão", é sobretudo os Governos demitidos que se tem em vista, como mais adiante se retomará (cf. o sub-capítulo **V.3** *infra*).

Mas o que significa, à luz da Constituição, ser um "Governo de gestão"?

V. O regime dos "Governos de gestão"

V.1. A génese histórica da fórmula constitucional: "prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos"

6. A resposta à questão formulada conduz-nos, no fundo, para as *consequências* desta qualificação constitucional, isto é, procurar saber quais os limites que são impostos pela Constituição a um Governo antes da apreciação parlamentar do seu programa ou após a demissão do Executivo (motivada pela rejeição do seu programa ou por qualquer outro fundamento passível de produzir tal resultado).

Nessa matéria rege o art. 186.º, n.º 5 da Lei Fundamental, o qual, numa formulação restritiva mas de difícil concretização, preceitua que um Governo nessas situações "*limitar-se-á à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*".

Como já se disse acima, esta redacção representa o acolhimento da proposta da FRS, tendo esta sido preferida em detrimento das sugestões alternativas apresentadas pelo PCP — que previa que um Governo de gestão apenas pudesse "*tratar dos assuntos correntes*" e estivesse impedido de "*proceder a qualquer acto de inovação política*" — e pelo MDP/CDE,

---

(46) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(60).

que preconizava que o Governo se limitasse "*à prática de actos correntes de administração*" (cf. o n.º **4** *supra*).

Neste sentido, antes de analisar mais detidamente o que significa dever o Governo limitar-se "*à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*", vale a pena olhar primeiramente para o debate mantido durante a revisão constitucional de 1982, para apurar por que motivos foi esta redacção a adoptada pelo legislador constituinte.

7. Com efeito, se o *princípio* da limitação das competências de um "Governo de gestão" era consensual na Assembleia da República, já o mesmo não poderia dizer-se relativamente ao *critério* dessa limitação, tendo os partidos políticos oscilado entre uma formulação mais rígida e outras mais flexíveis.

***a*)** Assim, pronunciando-se sobre as propostas apresentadas, considerou o Deputado Sousa Tavares que os conceitos de "*actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*" ou de "*actos de inovação política*" seriam puramente subjectivos, sendo "*extremamente difícil estabelecer estas fronteiras*" e pertencendo "*ao tal tipo de fórmulas abstractas que podem ser interpretadas de uma maneira ou de outra*". Nessa linha, seria preferível encontrar um critério mais seguro e menos susceptível de equívocos, podendo, por exemplo, propor-se que um Governo demitido ou antes de ter o seu programa apreciado não teria competência legislativa, o que "*estabeleceria, de facto, uma fronteira clara*"(47).

A isto foi contraposto que limitar a competência legislativa do Governo, num País em que "*durante 48 anos 99% da produção legislativa foi feita pelo governo*" e em que o Executivo, mesmo à luz da Constituição de 1976, tem "*uma facilidade em legislar, que não tem na generalidade dos países*", poderia equivaler a "*paralisar completamente um governo, perante situações que exigem uma resposta imediata*". Assim, seria de concluir que "*a limitação dos poderes do governo demitido não pode ser pela forma*", porque "*o problema é de conteúdo*"(48). No mesmo sentido se pronunciou o Deputado Jorge Miranda, considerando que "*[u]ma concretização através da referência a competências materiais do governo pode-*

(47) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, pp. 852-(56) e 852-(57).

(48) Cf. Deputado Nunes de Almeida, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, pp. 852-(57) e 852-(58).

ria ser altamente inconveniente, tendo em conta determinadas circunstâncias da vida do Estado, sobretudo tendo em conta a definição (que ninguém põe em causa) do governo como órgão de condução da política do País e como órgão superior da Administração Pública. Essa competência genérica que, de certa maneira, o governo tem no confronto dos demais órgãos do Estado, tornaria muito difícil uma especificação de competências em razão da matéria"([49]). Em suma, como resumiu o Deputado VEIGA DE OLIVEIRA, "*[e]ssa diminuição não pode ser limitada estritamente no texto constitucional*"([50]).

***b*)** Afastado o hipotético critério da competência ou das funções do Estado, equacionou-se igualmente o critério da *gestão corrente*, isto é, equacionou-se apenas permitir aos "Governos de gestão" *tratar dos assuntos correntes*" ou praticar "*actos correntes de administração*".

Nenhum destes critérios — e note-se que eram efectivamente critérios diferentes([51]) — viria a vingar.

Com efeito, por um lado, entendeu-se que essa limitação seria supérflua, no sentido de que os Governos em gestão poderiam sempre praticar actos desses: "*num país como o nosso é quase impossível, ou pelo menos por enquanto, impedir que um Governo, seja em que circunstâncias for, não possa assegurar a gestão corrente*"([52]).

Por outro lado, na parte em que a limitação das competências de um "Governo de gestão" à adopção de "actos correntes" ou à gestão dos

---

([49]) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(62).

([50]) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(58). Em resposta, o Deputado SOUSA TAVARES, reconhecendo que talvez fosse "*impossível fixar um critério claro e seguro*", manifestou o seu receio de que, "*se não o fizermos[,] o governo de gestão continuará, praticamente, a ser um governo normal*", sendo certo que a prática Portuguesa até teria a particularidade de os Governos intensificarem a sua actividade após a respectiva demissão: "*com o governo demitido, em avalancha, resolvem-se todos os assuntos que estão pendentes, porque os ministros não querem deixá-los por resolver*" [cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, pp. 852-(60) e 852-(61); *vide* também a p. 852-(56), onde o mesmo Deputado alertava para o facto de, sem uma fórmula precisa, "*o governo de gestão era igual a qualquer outro e tinha os mesmos poderes*", acabando "*por ter, exactamente, os mesmos poderes que qualquer outro governo*"].

([51]) Com efeito, "*por muito que seja correntia a assimilação de assuntos a actos, realmente, não é a mesma coisa. Assuntos correntes têm um entendimento. Actos correntes têm outro entendimento. Acto corrente do governo é, por exemplo, fazer decretos-leis, mas não é um assunto corrente. O assunto tem a ver com a substância, e não com o acto. São 2 coisas distintas*" [cf. Deputado VEIGA DE OLIVEIRA, *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(62)].

([52]) Cf. Deputado NUNES DE ALMEIDA, *in Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 123, de 21 de Julho de 1982, p. 5140.

"assuntos correntes" envolvia, correspectivamente, uma simultânea proibição de prática de "*actos de inovação política*" — proibição, essa, que se mostrava tributária da proibição, estabelecida pelo Presidente EANES após a demissão do I Governo Constitucional, da prática de "*actos políticos de inovação fundamental*" (e que seria retomada pelo III Governo Constitucional), a que se aludiu *supra* —, a mesma seria "*igualmente perigosa*", na medida em que não seria possível saber de antemão "*se, em certas circunstâncias, não se justifica que se pratiquem actos de inovação política*"(53).

***c*)** Aventou-se também a opção por um critério de *urgência*, de acordo com o qual um "Governo de gestão" só poderia praticar actos que não fossem meramente "*de assuntos correntes*" se os mesmos fossem comprovadamente urgentes — e, mesmo assim, ficariam sujeitos a ratificação por parte do Governo subsequente.

Em defesa deste critério, referiu o Deputado MONTEIRO TABORDA que, a esta luz, um "Governo de gestão" ficaria adstrito "*à prática de actos que têm de ser feitos mas que podem implicar, digamos assim, uma antecipação ao novo governo e que podem estar em contradição com o pensamento político do novo governo. Para obviar exactamente a isso é que estes actos urgentes que não fossem correntes de administração teriam de ser, necessariamente, ratificados pelo novo governo*"(54).

No entanto, o parâmetro continuaria a ser bastante vago e impreciso: "*[d]esde logo, o que são actos urgentes?* (…) *O que são actos urgentes? Quem é que iria definir?*"(55).

A esta indefinição acresceria ainda a constatação de que a imposição da ratificação, pelo novo Governo, dos "actos urgentes" praticados pelo anterior Governo, quando em "gestão", também apresentaria inconvenientes não negligenciáveis.

Desde logo, "*teria de se estabelecer todo um mecanismo constitucional regulador dessa nova figura de ratificação*"(56).

Além disso, "*se vamos pôr os novos governos a ratificar ou não ratificar os actos dos governos cessantes, podemos obrigar o novo governo a*

---

(53) Cf. Deputado NUNES DE ALMEIDA, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(58).

(54) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(60).

(55) As interrogações são do Deputado JORGE MIRANDA, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(62).

(56) Cf. Deputado JORGE MIRANDA, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(62).

um período em que não faz mais nada do que senão ter de verificar os actos dos governos cessantes, porque os governos cessantes deixaram de ocupar-se de política, (…) *e naquele período em que estão demitidos resolvem os problemas. De maneira que o novo governo que tome funções, se tiver de ratificar todos esses actos, perde para aí 1 mês só para ratificar actos do governo cessante*"([57]).

Por último, a par desta indesejável sobrecarga de trabalho na fase inicial do mandato do novo Governo, seria ainda necessário ter presente que, "*[s]e o governo que se segue não tiver a mesma cor política do governo que o antecedeu, sente-se quase na obrigação política de ir deitar abaixo tudo quando o anterior fez*", isto quando "*uma das grandes vantagens que podem ter alguns actos praticados pelo governo cessante é que o governo subsequente se vai aproveitar de algumas coisas que ele fez e que não gostaria ele próprio de vir a fazer*"([58]).

Por conseguinte, o critério da urgência, mesmo que coadjuvante do critério dos actos de administração corrente, revelar-se-ia imprestável.

***d*)** Desse modo — mais por exclusão de partes do que propriamente por consenso quanto ao mérito da fórmula encontrada —, acabariam os constituintes por chegar à redacção que viria, desde então até hoje, a gozar de acolhimento na Lei Fundamental: a limitação da competência dos "Governos de gestão" à prática dos "*actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*".

Com efeito, na impossibilidade de se delimitar a competência destes Executivos com base na função (legislativa ou administrativa) dos actos a praticar, nem tão-pouco com base na sua urgência, no seu carácter inovador ou na matéria ("assuntos correntes") a que respeitam, concluiu-se que "*[o] critério tem de ser o critério da necessidade e não o da importância*" — o Governo "*faz quando tem de o fazer; não pode fazer, quando não tem de o fazer.* (…) *[A] competência do governo demitido é a de praticar aqueles actos, que têm de ser praticados e mais nenhuns a não ser esses, independentemente da sua importância, da sua forma ou do seu conteúdo.* (…) *Devem ser praticados aqueles actos que têm de ser praticados. Não devem ser praticados todos aqueles actos que não é indispensável praticar*"([59]),

---

([57]) Cf. Deputado Sousa Tavares, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(61).

([58]) Cf. Deputado Nunes de Almeida, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(62).

([59]) Cf. Deputado Nunes de Almeida, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, pp. 852-(57) e 852-(58).

devendo, por conseguinte, ser fundamentada a necessidade da prática de cada acto(60). O que, como assinalou o Deputado Jorge Miranda, não deixava de constituir um afloramento de um princípio geral a que a Constituição reconhecia significativa relevância, o princípio da proporcionalidade(61) — o qual, de acordo com a lição do mesmo Autor, se assumiria aqui como o "*verdadeiro e próprio princípio jurídico aferidor da constitucionalidade de cada acto do Governo*"(62), visando, mais concretamente, conjugar dois bens jurídicos distintos: a legitimidade democrática, de uma banda, e o interesse público do exercício permanente de uma competência governamental(63).

No fundo, através da formulação encontrada, pretenderam os constituintes, mesmo que de modo não muito rigoroso, "*explicitar que os Governos em certas condições, isto é, antes de o seu programa ser discutido na Assembleia da República ou depois de demitidos, têm uma competência que está diminuída e enfraquecida em relação a um Governo em circunstâncias normais*"(64).

V.2. A densificação feita pela doutrina e pela jurisprudência

8. Tendo analisado a origem histórica da formulação constitucional, com uma breve apreciação dos argumentos que foram adiantados a seu favor e contra si (e contra as redacções alternativas que foram equacionadas e depois afastadas), vejamos agora em que consiste, efectivamente, a *capitis deminutio* imposta aos "Governos de gestão".

Antes de mais, impõe-se uma nota prévia para realçar que a *ratio* do art. 186.º, n.º 5 da Constituição é tanto de imposição como de proibição: isto é, antes de *limitar* a actividade dos Governos recém-nomeados ou demitidos, aquela norma constitucional impõe que tais Governos *actuem*, isto é, que comecem desde logo a governar imediatamente após a sua posse e se mantenham em funções após a demissão. Como salienta a dou-

---

(60) Cf. Deputado Nunes de Almeida, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(63).

(61) Cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(61).

(62) Cf. "Artigo 186.º", *cit.*, p. 657.

(63) Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 360, nota 2.

(64) Cf. Deputado Luís Beiroco, *in Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 123, de 21 de Julho de 1982, p. 5140.

trina, "*a manutenção em funções é, portanto, um dever que decorre directamente da Constituição, não precisando de ser solicitada pelo PR ou determinada por este. O Governo não pode desertar, nem os seus membros podem abandonar as funções*"(65). Está aqui em causa um princípio de *continuidade* das funções do Estado (pelo menos, da função *administrativa* do Estado)(66), tendo presente que "*não é admissível, em caso algum, que haja um momento de vacatura de governo*"(67). A manutenção em funções representa, por conseguinte, um pressuposto necessário da limitação da actividade dos "Governos de gestão" à "*prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*"(68).

Dito isto, porém, o que significará dever o Executivo "*limitar-se-á à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*"?

9. Como é evidente, tratando-se de uma cláusula geral, não é possível traçar, à partida e de uma forma totalmente rigorosa, os limites à actuação de um "Governo de gestão"; e, de resto, a preocupação do legislador

---

(65) Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição…*, Vol. II, *cit.*, p. 430. De resto, e não por acaso, o mesmo art. 186.º da Constituição estabelece que as funções do Primeiro-Ministro só cessam com a sua exoneração pelo Presidente da República (n.º 1) — sendo que, em caso de demissão do Governo, o Primeiro-Ministro do Governo cessante é exonerado na data da nomeação e posse do novo Primeiro-Ministro (n.º 4) —, que as funções dos restantes membros do Governo cessam com a sua exoneração, ou a exoneração do Primeiro-Ministro, pelo Presidente da República (n.º 2), e que as funções dos Secretários e Subsecretários de Estado cessam ainda com a exoneração, pelo Presidente da República, do respectivo Ministro (n.º 3). A este respeito, e como os Secretários e Subsecretários de Estado não dispõem de competências próprias, mas apenas delegadas (ou subdelegadas) — cf., hoje, o art. 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 32/2022, de 9 de Maio, que aprovou o regime de organização e funcionamento do XXIII Governo Constitucional —, importa ainda atentar na legislação ordinária, mais concretamente no disposto no Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro), cujo art. 50.º, alínea *b*), prevê que a delegação e a subdelegação de poderes se extinguem por caducidade "resultante (…) da mudança dos titulares dos órgãos delegante ou delegado, subdelegante ou subdelegado" (o que significa que não basta apenas a demissão dos titulares originários das competências em causa, sendo necessária a sua substituição, no que constitui mais um traço do regime destinado a evitar o "vazio").

(66) Sobre a ligação deste princípio com a figura dos "Governos de gestão", cf., em especial, Paulo Otero, *O poder de substituição em Direito Administrativo — Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Vol. II, LEX, Lisboa, 1995, pp. 453 a 455, 648 e 649.

(67) Nas palavras do Deputado Veiga de Oliveira, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, p. 852-(54).

(68) Num lugar paralelo, refira-se que, no contexto do sistema político da União Europeia, se o Parlamento Europeu aprovar uma moção de censura à Comissão Europeia, os membros deste último órgão devem demitir-se colectivamente mas "*permanecer em funções e continuar a gerir os assuntos correntes até à sua substituição*" (cf. o art. 234.º, § 2.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

constituinte foi, como se viu, justamente a de estabelecer uma fronteira demasiado rígida, que viesse a tolher indevidamente a liberdade de decisão do Governo, num caso em que o interesse público impusesse a sua intervenção. A questão de saber se, e em que medida, determinado acto governamental exorbitou ou não os limites constitucionais tem, pois, de ser respondida de forma casuística, perante cada situação em concreto, não se compadecendo com proclamações abstractas e genéricas.

Segundo julgamos, a tentativa de sistematização mais bem elaborada nesta matéria será a de Diogo Freitas do Amaral, que distingue entre (*i*) actos absolutamente proibidos, (*ii*) actos genericamente permitidos e (*iii*) actos relativamente proibidos([69]). No entanto, mais do que classificações dogmáticas de tipos de actos, importa-nos aqui, fundamentalmente, procurar compreender quais os critérios de densificação da cláusula constitucional ou, é dizer o mesmo, quais as coordenadas de apoio para compreender os concretos limites da competência de um "Governo de gestão".

Com base no labor da doutrina e do Tribunal Constitucional sobre a matéria([70]), parece ser possível adiantar as seguintes linhas gerais:

(*i*) Um "Governo de gestão" pode praticar actos que se integrem em qualquer das suas funções, não estando confinado ao exercício da função administrativa([71]): pelo contrário, também as funções política e legislativa podem e devem continuar a ser exercidas([72]);

(*ii*) Sem prejuízo disso, um "Governo de gestão" não pode utilizar nem obter autorizações legislativas([73]), nem tão-pouco pode

---

([69]) Cf. *Governos de gestão*, *cit.*, pp. 34 a 36.

([70]) Cf. Jaime Valle, *A participação…*, *cit.*, pp. 85, 86, 140, 141, 256 e 257, Rui Tavares Lanceiro, "Governo de gestão", *in* AA.VV., *Enciclopédia da Constituição Portuguesa* (coord. Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho), Quid Juris, Lisboa, 2013, pp. 177 a 179, e José de Melo Alexandrino, *Lições…*, Vol. II, *cit.*, p. 174.

([71]) Numa leitura apressada, poderia entender-se ser esta a posição de Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, pp. 31 e 33, na parte em que considera o critério das funções do Estado como sendo correcto "*no essencial*" e ainda acrescenta que, mesmo dentro da função administrativa, haveria actos que um Governo nesta situação estaria impedido de praticar. No entanto, a concepção do Autor não era rígida, uma vez que não deixava de reconhecer que "*há indubitavelmente um certo número de actos da função política e da função legislativa que os Governos de gestão não podem deixar de praticar*", pelo que a exclusão da prática de actos das funções política e legislativa conhecia sempre a ressalva da "*hipótese de urgência*" (cf. *ob. cit.*, pp. 31 e 33). Seja como for, o Tribunal Constitucional tem-se pronunciado inequivocamente no sentido da irrelevância da função enquanto critério definidor daquilo que um "Governo de gestão" pode ou não validamente fazer (cf. a nota 90 *infra*).

([72]) Especificamente sobre o exercício da função legislativa por parte de "Governos de gestão", cf. Jaime Valle, *A participação…*, *cit.*, pp. 86, 256 e 257.

([73]) Com efeito, nos termos do art. 165.º, n.º 4 da Constituição, as autorizações legislativas

apresentar propostas de lei à Assembleia da República([74/75]), embora possa exercer a iniciativa legislativa da sua competên-

---

caducam com a demissão do Governo, pelo que deixam de poder ser utilizadas; e, naturalmente, deixam também de poder ser renovadas, sob pena de a solicitação de novas autorizações constituir um expediente para "contornar" a consequência da caducidade das autorizações anteriormente solicitadas: cf., neste sentido, António Duarte Silva e Miguel Lobo Antunes, "Sobre os Governos…", *cit.*, p. 980. O Tribunal Constitucional, com apoio na doutrina jus-constitucionalista, tem, porém, entendido que as autorizações legislativas contidas na Lei do Orçamento de Estado não caducam com a demissão do Governo ou com a dissolução da Assembleia da República, em virtude da vigência tendencialmente anual dessas autorizações; no entanto, tal só se verifica quanto às autorizações legislativas relacionadas com matéria fiscal, estando — se não directa, pelo menos indirectamente — relacionadas com a política financeira ou económico-financeira do Executivo; por isso, só essas autorizações podem ser validamente aproveitadas pelo Governo. Para uma decisão de inconstitucionalidade sobre um diploma aprovado, após a dissolução do Parlamento, ao abrigo de autorização legislativa que, embora contida na Lei do Orçamento de Estado, não dizia respeito a matérias fiscais (mas antes a regimes contra-ordenacionais), cf. o Acórdão n.º 173/85 do Tribunal Constitucional, de 9 de Outubro de 1985, proferido no processo n.º 110/84. Para idêntico juízo, agora relativamente a um juízo sobre um diploma aprovado por um Governo demitido, cf. os Acórdãos n.º 427/87 e n.º 2/88, já acima citados, bem como os Acórdãos n.º 234/88, de 23 de Fevereiro de 1988, processo n.º 279/88, n.º 6/89, de 11 de Janeiro de 1989, processo n.º 195/88, e n.º 8/89, de 11 de Janeiro de 1989, processo n.º 217/88.

([74]) Tais propostas podem, no entanto, ser aprovadas pelo Governo, durante o seu período de "gestão", sem qualquer óbice jurídico-constitucional: cf., neste sentido, o Acórdão n.º 25/85, de 6 de Fevereiro de 1985, proferido no processo n.º 87/83. Cf., em qualquer caso, o que se refere na nota seguinte.

([75]) Embora alguns Autores afirmem peremptoriamente que os "Governos de gestão" "*em caso algum, podem apresentar iniciativas legislativas na Assembleia da República*" (cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O Sistema de Governo…*, *cit.*, p. 77, nota 89 — iniciada na página anterior —, bem como Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa comentada*, LEX, Lisboa, 2000, p. 308), considera-se, no entanto, que este é um ponto do regime em que pode fazer sentido distinguir, no âmbito da categoria mais ampla dos "Governos de gestão", entre os Governos sem programa apreciado e os Governos já demitidos: de facto, se, relativamente a estes últimos, o art. 167.º, n.º 6 da Constituição é taxativo ao preceituar que as propostas de lei caducam com a demissão do Governo, já quando aos primeiros, por seu turno, a questão não se coloca em termos idênticos. Pelo contrário: além de a Constituição nada dizer quanto aos Governos sem programa apreciado, relativamente a estes pode perfeitamente justificar-se a apresentação de propostas de lei à Assembleia da República, iniciativa que se revela, "*de algum modo, complementar do programa submetido à AR, abarcando matérias consideradas prioritárias ou urgentes na acção governativa*" (como defendem, e bem, António Duarte Silva e Miguel Lobo Antunes, "Sobre os Governos…", *cit.*, p. 980). Naturalmente, porém, tais propostas de lei apenas deverão ser apreciadas pelo Parlamento após a apreciação (bem-sucedida) do programa, sendo que, em caso de rejeição, o Governo é demitido [cf. art. 195.º, n.º 1, alínea *d*) da Constituição] e as suas propostas de lei devem ter-se como caducadas (como sucede com as autorizações legislativas que lhe tenham sido concedidas pelo Parlamento: cf. o art. 165.º, n.º 4 da Constituição). Também na doutrina estrangeira se encontra apoio a este entendimento (neste sentido, considerando que o Governo pode apresentar propostas de lei destinadas a cumprir o seu programa dentro dos 10 dias até à apresentação do programa no Parlamento, embora a sua votação e eventual aprovação só possam ocorrer depois de concedida a *fiducia* parlamentar, cf. Livio Paladin, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova, 1989, pp. 393 e 394). Contra o exposto não se invoque o decidido no Acórdão n.º 25/85 do Tribunal Constitucional, citado na nota anterior, já que, na situação que aí foi apreciada pelo Tribunal, a proposta de lei só foi apresentada na Assembleia da República após a apreciação do programa do Governo, pelo que a questão não chegou a colocar-se, isto é, o Tribunal Constitucional não se pronunciou *expressamente* sobre se o Governo poderia ou não ter apresentado propostas de lei em momento anterior, visto que essa análise ficou prejudicada

cia(76) — incluindo, aqui, a iniciativa orçamental(77) —, sempre nos limites da necessidade(78), podendo ainda o Primeiro-Minis-

---

em função dos factos que foram submetidos à sua apreciação (embora se reconheça que o Acórdão parece indiciar que, se a proposta de lei tivesse sido apresentada sem que o programa do Governo já tivesse sido apreciado, o Tribunal Constitucional teria decidido no sentido da sua inconstitucionalidade).

(76) Cf. Jaime Valle, *A participação…*, *cit.*, p. 141 (mesmo se o Autor admite que, atentas as matérias sobre as quais o Governo detém o exclusivo da iniciativa legislativa, possam não ser muito frequentes os casos em que a mesma tenha de ser mobilizada com urgência).

(77) A este respeito, o art. 36.º, n.º 1 da Lei de Enquadramento Orçamental (aprovada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro, na redacção da Lei n.º 41/2020, de 18 de Agosto — não tendo a mais recente Lei n.º 10-B/2022, de 28 de Abril, alterado esta norma) prevê que "*[o] Governo elabora e apresenta à Assembleia da República, até 10 de outubro de cada ano, a proposta de lei do Orçamento do Estado para o ano económico seguinte*". Não obstante, o art. 39.º do mesmo diploma legal, sob a epígrafe "*Prazo de apresentação e votação da proposta de lei do Orçamento em situações especiais*", dispõe, no seu n.º 1, que o referido prazo-limite de 10 de Outubro não se aplica nos casos em que (*i*) a tomada de posse do novo Governo ocorra entre 15 de Julho e 30 de Setembro [alínea *a*)] — caso em que a vigência da Lei do Orçamento de Estado é prorrogada [art. 58.º, n.º 1, alínea *b*)], aplicando-se o regime dos duodécimos (art. 58.º, n.º 4) —, (*ii*) o Governo em funções se encontra demitido em 1 de Outubro [alínea *b*)] ou (*iii*) o termo da legislatura ocorra entre 1 de Outubro e 31 de Dezembro [alínea *c*)]. Como explica Fernando Rocha Andrade, "*[n]a primeira situação, o Governo não teve tempo para preparar a proposta de orçamento; na segunda, a lei não pretende que a proposta de Orçamento seja apresentada por um governo que vai cessar funções antes de se iniciar a execução orçamental*" (cf. *Textos de Finanças Públicas*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p. 110). Em qualquer um desses casos, esclarece o n.º 2 do preceito citado, a proposta de lei do Orçamento do Estado para o ano económico seguinte é apresentada pelo Governo à Assembleia da República e enviada à Comissão Europeia no prazo de 90 dias a contar da tomada de posse do Governo. Neste contexto, poderia questionar-se se a apresentação da proposta de lei do Orçamento de Estado se inscreve no âmbito das competências de um "Governo de gestão" [levantando a questão, mas sem parecer tomar posição expressa, cf. Mariana Melo Egídio, "O funcionamento do sistema de governo português em XXI pontos (a partir de um "caso prático" de Direito Constitucional)", *in* AA.VV., *Nos 40 anos da Constituição* (org. Jorge Miranda), AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 172, nota 19]. Pela nossa parte, não temos como absolutamente excluído o exercício desta iniciativa legislativa por parte de "Governos de gestão": desde logo, nada parece *juridicamente* impedi-lo quando o Governo ainda não viu o seu programa apreciado pelo Parlamento — embora, *na prática*, seja pouco provável que, no curto prazo de 10 dias entre a nomeação e a "investidura" parlamentar, o Governo tenha conseguido não só elaborar o seu programa como, também, a proposta de lei orçamental. De todo o modo, num tal cenário, e a exemplo do que acima se disse quanto às demais iniciativas legislativas (cf. a nota 75 *supra*), a proposta de lei orçamental só deverá ser apreciada pelo Parlamento após a apreciação (bem-sucedida) do programa. Já no caso de um Governo demitido, todavia, a questão já não se apresenta como linear, até porque a alusão do n.º 2 do art. 39.º ao prazo de 90 dias a contar da tomada de posse do Governo parece indiciar que deverá ser o Governo *seguinte* a apresentar a proposta de lei orçamental — o que, diga-se, faz todo o sentido, tendo em conta a relevância do Orçamento para a actividade governamental e a sua ligação ao programa político do Executivo. De todo o modo, observadas as circunstâncias que permitam concluir pela *necessidade* desta iniciativa, julgamos que será de equacionar a admissibilidade da apresentação da proposta de lei do Orçamento por um Governo demitido, se a constituição e entrada em plenas funções de um novo Governo se revelar anormalmente demorada e tal dilação provocar prejuízos significativos. De resto, em 1983, considerou-se justificada (porque urgente) a apresentação de uma proposta de lei do Orçamento de Estado por parte de um Governo já demitido (como lembra Jaime Valle, *A participação…*, *cit.*, p. 141, nota 404).

(78) Questão que poderia equacionar-se seria se um Governo demitido (e, portanto, "de gestão") poderia renovar propostas para (*i*) a realização de referendo que já anteriormente tivessem sido

tro requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade de leis orgânicas([79]);

(*iii*) Um "Governo de gestão" deve assim limitar-se, como preceitua a Constituição, à "gestão dos negócios públicos", o que não se confunde com a prática de meros "actos de gestão corrente": o que está em causa é a "estrita necessidade" na prática dos actos, e não a sua recondução às categorias de "administração ordinária" ou "extraordinária";

(*iv*) Essa "estrita necessidade", por seu turno, engloba duas vertentes ou sub-princípios: por um lado, (*a*) a *inadiabilidade*, no sentido da *urgência* na tomada da decisão([80]), e, por outro lado, (*b*) a *pro-*

---

rejeitadas pelo Presidente da República ou para (*ii*) a repetição de referendo que já anteriormente tivesse sido objecto de resposta negativa na antecedente consulta popular. A hipótese parece anómala e, por esse motivo, já era rejeitada pela doutrina mesmo antes da actual Lei Orgânica do Regime do Referendo (cf. Luís Barbosa Rodrigues, *O Referendo Português a Nível Nacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 222 e 223). E é hoje (e bem) expressamente vedada pelo disposto nos arts. 36.º, n.º 4 e 244.º da Lei Orgânica do Regime do Referendo, nos termos dos quais as propostas de referendo formuladas pelo Governo e que tenham sido rejeitadas pelo Presidente da República ou que tenham sido objecto de resposta negativa do eleitorado só podem ser renovadas com a "*formação de novo governo*". No entanto, o art. 115.º, n.º 10 da Constituição parece, pelo menos literalmente, indiciar a admissibilidade de resposta diversa, na medida em que só proíbe a renovação de propostas de referendo recusadas pelo Presidente da República ou objecto de resposta negativa do eleitorado "*na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembleia da República, ou* ***até à demissão do Governo***" (destaque acrescentado). Na medida, portanto, em que não se exige que já tenha sido formado um novo Governo para a renovação daquelas propostas (bastando que o anterior se encontre demitido), poderá questionar-se a (in)constitucionalidade daquelas disposições da Lei Orgânica do Regime do Referendo, ainda que a solução nelas consagrada seja mais lógica do que a que parece resultar do texto constitucional. Discutindo a questão, cf. Maria Benedita Urbano, *O Referendo — Perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal*, STVDIA IVRIDICA 30, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 296, nota 519, António Araújo, "Os efeitos jurídicos do referendo nacional", *in Estado&Direito*, n.º 21-26, 1998-2000, p. 92, bem como Francisco Pereira Coutinho, "O Referendo Político Nacional em Portugal", *in* AA.VV., *Estudos de Direito Público* (coord. João Caupers e Jorge Bacelar Gouveia), Âncora Editora, Lisboa, 2006, p. 104, nota 250.

([79]) Nos termos do disposto no art. 278.º, n.º 4 da Constituição. Neste sentido, cf. Jorge Miranda, "Artigo 278.º", *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, 2.ª ed. revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, p. 640, bem como Jaime Valle, *A Fiscalização Preventiva no Sistema Português de Controlo da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 61.

([80]) De notar que a Constituição não se basta com a mera "necessidade", antes exige que um acto seja *estritamente* necessário, o que inculca estarmos perante uma necessidade imperiosa, qualificada, de satisfação inadiável. Segundo o entendimento do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, a "estrita necessidade" a que se reporta o art. 186.º, n.º 5 da Constituição "*corresponde a uma* ***urgência concreta e datada****, traduzida na* ***premência de praticar um certo acto****, cujo adiamento* ***comprometeria gravemente a realização do interesse público***" (cf. Parecer n.º 36/2005, publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 101, de 25 de Maio de 2005; também disponível em <www.dgsi.pt>, destaques acrescentados). Assim, quando não existam (ou não sejam objectivamente visíveis) razões imperiosas de ordem temporal e material que tornem inadiável a aprovação de um

porcionalidade, no sentido da exigência de uma conexão entre a medida adoptada e o problema a que ela visa dar resposta;

(*v*) Assim, em princípio, um "Governo de gestão" não pode praticar "*actos de inovação política fundamental ou que comportem uma limitação significativa dos poderes de decisão política do futuro Governo*"([81]);

(*vi*) Não obstante, caso a aplicação do critério da "estrita necessidade" obrigue à prática de actos destes, deverá o "Governo de gestão" praticá-los, sob pena de grave prejuízo para o interesse público que, em qualquer caso, lhe incumbe defender([82]);

(*vii*) No fundo, tendo em conta que um "Governo de gestão" deve agir "*para que não ocorra prejuízo grave para o interesse nacional*" — prejuízo, esse, sempre "*aferido de um ponto de vista maioritariamente consensual, e não do ponto de vista de quem pratica o acto*" —, haverá sempre que ponderar se os custos de uma actuação, mesmo que não consensual, não serão superiores aos da inércia governativa: pelo que, admitindo que, "*em certas situações contadas, uma não decisão seja mais prejudicial do que uma decisão não consensual*", deve a actuação do "Governo de gestão" ter-se por justificada e legítima "*desde que a inacção tivesse efeitos mais gravosos*"([83]);

---

determinado diploma legal por um "Governo de gestão", deve esse diploma ser julgado inconstitucional (cf., por exemplo, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 56/84 e n.º 2/88, já acima citados).

([81]) Esta fórmula encontra eco em textos constitucionais estrangeiros, designadamente, na Lei Fundamental de alguns países lusófonos: assim, o n.º 1 do novo art. 116.º-A da Constituição de Angola, aditado pela Lei n.º 18/2021, de 16 de Agosto (publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 154, de 16 de Agosto de 2021), estabelece que, "*[n]o período que decorre entre a campanha eleitoral e a tomada de posse do Presidente da República eleito, cabe ao Presidente da República em funções a gestão corrente da função executiva,* ***não podendo praticar actos que condicionem ou vinculem o exercício da actividade governativa por parte do Presidente da República eleito***" (destaque acrescentado).

([82]) E, quanto aos Governos demitidos, sob pena, também, de inutilidade da própria obrigação constitucional de estes permanecerem em funções após a demissão, como notou o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 65/02.

([83]) Citamos António Duarte Silva e Miguel Lobo Antunes, "Sobre os Governos…", *cit.*, pp. 982 e 983. Assim, segundo os Autores, o critério para aferir da necessidade, por exemplo, de emanação de alguma norma por parte de um "Governo de gestão" passará por apreciar as normas em causa "*e as suas consequências na ordem jurídica, económica e social, confrontando o resultado previsível com o da não edição dessas normas e apurando se o interesse público, considerado de um ponto de vista "objectivo", sofreria mais com a não tomada de medidas, no momento em que foram tomadas, do que com a edição de tais normas*" (cf. *ob. cit.*, p. 984).

(*viii*) Excluída está a prática de actos que, por definição, sejam incompatíveis com a condição precária do Governo, como seria, por absurdo, a solicitação, pelo Executivo, da aprovação de uma moção de confiança pelo Parlamento([84]).

10. Em suma: mais do que critérios formais ou categoriais, estão em causa critérios *materiais*([85]), de proporcionalidade([86]) — e a "estrita necessidade", a que a Constituição faz expressa referência, não é senão uma subvertente do princípio geral da proporcionalidade —, numa ponderação delicada e que visa um equilíbrio, sempre difícil de conseguir, entre, por um lado, aquilo que um Governo, mesmo sendo "de gestão", ainda deve ser obrigado (e deve estar habilitado) a fazer para prosseguir a condução da política geral do País e, por outro lado, aquilo que já exorbita das competências limitadas que devem ser reconhecidas a um Governo que, por um motivo ou por outro, se encontra numa situação de quebra de legitimidade política([87]) (razão pela qual, idealmente, a situação de "gestão" deve ser temporária e transitória, não sendo desejável o prolongamento excessivo da manutenção em funções de um Executivo numa tal situação precária)([88]).

([84]) Cf., neste sentido, o Acórdão n.º 56/84 do Tribunal Constitucional, bem como, na doutrina, Rui Tavares Lanceiro, "Governo de gestão", *cit.*, p. 178.

([85]) Não propriamente respeitantes ao *conteúdo* do acto, mas antes quanto aos pressupostos que legitimaram a sua prática: o que está em causa, neste critério material, não é saber se o acto tem grande impacto político ou se representou uma "inovação", mas sim se era necessário, urgente, incontornável.

([86]) Cf. Carlos Blanco de Morais, *O Sistema Político…*, *cit.*, p. 727, e Jorge Miranda, "Artigo 186.º", *cit.*, p. 657.

([87]) De registar que, curiosamente, embora a Constituição se tenha abstido de elencar categorias de actos permitidos ou vedados a um "Governo de gestão", o art. 81.º, n.º 7 do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores dispõe que se consideram "*estritamente necessários a assegurar a gestão corrente dos negócios públicos*" os actos:

(*i*) "*que sejam urgentes ou inadiáveis, tenham como objectivo a prossecução de um interesse público de relevo e que sejam adequados à realização do objectivo invocado*" (sendo estes requisitos cumulativos) [cf. alínea *a*)];

(*ii*) "*de administração ordinária, de manutenção do funcionamento ou de conservação*" [cf. alínea *b*)]; bem como

(*iii*) "*de mera execução ou concretização de medidas tomadas em momento anterior à demissão do Governo Regional*" [cf. alínea *c*)].

Como se vê, apesar de algumas diferenças de formulação, estas categorizações vão largamente ao encontro dos critérios acima enunciados: a urgência/inadiabilidade, a adequação/proporcionalidade, a ausência de inovação política fundamental e a prossecução de um interesse público relevante.

([88]) Por vezes, no entanto, situações patológicas de impossibilidade de formação de um novo Governo conduzem à manutenção em funções dos "Governos de gestão" por um período invulgarmente longo, como sucedeu na Bélgica (541 dias), Moldávia (528), Camboja (352) e Espanha (351) (cf. Daniel López Rubio, "La investidura del Presidente del Gobierno: un análisis a la luz de la experiencia reciente", *in Economía. Revista en Cultura de le Legalidad*, n.º 13, octubre 2017-marzo 2018, p. 161).

11. Um "Governo de gestão" está assim limitado à prática dos actos que sejam necessários, devendo a admissibilidade de tais actos ser aferida à luz dos vectores da *importância* e da *inadiabilidade*([89]): condicionamento que, naturalmente, se estende a todas as áreas da actividade governamental e é independente da forma que essa actuação deva revestir([90]), abrangendo, portanto, tanto actos políticos como legislativos([91]/[92]) ou administrativos([93]) — não esquecendo, também, a negociação de acordos e tratados internacionais([94]).

([89]) Cf. Gomes Canotilho, "Governo", *cit.*, p. 30.

([90]) No sentido da irrelevância da *função* em que se inserem os actos de um Governo "de gestão", cf., nomeadamente, os Acórdãos n.º 56/84, de 12 de Junho de 1984, processo n.º 92/83, n.º 142/85, de 30 de Julho de 1985, processo n.º 75/83, n.º 427/87, de 4 de Novembro de 1987, processo n.º 41/87, n.º 2/88, de 6 de Janeiro de 1988, processo n.º 186/87, n.º 111/88, de 1 de Junho de 1988, processo n.º 114/86, e 65/02, de 8 de Fevereiro de 2002, processo n.º 58/02. Na doutrina, cf., em especial, Diogo Freitas do Amaral, *Governos de Gestão*, *cit.*, p. 31, Jaime Valle, *A participação…*, *cit.*, p. 86, Carlos Blanco de Morais, *O Sistema Político…*, *cit.*, p. 727, e Jorge Miranda, "Artigo 186.º", *cit.*, p. 657.

([91]) No sentido de que "*[o]s actos que devem considerar-se vedados aos governos de gestão são, de um modo geral, os pertencentes às funções política e legislativa*", cf. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 215.

([92]) Paradigmaticamente, diversas normas do Decreto-Lei n.º 187/83, de 13 de Maio, foram consideradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, em virtude de este diploma ter sido aprovado já após a demissão do Governo e de não se observarem ou serem visíveis "*razões imperiosas de ordem temporal e material que tornassem inadiável, naquela altura, a* [sua] *aprovação*": de resto, este diploma foi objecto de múltiplas decisões ao longo da década de 80, podendo mesmo afirmar-se ter sido este o diploma que mais vezes deu azo a pronúncias do Tribunal Constitucional relativamente aos limites da competência legislativa dos "Governos de gestão" (cf. Acórdão n.º 254/86, de 23 de Julho de 1986, processo n.º 241/85, Acórdão n.º 394/87, de 28 de Julho de 1987, processo n.º 19/87, Acórdão n.º 427/87, de 4 de Novembro de 1987, processo n.º 41/87, Acórdão n.º 459/87, de 10 de Dezembro de 1987, processo n.º 218/87, Acórdão n.º 460/87, de 10 de Dezembro de 1987, processo n.º 254/87, Acórdão n.º 2/88, de 6 de Janeiro de 1988, processo n.º 186/87, Acórdão n.º 111/88, 1 de Junho de 1988, processo n.º 114/86, Acórdão n.º 8/89, de 11 de Janeiro de 1989, processo n.º 217/88, Acórdão n.º 234/88, de 23 de Fevereiro de 1989, processo n.º 279/88, Acórdão n.º 6/89, de 11 de Janeiro de 1989, processo n.º 195/88, Acórdão n.º 407/89, de 31 de Maio de 1989, processo n.º 19/89, e Acórdão n.º 430/89, de 15 de Junho de 1989, processo n.º 615/88).

([93]) Exemplo emblemático (e mediático) de um acto administrativo praticado por um "Governo de gestão" e que foi posteriormente tido como exorbitante face às suas competências nessa fase, por extravasar o critério constitucional da "estrita necessidade", foi o "*acto de adjudicação do contrato para a aquisição, instalação e manutenção do Sistema Integrado das Redes de Emergência e Segurança de Portugal (SIRESP), concretizado pelo Despacho Conjunto n.º 219/2005, de 23 de Fevereiro*", o qual, segundo o entendimento do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, "*não reveste a natureza de acto estritamente necessário para assegurar a gestão dos negócios públicos*" (cf. Parecer n.º 36/2005, já citado). Política e mediaticamente controversa foi também, como se sabe, a privatização da TAP Air Portugal pelo XX Governo Constitucional (Passos Coelho), já após a aprovação, no Parlamento, de uma moção de rejeição do seu programa, no final do ano de 2015.

([94]) Expressamente no sentido de que um Governo de gestão está impedido de "*negociar um tratado ou acordo sobre matéria que conste especificamente do seu programa antes de este ser apre-*

Relativamente aos actos administrativos, e sem prejuízo da maior flexibilidade recomendada neste âmbito por alguma doutrina, com vista a não afectar a regular continuidade dos serviços públicos(95), importa referir que, além da Constituição, por vezes é a própria lei ordinária a limitar a prática de determinados actos administrativos por parte de "Governos de gestão", *maxime* quando se trata de nomeação, pelo Executivo, de titulares de certos cargos.

É assim, desde logo, no que respeita à nomeação de titulares de cargos de direcção superior, dispondo o art. 19.º, n.º 13 do Estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado ("EPD")(96) que "*[n]ão pode ocorrer a designação de cargos de direção superior entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do novo Governo*"(97) — limitação que, note-se, é também aplicável à nomeação dos membros dos conselhos directivos dos institutos públicos(98).

Do mesmo modo, o art. 13.º, n.º 5 do Estatuto do Gestor Público ("EGP")(99) preceitua que "*[n]ão pode ocorrer a nomeação ou proposta para eleição entre a convocação de eleições para a Assembleia da Repú-*

---

ciado ou depois de ter sido rejeitado", cf. Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 6.ª ed., Principia, Cascais, 2016, p. 109.

(95) Cf. Jaime Valle, *A participação…*, *cit.*, p. 86.

(96) Aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro.

(97) Na versão anterior à Lei n.º 64/2011, de 22 de Dezembro, o art. 19.º do EPD cominava com a nulidade (*i*) os despachos de nomeação para cargos de direcção superior proferidos entre a convocação de eleições para a Assembleia da República e a investidura parlamentar do Governo recém-nomeado, bem como, em caso de antecipação de eleições para a Assembleia da República, (*ii*) os despachos de nomeação para cargos de direcção superior proferidos entre a demissão do Governo ou a convocação das eleições e a investidura parlamentar do Governo recém-nomeado (cf., respectivamente, os n.os 6 e 7 do art. 19.º). Estariam ressalvadas desta nulidade, em qualquer caso, as nomeações em regime de substituição, nos casos de ausência ou impedimento do respectivo titular (que só seriam admissíveis quando se previsse que estes condicionalismos persistissem por mais de 60 dias ou em caso de vacatura do lugar), nos termos conjugados do art. 19.º, n.º 8 e do art. 27.º do EPD.

(98) Na sua redacção original, o art. 19.º, n.º 5 da Lei-Quadro dos Institutos Públicos ("LQIP"), aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, dispunha que "*[n]ão pode haver nomeação de membros do conselho directivo depois da demissão do Governo ou da convocação de eleições para a Assembleia da República, nem antes da confirmação parlamentar do Governo recém-nomeado*". Esta disposição foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 5/2012, de 17 de Janeiro, o qual, todavia, alterou igualmente o n.º 4 do art. 19.º da LQIP, passando a remeter-se para o EDP no que respeita ao processo de recrutamento, selecção e provimento dos membros dos conselhos directivos dos institutos públicos (afastando-se, assim, a aplicação do Estatuto do Gestor Público). Por conseguinte, a limitação em causa só *formalmente* desapareceu da LQIP, continuando, em qualquer caso, a ser aplicável aos institutos públicos, por força da remissão operada pelo art. 19.º, n.º 4. De resto, o art. 1.º, n.º 2 do EPD já dispunha ser este regime "*aplicável aos institutos públicos, salvo no que respeita às matérias específicas reguladas pela respectiva lei quadro*", pelo que, também por esta via, tendo a LQIP deixado de regular expressamente essa matéria, sempre seria o EPD o diploma aplicável, mesmo sem a remissão do art. 19.º, n.º 4.

(99) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março.

blica ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-nomeado, salvo se se verificar a vacatura dos cargos em causa e a urgência da designação, caso em que as referidas nomeação ou proposta de que não tenha ainda resultado eleição dependem de confirmação pelo Governo recém-nomeado"([100]).

Por fim, e em linha idêntica, também o art. 17.º, n.º 7 da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras ("LQER")([101]) prevê que "*[n]ão pode ocorrer a designação ou proposta de designação entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-designado, salvo se se verificar a vacatura dos cargos em causa e a urgência da designação, caso em que as referidas designação ou proposta de designação de que não tenha ainda resultado designação dependem de confirmação pelo Governo recém-designado*". Solução que foi recentemente reiterada, relativamente a um caso concreto, quando da última alteração à Lei Orgânica do Banco de Portugal (aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro), cujo art. 27.º, n.º 5, na redacção dada pela Lei n.º 73/2020, de 17 de Novembro, passou a dispor que "*[a] designação ou a proposta de designação* [do governador e dos demais membros do conselho de administração do Banco de Portugal] *não pode ocorrer nos seis meses anteriores ao fim da legislatura em curso ou entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-designado*".

A importância da nomeação de pessoal para a Administração Pública, além de ter justificado que o exemplo tivesse sido abundantemente citado na revisão constitucional de 1982([102]), levou igualmente a que, mais recentemente, se tivesse procurado unificar, numa regra transversal e com força constitucional, estas limitações pontuais constantes da lei ordinária.

([100]) No sentido de que esta norma abrange, não apenas as nomeações directas, mas também as indirectas, isto é, tanto as nomeações efectuadas pela Administração como as efectuadas por entidades por esta detidas ou controladas, cf. Vasco Freitas da Costa, "Da designação dos administradores das empresas públicas", *in* AA.VV., *A Designação dos Administradores*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 272 e 273. Como nota o Autor, impõe-se uma interpretação extensiva do preceito, para estender esta limitação temporal "*a toda a "cadeia" ou "cascata" de designações de administradores das empresas públicas*", sob pena de facilmente se desvirtuar a *ratio* desta proibição: "*bastaria a mera interposição de uma entidade ou empresa, muitas vezes fortemente controlada pela Administração originária, e por isso desprovida de genuína autonomia gestionária, para que assim se subtraísse as designações subsequentes do âmbito de aplicação material daquela limitação temporal*".

([101]) Aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto.

([102]) Cf., em especial, as intervenções dos Deputados Veiga de Oliveira, Nunes de Almeida e Sousa Tavares, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, pp. 852-(56) a 852-(61).

Assim, no projecto de revisão constitucional apresentado pelo PSD em 2010 (intitulado "Uma Constituição para o Século XXI", já acima citado: cf. nota 8 *supra*), preconizava-se que o art. 186.º, n.º 5 da Lei Fundamental passasse a dispor que "*Antes da apreciação do seu programa pela Assembleia da República, após a dissolução desta ou após a sua demissão, o Governo limitar-se-á à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos,* ***ficando impedido de, sob qualquer forma, designar ou propor dirigentes da administração indirecta do Estado, de entidades administrativas independentes ou de quaisquer entidades controladas, directa ou indirectamente, pelo Estado***" (destaque acrescentado).

Mais recentemente, tanto o PSD(103) como o "CHEGA"(104) apresentaram na Assembleia da República projectos de revisão constitucional no qual propunham que os denominados "Governos de gestão" fossem impedidos de proceder a "*nomeações de carácter definitivo*" (cf. o art. 186.º, n.º 5): e, de resto, o projecto do PSD especificava que as nomeações definitivas seriam vedadas "*para quaisquer cargos ou funções*" (cf. mesmo art. 186.º, n.º 5) e estendia inclusivamente esta proibição aos Governos regionais, quando em "gestão" (cf. art. 234.º, n.º 2, no qual se prevê que, após a sua demissão, decorrente da dissolução da Assembleia Legislativa Regional, o Governo regional fica "*impedido de proceder a nomeações definitivas para quaisquer cargos ou funções, até à tomada de posse do novo governo após a realização de eleições*")(105).

Considerando que a Assembleia da República foi dissolvida pelo Presidente da República, tal implicou a inviabilidade de continuação do pro-

---

(103) Cf. o Projecto de Revisão Constitucional n.º 7/XV/1, intitulado *Um projeto de revisão constitucional realista, reformista e diferenciador — 40 propostas nos 40 anos da revisão constitucional de 1982*, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e3162575675644739 7a5357357059326c6864476c32595338324f4455334f575a6d4e69307a4e7a5a6b4c5451304e6a49745 9574d7a4e6930304e444e694f574d785a545132595749755a47396a65413d3d&fich=68579ff6-376d-4462-ac36-443b9c1e46ab.docx&Inline=true>.

(104) Cf. o Projecto de Revisão Constitucional n.º 1/XV/1.ª, intitulado *Uma Constituição para o futuro de Portugal*, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148 523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756 756447397a5357357059326c6864476c325953387a4d47466a59544e685a6930794f546b774c545133 5a574d744f4441314d79307a4e4756684e5755334f5455305a4759755a47396a65413d3d&fich=30aca 3af-2990-47ec-8053-34ea5e7954df.docx&Inline=true>.

(105) Para uma apreciação dos dois projectos de revisão constitucional, nesta parte, cf. o nosso "As Alterações Introduzidas pelos Projectos de Revisão Constitucional em Matéria Administrativa", *in* AA.VV., *A Revisão Constitucional de 2023: Debate sobre os Projectos de Revisão* (coord. Pedro Fernández Sánchez e Marco Caldeira), AAFDL Editora, Lisboa, 2023, pp. 149 a 151.

cesso de revisão constitucional, o que impede a apreciação destas propostas — sem prejuízo de as mesmas poderem, naturalmente, vir a ser reapresentadas num novo processo de revisão constitucional que venha a ser desencadeado no futuro.

V.3. O controlo da actividade dos "Governos de gestão"

12. Como se retira do acima exposto, a *capitis deminutio* imposta a um "Governo de gestão", associada à relativa indefinição dos exactos limites da sua competência, gera uma natural tensão, resultante de duas pulsões contraditórias.

De uma banda, o facto de se tratar de um Executivo "diminuído" implica, objectivamente, uma necessidade de reforço do controlo sobre a sua actuação: a actividade de um "Governo de gestão" deve estar sob vigilância acrescida, justamente para evitar que um Executivo (ainda ou já) sem plena legitimidade política extravase os seus poderes e proceda como um Governo "normal", plenamente legitimado, sem fazer caso da falta de apreciação do seu programa ou do facto de se encontrar demitido.

Avulta aqui, em particular (e além do papel do Tribunal Constitucional), a figura do Presidente da República enquanto garante do "*regular funcionamento das instituições democráticas*" (cf. art. 120.º da Constituição) — sendo a intervenção presidencial sobretudo relevante na fase inicial do mandato do Governo (isto é, no período que medeia entre a sua nomeação e a apreciação parlamentar do respectivo programa), já que, não tendo ainda o Governo sido legitimado pela Assembleia da República, não pode esta efectivar a responsabilidade política daquele: durante tal hiato temporal, o Executivo deve a sua subsistência unicamente à confiança (ou não desconfiança) manifestada pelo Presidente da República quando da escolha do Primeiro-Ministro (cf. art. 187.º, n.º 1 da Constituição), residindo no Presidente, por conseguinte, a principal responsabilidade quanto à fiscalização da actividade governamental([106]).

De outra banda, porém, o princípio constitucional da separação de poderes (cf. art. 111.º, n.º 1) e a fluidez dos critérios de delimitação das

---

([106]) Nomeadamente através do exercício dos seus poderes de promulgação, assinatura e veto: cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição…*, Vol. II, *cit.*, p. 431, Rui Tavares Lanceiro, "Governo de gestão", *cit.*, p. 178, Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, Vol. II, *cit.*, p. 405, Carlos Blanco de Morais, *O Sistema Político…*, *cit.*, p. 727, Jorge Miranda, "Artigo 186.º", *cit.*, p. 658, e José de Melo Alexandrino, *Lições…*, Vol. II, *cit.*, p. 174. Contudo, isto não significa, naturalmente, que o controlo parlamentar deixe de existir, note-se.

competências de um "Governo de gestão" — é dizer, a fluidez dos parâmetros de controlo da actuação deste — não deixam de recomendar ou mesmo impor alguma contenção nessa missão fiscalizadora, devendo reconhecer-se que a interpretação e definição do que sejam os "*actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos*" cabe, em primeira linha, ao próprio Governo(107), numa operação hermenêutica que, não sendo totalmente livre, só deverá ser censurada em casos extremos.

Isto, seja por ser difícil, no caso em concreto, aferir se determinado acto era ou não "estritamente necessário" e se, portanto, poderia ter sido praticado por um "Governo de gestão" — basta pensar que até um acto com a gravidade como a outorga dos memorandos celebrados entre o Estado Português com a denominada "*Troika*"(108) foi levada a cabo por um "Governo de gestão", sem que haja consenso doutrinário sobre a validade dessa actuação(109) —, seja porque um entendimento excessivamente restritivo, além de, no limite, poder acarretar a paralisia do Estado, corre igualmente o risco de representar uma intromissão indevida, por outros órgãos (*maxime*, o Tribunal Constitucional), na esfera político-governativa(110).

---

(107) Sublinhando este aspecto, cf. Cristina Queiroz, *O Parlamento como factor de decisão política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 94.

(108) Na realidade, foram celebrados pelo Estado Português dois Memorandos distintos (ainda que com conteúdo parcialmente coincidente), um com a Comissão Europeia (com a intervenção do Banco Central Europeu) e outro com o Fundo Monetário Internacional (disponíveis, na sua versão original em língua inglesa ou na sua tradução portuguesa, em <http://ec.europa.eu>, <www.imf.org> e <www.bportugal.pt>).

(109) Sobre este tema, cf. José de Melo Alexandrino, "Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades", *in* AA.VV., *O Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaios Críticos* (org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 54 a 56, 62 e 63, Afonso Chuva Brás, "Direito da União Europeia, Mutações Constitucionais e Sistema de Governo", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume LXI, 2019/2, p. 238, nota 86, bem como Carlos Blanco de Morais, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, *cit.*, p. 368. Baseando a aprovação destes memorandos numa situação de *estado de necessidade*, cf. Maria Luísa Duarte, *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, 2.ª ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2023, p. 263 (na 5.ª ed. do seu *Curso de Direito Internacional Público* — Principia, Cascais, 2012, p. 105, nota 44 —, Jorge Miranda perfilhava idêntica orientação; na 6.ª ed. da mesma obra, publicada em 2016, o Autor já parece mais dubitativo, chegando mesmo a afirmar que, apesar de tudo, o País não atravessou nessa data um estado de excepção constitucional: cf. *ob. cit.*, p. 111).

(110) Como o próprio Tribunal Constitucional reconheceu no seu Acórdão n.º 142/85, a amplitude do seu controlo "*não pode revestir-se nem pode pretender assumir a mesma completude que o correspondente juízo do Governo*", pois o actual art. 186.º, n.º 5 da Constituição "*contém primariamente uma 'norma-função' e só em menor medida uma 'norma de controle'*. Por esse motivo, e agora empregando a formulação do Acórdão n.º 65/02, "*a circunstância de o Governo ter a sua competência legislativa diminuída não tem a virtualidade de fazer deslocar a competência do Tribunal Constitucional para o domínio do controlo das opções políticas*". Na doutrina, expressamente no sentido de que

Por este motivo, a doutrina tem enfatizado que os "Governos de gestão" estão, desde logo, obrigados a *fundamentar* de forma expressa e clara os actos praticados, demonstrando cabalmente a sua conformidade face ao "crivo" constitucional da "estrita necessidade" na sua prática([111]); tal como devem igualmente achar-se sujeitos a especiais *deveres de cooperação* e *de concertação*, tanto com a Assembleia da República como com o Presidente da República: quanto à primeira, por o Governo ser, em princípio, uma emanação daquela e por, em geral, dever responder politicamente perante ela; quanto ao segundo, por força da sua missão de garante do "*regular funcionamento das instituições democráticas*" e por ser ele quem encetará as diligências necessárias à nomeação do Governo subsequente, sendo responsável, nessa medida, por assegurar a transição entre Executivos([112]/[113]).

V.4. Nota final: a situação dos Governos sem programa apreciado face aos Governos já demitidos

13. A finalizar, refira-se apenas que, embora a qualificação de "Governos de gestão" recaia, em idêntica medida, sobre os Governos cujo programa ainda não foi parlamentarmente apreciado e os Governos demi-

---

desta jurisprudência do Tribunal Constitucional resulta que a diminuição de competências dos "Governos de gestão" "*não desloca a competência do Tribunal Constitucional para o domínio das escolhas políticas quando escrutine a constitucionalidade desses poderes, sob pena de invadir a reserva do Executivo*", cf. Carlos Blanco de Morais, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, *cit.*, p. 367. Também no sentido de que "*[o] controle jurídico por parte do Tribunal Constitucional, só deverá ocorrer caso os controles citados falhem ou não se mostrem suficientes*", cf. Cristina Queiroz, *O Parlamento…*, *cit.*, p. 95, Autora que adverte que entendimento diferente equivalerá a "*arrastar o Tribunal Constitucional para o terreno político ou, pelo menos, transformá-lo num "órgão de consulta" de órgãos politicamente conformadores, com perda da sua independência enquanto órgão jurisdicional de controle da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico-públicos*".

([111]) Salientando este aspecto, cf. Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, pp. 37 e 38, bem como Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição…*, Vol. II, *cit.*, p. 431, e Rui Tavares Lanceiro, "Governo de gestão", *cit.*, pp. 178 e 179, Autor que sublinha que tanto a fundamentação como o controlo dos actos praticados por "Governos de gestão" "*devem situar-se em dois níveis: em primeiro lugar, no do objetivo último afirmado pelo Governo para justificar a prática do ato, relativamente ao qual assume particular importância a verificação da urgência (a referência temporal); em segundo lugar, no da própria medida que é aprovada para alcançar aquele objetivo, sendo aqui de incidir, em especial, na sua proporcionalidade (a referência material)*" (*ob.* e *loc. cits.*).

([112]) Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, pp. 25 e 26, bem como Carlos Blanco de Morais, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, *cit.*, p. 369.

([113]) Na medida em que um "Governo de gestão" é sempre, por definição, um Governo que acabou de substituir ou que se prepara para ser substituído por outro, refere-se também a doutrina, e com inteira razão, a um dever de cooperação com o Primeiro-Ministro do Governo antecedente ou subsequente, consoante as situações: cf. Diogo Freitas do Amaral, *Governos de gestão*, *cit.*, pp. 26 e 27.

tidos, isso não significa que todos os "Governos de gestão" sejam iguais — isso só é assim no plano estritamente jurídico, mas, na prática, não o é (nem pode sê-lo) no plano político.

E isto por uma razão simples: é que um Governo sem programa apreciado no Parlamento só se mantém em "gestão"… enquanto essa apreciação não ocorre, justamente; o que, nos termos do art. 192.º, n.º 1 da Constituição, implica um intervalo máximo de 10 dias (entre a nomeação do Primeiro-Ministro e a apresentação do programa do Governo na Assembleia da República). Está assim em causa, forçosamente, um período muito curto. É certo que, sempre que um Governo toma posse, se "reabre" potencialmente um novo "mercado" de atribuição de cargos públicos: como sublinha Timothy Garton Ash para o caso norte-americano, "*[e]m Washington, cada vez que que uma nova administração ascende ao poder, entre três a cinco mil cargos governamentais são preenchidos em resultado de nomeações políticas*"(114). E, não por acaso, o debate sobre as nomeações — leia-se, das acusações de alocação de "*jobs for the boys*", num discurso sempre "*marcado pelas estimativas e comparações entre as nomeações realizadas por diferentes partidos no governo, com acusações mútuas de ocupação das estruturas do Estado*" — "*é cíclico: antecede as eleições ou sucede a tomada de posse de um novo governo*"(115).

Mas, apesar disso, mesmo que se admita que, pelo menos nas funções que dependam de confiança política, a entrada em funções de um novo Governo implica também um aumento do número de nomeações para diversos cargos na Administração Pública, a verdade é que muitas dessas nomeações (aquelas que se reportam ao gabinete mais próximo dos próprios governantes) são encaradas com normalidade e muitas outras, sendo efectuadas por um Governo recentemente nomeado, já ocorrerão num período em que o Executivo deixou para trás a provação parlamentar e está em plenas funções, aprestando-se a cumprir um mandato de quatro anos.

Pelo que, pela própria natureza das coisas, não são os Governos sem programa apreciado (durante um curto período de pouco mais de 10 dias)(116)

---

(114) Cf. *Free World — A América, a Europa e o Futuro do Ocidente*, trad., Alêtheia Editores, Lisboa, 2006, pp. 128 e 129.

(115) Cf. Patrícia Silva, *Jobs for the boys? Nomeações para a administração pública*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2020, p. 86.

(116) Dizemos *um pouco mais de 10 dias*, e não apenas os 10 dias previstos no art. 192.º, n.º 1 da Constituição, porque, por um lado, esse prazo só começa a contar a partir da data da publicação, em *Diário da República*, do decreto presidencial de nomeação do Primeiro-Ministro e, por outro lado, porque aquele prazo é o fixado para a apresentação do programa do Governo na Assembleia da República, após o que se sucede o debate, que pode durar 3 dias (cf. art. 192.º, n.º 3 da Constituição).

que suscitam particulares cuidados no que diz respeito à limitação da sua actividade: de resto, revisitando os trabalhos da revisão constitucional de 1982, verifica-se que a preocupação dos constituintes não incidia sobre os Governos recém-nomeados, mas sim sobre os Governos já demitidos, seja porque estes permaneceriam em funções durante um período superior aos 10 dias constitucionalmente fixados para a apresentação do programa à Assembleia da República, seja porque a prática evidenciava — e, aliás, ainda hoje evidencia — que, durante esse período final, os Governos demitidos intensifica(va)m a sua actividade, verificando-se um aumento exponencial do número médio de decisões adoptadas pelo Executivo cessante, a ponto de, provocatoriamente, se ter mesmo perguntado se não valeria a pena qualificar *todos* os Governos como "de gestão" ou, pelo menos, reduzir largamente a duração dos mandatos governamentais — porque a percepção popular apontaria no sentido de ser "*muito bom que o governo mudasse de 8 em 8 meses, porque era quando os governos mudavam que se resolviam os assuntos*"; nesse sentido, "*[p]ara os particulares até pode ser uma bênção a mutação vulgar de governos, na medida em que se resolvem os assuntos que, de outra maneira, ficam eternamente por resolver*"([117])…

Assim, embora o regime jurídico aplicável seja, no essencial, idêntico([118]), parece inquestionável que o mesmo foi fundamentalmente pensado para os Governos demitidos([119]): seja pelo maior período em que

---

([117]) O reparo, com nota de bom humor, pertence ao Deputado Sousa Tavares, *in Diário da Assembleia da República*, II Série, 2.º Suplemento ao n.º 39, de 15 de Janeiro de 1982, pp. 852-(60) e 852-(61).

([118]) *No essencial* porque admitimos que, em um ou outro ponto específico, possa justificar-se uma diferenciação entre o regime dos Governos ainda sem programa apreciado e os Governos já demitidos, como, porventura, deverá entender-se relativamente às propostas de lei que corporizem o exercício da iniciativa legislativa pelo Governo, conforme se aventou na nota 75 *supra*.

([119]) Quanto ao momento em que opera a demissão, depende da causa que a tenha determinado: no caso de demissão automática (por exemplo, por rejeição do programa o Governo pelo Parlamento), a mesma ocorre quanto se dá a respectiva causa; já no caso de demissão voluntária, não será necessariamente assim — por exemplo, se se tratar da demissão do Primeiro-Ministro, o Governo só é demitido quando o Presidente da República aceita essa demissão, não sendo necessário, porém, aguardar pela publicação do correspondente decreto presidencial para que a demissão produza efeitos, pelo menos no que respeita ao relacionamento entre órgãos de soberania: cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 36/02, de 30 de Janeiro de 2002, processo n.º 55/02 (sem prejuízo dos diversos votos de vencido que, nesta parte, se afastaram da tese que obteve acolhimento, por se entender que, se nada obsta a que os efeitos meramente *políticos* da demissão do Governo se façam sentir logo no momento em que ocorrem as causas que determinam a demissão, já quanto aos efeitos *jurídicos*, por seu turno, esses apenas deveriam produzir-se na data da publicação do decreto pelo qual o Presidente da República aceita essa demissão). Diga-se, aliás, que foi este último entendimento que, na prática, foi seguido quando da demissão do XXIII Governo Constitucional, pois, sem prejuízo de ter sido

estes previsivelmente se encontrarão em funções, seja, também, pela sua maior precariedade ou menor legitimidade política.

É que a "precariedade" de um Governo sem programa apreciado é, por assim dizer, "provisória" ou, pelo menos, *potencialmente* provisória: estamos perante um Governo diminuído nas suas competências, mas, expectavelmente, apenas durante um determinado período de tempo — trata-se de um Governo cuja assunção plena de poderes está sujeita a uma *condição suspensiva*, cujo momento de verificação (ou não verificação) é *certo* e, mais do que isso, bastante próximo, temporalmente, da data de nomeação do Primeiro-Ministro. Assim, a sua "precariedade" apenas vigora, pelo menos *a esse título*, durante um lapso temporal muito curto([120]).

Já a precariedade de um Governo demitido, por sua vez, não é uma precariedade temporária, mas sim "definitiva": esse Executivo está irremediavelmente condenado à cessação de funções, num prazo que poderá ser mais ou menos curto mas que, qualquer que ele seja, nunca produzirá o efeito de "sanar" a fragilidade intrínseca de um tal Governo.

Relativamente a um Governo sem programa apreciado, embora o mesmo não ainda tenha merecido a confiança parlamentar, há, pelo menos, a expectativa de que possa vir a obtê-la num prazo muito curto; quanto a um Governo demitido, nem mesmo essa expectativa existe: ou já foi expressamente desmentida pelo Parlamento, ou então ocorreu outra circunstância que inquinou fatalmente a subsistência do Governo. Se há razões para conter os poderes de actuação de um Governo que, apesar de ter acabado de iniciar funções, *ainda pode* vir a ser demitido, dir-se-ia que, *por maioria de razão*, se justifica limitar as competências de um Governo que efectivamente *já foi alvo de demissão*. É que, operada a demissão do Governo, qualquer que tenha sido a respectiva causa, assiste-se, nas pala-

---

declarada a aceitação do pedido de demissão do Primeiro-Ministro em 7 de Novembro de 2023, o Governo só se considerou demitido quando da publicação do correspondente decreto de demissão no jornal oficial: cf. Decreto do Presidente da República n.º 112-A/2023, de 7 de Dezembro, publicado no *Diário da República*, I Série, I Suplemento, n.º 236, de 7 de Dezembro de 2023).

([120]) *A esse título* porque, evidentemente, se o programa do Governo for rejeitado pela Assembleia da República, o Governo é demitido e permanece em funções de mera "gestão", nunca abandonando, portanto, a situação de precariedade que já o acompanha desde o início. No entanto, bem se vê, a partir da demissão do Governo, a explicação para essa "precariedade" torna-se *qualitativamente* distinta, pelo que, permanecendo ele diminuído, essa diminuição passa a fundar-se num *outro* título, o da expressa recusa da confiança parlamentar. Assim, em qualquer dos casos, esse Governo será sempre "de gestão" e, nesse sentido, a sua natureza não muda; o que muda, sim, é a razão explicativa dessa sua capacidade diminuída: numa primeira fase, por força da ausência de sujeição à "investidura" parlamentar; depois, por força da sua demissão, determinada pela rejeição parlamentar do seu programa.

vras do Tribunal Constitucional, a uma imediata "*"deslegitimação" do Governo demitido para executar, na sua plenitude, o seu programa (limitado que fica nos termos do art. 186.º, n.º 5 da Constituição)*"([121]). Estamos perante um Governo que se mantém em funções a título temporário (assumindo-se como um mero *caretaker*, na terminologia anglo-saxónica), unicamente encarregado de assegurar a gestão dos assuntos correntes do Estado e a continuidade da Administração até que um novo Executivo, democraticamente legitimado, assuma funções e venha substituí-lo definitivamente.

De igual modo, a limitação estabelecida no sentido de vedar aos "Governos de gestão" a prática de "*actos de inovação política fundamental ou que comportem uma limitação significativa dos poderes de decisão política do futuro Governo*" (cf. o n.º **9** *supra*) também ganha, obviamente, uma importância acrescida nos Governos já demitidos: no caso dos Governos sem programa apreciado, estes ainda não estão em plenitude de funções, poderão vir a ser derrubados a breve trecho mas, no imediato, não se antevê outro Executivo no horizonte (e até pode suceder que, pelo contrário, seja mais do que provável a sua entrada em plenitude de funções numa questão de dias — por exemplo, se existir uma maioria absoluta parlamentar de suporte ao Governo, que praticamente converta a "investidura" numa mera formalidade); quanto aos Governos demitidos, já se sabe que o seu destino é necessariamente a sua substituição por um novo Governo, apenas restando saber *que* Governo será esse e *quando*, concretamente, entrará em funções — pelo que a antevisão da transição (mais ou menos iminente) de Executivos concorre igualmente para coarctar a margem de actuação do Governo que (apenas por enquanto ainda) está em (debilitadas) funções([122]), conforme, de resto, sucede também em ordenamentos próximos do nosso([123]). Assim, medidas "de última hora" que visem "cris-

---

([121]) Cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 36/02, já acima citado. Do mesmo modo, reconduzindo a *capitis deminutio* dos Governos demitidos ao seu "*consequente défice de legitimação*", cf. o Parecer n.º 36/2005 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, já acima citado.

([122]) No sentido de que um Governo demitido "é *um Governo que não pode executar o seu programa, visto que foi rejeitado*", cf. Deputado Amaro da Costa, *in Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 95, de 8 de Setembro de 1978, p. 3459.

([123]) Em Espanha, mesmo sem previsão constitucional expressa, a doutrina entende pacificamente que os Governos demitidos têm uma competência limitada (cf., neste sentido, Francisco Fernandez Segado, *El Sistema Constitucional Español*, *cit.*, pp. 676 e 677, Fernando Santaolalla López, *in* AA.VV., *Comentarios a la Constitucion* (coord. Fernando Garrido Falla), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, pp. 1413 e 1414, José Antonio Alonso de Antonio e Ángel Luis Alonso de Antonio, *Derecho Constitucional Espanhol*, 6.ª ed., Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2015, pp. 486 a 488, Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps e Miguel Satrústegui, *Dere-*

talizar" o programa do Governo cessante e, nesse sentido, coarctar a normal liberdade decisória e de actuação do Executivo subsequente, limitando-o na prossecução do seu próprio programa político(124), devem ter-se por vedadas.

---

cho Constitucional, Vol. II, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 137 e 138, bem como Fernando Reviriego Picón, *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamento constitucional español*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, *maxime* p. 202, ss.). Em Itália, apesar de também não serem claras as limitações à actuação dos Governos demitidos, entende-se generalizadamente que tais Executivos só podem praticar actos de administração ordinária, sem comportar alguma inovação política fundamental: cf. Maria Luisa Mazzoni Honorati, "Note sul "governo privo di fiducia" nell'ordinamento costituzionale italiano", *in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, 1980, p. 166, ss., Carlo Lavagna, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 6.ª ed., UTET, Turim, 1985, p. 681, Livio Paladin, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, *cit.*, p. 394, Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, 4.ª ed., CEDAM, Milão, 2004, pp. 515 e 521, Fausto Cuocolo, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 12.ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 2003, p. 420, Luigi Arcidiacono, Antonio Carullo e Giovanni Rizza, *Diritto Costituzionale*, Monduzzi Editore, Bolonha, 2005, p. 340, Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, 15.ª ed., G. Giappichelli Editore, Turim, 2014, p. 203, bem como Giuseppe Ugo Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, 16.ª ed., Zanichelli Editore, 2017, pp. 416 e 417. Não obstante, é forçoso reconhecer que tais limitações são difusas e superáveis mediante a invocação de motivos de urgência (como observam Luigi Arcidiacono, Antonio Carullo e Giovanni Rizza, *Diritto Costituzionale*, *cit.*, p. 340). Em França, a doutrina considera que até mesmo os Governos meramente *demissionários* devem ter a sua actuação limitada à gestão dos "*affaires courantes*": cf. Philippe Foillard, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24.e édition, Bruylant, Bruxelas, 2018, p. 374, Philippe Ardant e Bertrand Mathieu, *Droit Constitutionnel et Instituitions Politiques*, 33.e édition, LGDJ, Paris, 2021, p. 566, bem como Francis Hamon e Michel Troper, *Droit Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2021, pp. 711 e 712.

(124) Nem é esta, de resto, uma situação especificamente Portuguesa: por exemplo, no ordenamento norte-americano, tais medidas são conhecidas como "*midnight regulations*", isto é, medidas tomadas pelo poder político cessante, aproveitando "*o período de transferência da titularidade de órgãos, resultante de uma eleição*", no sentido da adopção de "*normas e atuações administrativas que visam concretizar determinado programa político e vincular os novos titulares encarregues da função administrativa*": cf., neste sentido, Miguel Prata Roque, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo — Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014, p. 373, nota 1228.

AS *HOLDINGS* E A PROPOSTA ATAD 3 (OU DIRETIVA *UNSHELL*): UM REGIME ESPECÍFICO PARA PREVENIR A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE *ENTIDADES DE FACHADA* PARA FINS FISCAIS

Pela D.ra Maria Amélia Barradas Carlos([1])

Sumário:

I. Generalidades. II. A Proposta ATAD 3: a Proposta, o Objeto — regras para evitar a utilização indevida de *entidades de fachada* sem substância económica — e os Objetivos. II. 1. A Proposta. **II. 2.** O Objeto. **II. 3.** Os objetivos **III. Considerações conclusivas.**

Resumo:

No presente artigo apresentam-se algumas reflexões críticas sobre as sociedades holdings no âmbito da proposta de Diretiva *Unshell* ou ATAD 3 enquanto regime especial para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

I. Generalidades

A tributação das sociedades *holdings* tem vindo a suscitar questões peculiares ou que pelo menos se colocam com maior acuidade relativamente às demais sociedades, no que se refere à identificação de situações de abuso fiscal, que cada vez mais vêm exigindo novas regras para prevenir a interposição indevida de *holdings* na estrutura societária([2]).

([1]) Advogada.

([2]) Que, independentemente da sua forma jurídica, se apresentam como exercendo uma ativi-

Se num primeiro momento tais questões se prendiam com a preocupação em eliminar a dupla não tributação([3]), procurando-se garantir uma concorrência equitativa e combater a perda de receitas fiscais, decorrente da elisão ou abuso fiscal, num segundo momento constatou-se que no espaço jurídico da União continuava a existir uma crescente utilização abusiva destas sociedades, que impunha novas soluções legislativas comuns aos vários Estados-Membros (EM).

Razão pela qual a proposta de Diretiva *Unshell* ou *Anti Tax Avoidance Directive 3*, doravante ATAD 3([4]) vem estabelecer novas regras para prevenir o crescente aumento de utilização de tais sociedades sem substância económica([5]) — isto é, entidades fictícias ou de *fachada*([6]), também conhecidas por *shell entities* — que cumprem "apenas o essencial para a organização e registo num determinado país [enquanto] as atividades comerciais propriamente ditas são realizadas noutro país", com vista à obtenção de vantagens fiscais([7]).

---

dade económica com residência num EM da UE Tratam-se de sociedades cujos atos ou negócios jurídicos não estão conformes com o espírito nem com o fim das normas de Direito Europeu ou que evitam tais normas. Sem uma substância mínima, são criadas para dissimular a propriedade efetiva das próprias sociedades e dos ativos que detêm e gerem com o objetivo de reduzir a sua carga fiscal global, transferindo o rendimento obtido num determinado EM com elevado nível de tributação para EM ou países terceiros com baixa tributação. Ver, a este propósito, o *Relatório de Avaliação do Documento de Trabalho do Staff da Comissão*, de 22.12.2021, SWD(2021) 578 final, onde se recorda que "com base em informações publicamente disponíveis, os jornalistas da *OpenLux* encontraram montantes significativos de ativos localizados no Luxemburgo detidos por contribuintes não residentes em *holdings*, algumas das quais não mantêm instalações próprias, nem têm empregados ou exercem atividade económica no Luxemburgo. A investigação concluiu que isso permitiu, por exemplo, que alguns investidores reduzissem significativamente os seus impostos. Tais economias fiscais podem ser indicativas de evasão e justificar investigações adicionais. Posteriormente os *Pandora Papers*, um vazamento maciço de dados sobre contas *offshore* de vários indivíduos com alto patrimônio líquido, revelaram que as *entidades de fachada* continuam a ser usadas em estruturas *offshore* complexas, também com o objetivo de evitar, se não evadir, a tributação". A este propósito, a 21.03.2023 foi apreciado pelo Comité de Orçamento e Finanças do Parlamento Europeu, o Projeto de Resolução do Parlamento Europeu [2022/2080(INI)] em linha com os objetivos da Comissão com a proposta de Diretiva *Unshell*.

([3]) Quer jurídica quer económica.

([4]) COM/2021/565 final, *in* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0565> Diretiva n.º 2021/0434, do Conselho, de 22.12.2021 (ATAD 3).

([5]) O que exige capacitar as autoridades tributárias para aplicar o conceito de *substância económica* com mais frequência e em mais circunstâncias que impliquem a sua definição ou clarificação ao abrigo da jurisprudência do TJUE.

([6]) Ou seja, todas as sociedades que, por um lado, não preencham um conjunto de elementos (denominados indicadores de substância a que nos referiremos em seguida) e, por outro lado, que não demonstrem que não são utilizadas com o principal objetivo de obter uma vantagem fiscal.

([7]) Cf. *Relatório de Avaliação do Documento de Trabalho do Staff da Comissão*, de 22.12.2021, *in* ponto 2.1.3 SWD (2021) 578 final, consultável em <https://eur-lex.europa.eu/> o que leva a promover a cooperação entre as administrações fiscais dos vários Estados-Membros (EM) de modo a evitar a elisão ou

Assim, num quadro de indispensável melhoria da política fiscal da União Europeia, a recente Diretiva *Unshell* visa combater a utilização abusiva daquelas sociedades, nos termos que se explicitarão na secção seguinte.

II. A Proposta ATAD 3: a Proposta, o Objeto — regras para evitar a utilização indevida de *entidades de fachada* sem substância económica — e os Objetivos

II. 1. A Proposta

No âmbito das ações previstas na Agenda da Política Fiscal da União Europeia (UE) e na continuação das iniciativas legislativas anteriores([8]), em linha com o projeto BEPS([9]), a Comissão Europeia (CE) apresentou,

---

abuso fiscal. A ideia é assegurar um ambiente propício ao crescimento sustentável, garantindo uma tributação eficaz, com alteração da Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15.02.2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, designada por "DAC", conforme se dispõe no art. 13.º da ATAD 3.

([8]) Considerando a Comunicação da Comissão Europeia, de 18.05.2021, designada "Uma tributação das empresas para o século XXI", com o fim de "promover um sistema de tributação das empresas sólido, eficiente e justo na União Europeia", e atendendo à avaliação dos resultados da legislação existente, incluindo a forma como os EM têm implementado essa legislação nas suas atividades de auditoria e atendendo ao nível mínimo global de tributação para grupos multinacionais na UE (Pilar 2).

([9]) A *Base Erosion and Profit Shifting* (Erosão das bases tributáveis e transferência de lucros) traduz a reação da OCDE em face do comportamento inaceitável das entidades ora em análise. Como nos recorda o *Relatório de Avaliação do Documento de Trabalho do Staff da Comissão*, de 22.12.2021, *cit.*, "O projeto BEPS foi um grande passo em frente para resolver o problema de empresas de fachada usadas para fins fiscais. No entanto, a implementação das medidas BEPS revela-se um desafio para as autoridades fiscais. (…) O principal desafio reside no fato do BEPS se basear principalmente em cláusulas geraisanti abuso para combater *entidades de fachada*, nomeadamente através da Cláusula Geral Anti-abuso (GAAR) introduzida na UE através da Diretiva antielisão fiscal (ATAD). No geral significa que as administrações tributárias tratam a utilização de *entidades de fachada* caso a caso. (…) As regras atuais da ATAD em relação à Cláusula Geral Anti-abuso e às Cláusulas de Sociedades Estrangeiras Controladas (ou regras CTC-Controlled Foreign Companies) aplicam a noção de atividade econômica não genuína, razões comerciais válidas e o teste substantivo de atividade econômica, no entanto, a interpretação depende dos fatos e das circunstâncias. (…) É difícil para os Estados-Membros apresentar "medidas defensivas" para resolver o problema. (…) Operacionalmente, as administrações fiscais precisam de tempo e recursos significativos para implementar as medidas existentes para combater o uso de *entidades de fachada* para fins fiscais. Além disso, as administrações fiscais muitas vezes carecem das informações necessárias para detetar esse uso. À medida que os problemas de elisão e evasão fiscais persistem, é importante que as *entidades de fachada* sejam abordadas de forma direcionada e específica, fornecendo às administrações fiscais as informações de que necessitam para prevenir (de preferência, em vez de reagir ex-poste) a elisão e a evasão fiscal. Para mais esclarecimentos sobre a iniciativa BEPS ver Ana Paula Dourado, *O projeto BEPS in Governação Fiscal Global*, Coimbra, 2018, pp. 45-102.

a 22.12.2021, uma nova proposta de Diretiva (*Anti Tax Avoidance Directive 3*), que — à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade([10]) — pretende aplicar-se a todas as *holdings* passíveis de serem consideradas residentes fiscais num determinado EM([11]) e consequentemente serem elegíveis para receber o respetivo certificado de residência fiscal, em resultado da fixação do seu objeto, conforme se explicitará na subsecção seguinte.

II. 2. O Objeto

Nos termos da ATAD 3, e no que diz respeito ao objeto em análise — qual seja, um conjunto de normas jurídicas que evitem a utilização indevida de *entidades de fachada*, isto é, sem substância económica —, existe a preocupação de estabelecer indicadores de substância mínima([12]) direcionados especificamente para possíveis entidades fictícias e a criação de regras claras sobre o incumprimento de tais indicadores.

Entendendo-se por *holdings sem substância económica* as que não preencham um conjunto de pressupostos designados por *indicadores de substância*([13]) e que não tenham demonstrado que não são usadas abusivamente com o objetivo de alcançar vantagens fiscais.

Sem prejuízo, no entanto, de se reconhecer a existência de *razões comerciais válidas* para a criação de *holdings* com diminuta substância econômica, que não devem, nesse caso, ser prejudicadas por esta nova legislação([14]).

([10]) As medidas propostas não só estão em conformidade com o princípio da subsidiariedade previsto no art. 5.º do Tratado, como também atendem ao princípio da proporcionalidade, ou seja, "não vão além da garantia do nível mínimo de proteção necessário para o mercado interno". Ver ATAD 3, p. 4.

([11]) Termo "residentes" que, tal como o termo "residência" a ATAD 3 talvez devesse esclarecer o seu significado específico.

([12]) Cf. art. 7.º da ATAD 3.

([13]) Com efeito, uma entidade pode não ser sujeita ao teste da substância mínima desde que preencha qualquer um dos critérios seguintes:(*i*) tenha um valor mobiliário listado em mercado regulamentado (*ii*) seja uma entidade financeira regulamentada (conforme definido na ATAD 3); (*iii*) detenha participações em negócios operacionais localizados no mesmo EM (*iv*) ou seja uma entidade que tenha pelo menos cinco funcionários em tempo integral realizando exclusivamente as atividades geradoras de rendimento.

([14]) Porquanto o que importa não é tanto distinguir as *holdings de fachada* das demais *holdings*, mas sim diferenciar a utilização anti-elisiva da utilização abusiva das *holdings de fachada*. Vejam-se os exemplos dados pelo art. 6.º, n.º 2, da ATAD 3 e a isenção das obrigações ao abrigo da presente diretiva de acordo com o art. 10.º, n.os 1, 2 e 3.

De modo a identificar no universo societário as *holdings* que apresentam o risco de não atingirem os níveis mínimos de substância económica estabeleceram-se cumulativamente três critérios de partida (ou *gateways*) para as referidas sociedades: (*i*) cujas receitas auferidas nos dois últimos exercícios correspondam a mais de 75% de rendimentos relevantes([15]); (*ii*) que mais de 60% do valor contabilístico dos ativos dos dois últimos exercícios referentes a bens móveis, imóveis ou valores mobiliários detidos para fins privados e com valor contabilístico superior a um milhão de euros([16]), se situem fora do EM da *holding*, sendo que pelo menos 60% dos rendimentos relevantes são auferidos ou pagos através de operações transnacionais([17]) móveis([18]); (*iii*) e que dependem de outras sociedades, dado que não possuem recursos próprios para desenvolverem a atividade e por isso nos dois últimos exercícios recorreram à subcontratação de funções de gestão (corrente ou estratégica)([19]).

Preenchidos estes critérios a *holding* fica obrigada a novas exigências de reporte ao nível da sua declaração anual de rendimentos — qualificada como sociedade declarante([20]) — de modo a permitir que as Autoridades Tributárias (AT) dos vários EM passem a dispor de informação determinante para a identificação de sociedades que, com elevado grau de probabilidade, tendem a não cumprir os objetivos, isto é, os níveis mínimos de

---

([15]) Entende-se por rendimento relevante, nos termos da al. *a*) do n.º 1 do art. 6.º e art. 4.º da ATAD 3, o rendimento proveniente de juros ou outros rendimentos gerados por ativos financeiros (incluindo ativos digitais protegidos por criptografia, DLT-*Distributed Ledger Technology*, ou tecnologia semelhante); royalties; dividendos; rendimentos de locação financeira; bens imóveis; receitas de serviços terceirizados a entidades associadas; seguro bancário e outras atividades financeiras igualmente denominadas *rendimentos relevantes*.

([16]) De notar que, nestes requisitos de substância, não é feita qualquer alusão à vertente digital. Ver a este propósito o Parecer de 06.04.2022, do Comité Económico e Social Europeu sobre a proposta de Diretiva (ATAD 3) ao advertir que tal facto poderá desencadear problemas futuros e ao reconhecer que também devem ser implementadas medidas quando a *holding* está fora da UE e estabelece fluxos financeiros com entidades cotadas na UE. Consultável *in* <https://eur-lex.europa.eu/>.

([17]) O que significa que a maioria das receitas acima mencionadas são recebidas ou transferidas através de outra jurisdição que não o EM de residência da *holding*, ou seja, têm proveniência em entidades estrangeiras geograficamente móveis.

([18]) Onde a atividade exercida, em princípio, é mais difícil de identificar. Consideram-se *holdings* com atividades maioritariamente transfronteiras aquelas em que: (*i*) mais de 60% do valor contabilístico de certo tipo de ativos (bens móveis e imóveis) estejam situados num outro EM da UE; ou (*ii*) pelo menos 60% dos rendimentos passivos auferidos tenham origem em operações transnacionais.

([19]) Ver art. 6.º n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *c*).

([20]) Quando qualificada como declarante, a *holding* deverá incluir na sua declaração anual de rendimentos um conjunto de elementos (os indicadores de substância mínima) que, caso não cumpram com os critérios previstos na ATAD 3, levam à aplicação de uma presunção de que a *holding* não tem um nível mínimo de substância económica.

substância económica(21), como se tentará analisar criticamente na subsecção seguinte.

II. 3. Os objetivos

Com a adoção da ATAD 3, cuja transposição para o Direito nacional dos vários Estados-Membros (EM) se previa para 2023 e entrasse em vigor em 2024(22), procura-se dar continuidade aos propósitos apresentados nas anteriores Diretivas antielisão fiscal (ATAD 1 e ATAD 2)(23), mas a partir de agora através de um regime específico para evitar a utilização de *holding*s — ou qualquer outro tipo de sociedade, independentemente da sua dimensão ou forma jurídica — com fins exclusivamente de elisão ou abuso fiscal(24).

A ATAD 3 procura, assim, abranger todas as sociedades *holdings* — e demais sociedades ou entidades — que para efeitos fiscais possam ser consideradas residentes num EM(25), pese embora na realidade não exerçam uma atividade económica mínima. São frequentemente *holdings* interpostas que, como dissemos, apenas visam atingir vantagens fiscais para o grupo societário onde se inserem ou para o seu beneficiário efetivo(26).

Com efeito, conforme a proposta de Diretiva exemplifica, uma *holding* "financeira pode ser constituída para cobrar todos os pagamentos de

---

(21) Sendo certo que a verificação deve visar não apenas o rendimento, mas também os ativos. Neste sentido, ver o Parecer de 06.04.2022, do Comité Económico e Social Europeu, sobre a proposta de Diretiva (ATAD 3), ao referir que tal verificação deve abordar os casos em que os ativos não geram rendimento.

(22) Conforme art. 18.º, n.º 1 ATAD 3.

(23) Ver em especial a Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência no funcionamento do mercado interno (ATAD I) e a Diretiva 2017/952 do Conselho de 29 de maio, que altera aquela Diretiva 2016/1164 no que se refere às assimetrias híbridas com estados terceiros (ATAD II).

(24) Incluindo pequenas e médias sociedades porquanto, ao contrário do pilar 2, a ATAD 3 não se limita a grupos multinacionais com receitas globais superiores a € 750 milhões. Espera-se, assim, que afete muitas pequenas e médias entidades e, por exemplo, as *partnerships* ou *trust,* desde que exerçam uma atividade económica com residência fiscal num EM e estejam em condições de obter um certificado de residência fiscal nesse EM.

(25) A proposta de Diretiva não se aplica a entidades com residência em países terceiros. No caso de pagamentos de, ou para, uma *entidade de fachada* considerada residente num país terceiro a atribuição de direitos fiscais deve ser determinada por acordos de dupla tributação. As autoridades tributárias de países terceiros podem solicitar a consulta de informações sobre as *entidades de fachada* situadas na UE com o intuito de identificar o pagador/beneficiário de certo fluxo financeiro.

(26) Beneficiário efetivo na aceção do art. 3.º, ponto 6, da Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2015.

atividades financeiras de outras sociedades do grupo em diferentes Estados-Membros da UE, beneficiando das isenções de retenção na fonte da Diretiva Juros e *Royalties*([27]) e em seguida pode transferir esse rendimento para as sociedades afiliadas em jurisdições de países terceiros com baixa tributação com o objetivo de explorar tratados fiscais favoráveis"([28]).

Razão pela qual a ATAD 3 pretende identificar as entidades que são, efetivamente, residentes fiscais num EM e nele se apresentam como exercendo atividade económica, mas que na verdade não têm substância ou, pelo menos, não possuem nesse EM a substância económica mínima exigida em resultado da submissão a um determinado teste: o designado *teste de substância*.

Assim, para determinar se certa *holding interposta* possui, ou não, substância mínima impõe-se a submissão àquele teste, através de um percurso analítico constituído pelas seguintes sete etapas:

Em primeiro lugar, procede-se a uma divisão entre entidades com alto risco e entidades com baixo([29]) risco de apresentarem falta de substância e de serem usadas de forma abusiva para fins fiscais. Considerando que as primeiras exibem um conjunto de características comuns que preenchem cumulativamente os três *critérios de partida* (designados *gateways*)([30]) a que fizemos referência, enquanto os casos de baixo risco se referem às entidades que não satisfazem nenhum ou satisfazem apenas alguns destes critérios de partida, concretizando-se com tal divisão a primeira etapa do *teste de substância*.

Em segundo lugar, apenas as entidades consideradas de risco na etapa anterior ficam sujeitas à apresentação de informações especificas que estão habitualmente presentes numa entidade que exerce uma atividade económica substancial([31]) e que devem fazer parte integrante da declaração de imposto sobre o rendimento, de modo a facilitar a avaliação da sua atividade através de provas documentais satisfatórias de veracidade daque-

---

([27]) Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 03.06.2003, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de EM diferentes.

([28]) A Diretiva não deve afetar a repartição dos direitos de tributação em conformidade com os tratados que preveem a eliminação da dupla tributação, celebrados entre um EM e um país terceiro.

([29]) Os casos de baixo risco que não satisfaçam os *critérios de partida* são irrelevantes para efeitos da Diretiva.

([30]) São os critérios de (falta de) substância.

([31]) Importa, ainda, que sejam divulgadas orientações adequadas relativas ao conceito de atividade económica substancial, a este propósito ver Parecer de 06.04.2022, do Comité Económico e Social Europeu sobre a proposta de Diretiva (ATAD 3) ao chamar a atenção para a necessidade de se atender à compatibilidade do conceito não apenas com o Direito Europeu, mas também com o Direito Fiscal Internacional.

las informações ou através de uma auditoria fiscal(32) que explicite o modelo de negócio e mostre que os atos ou negócios jurídicos praticados não ocorrem apenas por motivos fiscais, na medida em que são justificados por *razões económicas válidas* para a atividade desenvolvida, concluindo-se, assim, a segunda etapa daquele teste.

Em terceiro lugar, avalia-se o resultado das informações prestadas pela *holding* na etapa 2, no sentido de aferir se a mesma satisfaz os requisitos mínimos de substância, considerando factos e circunstâncias do caso concreto à luz de três indicadores de substância da sociedade(33), quais sejam: (*i*) existência de instalações com utilização exclusiva; (*ii*) pelo menos uma conta bancária própria e ativa na UE; (*iii*) e ter um (ou mais) administrador(es) autorizado(s) a tomar decisões em relação às atividades que geram rendimentos relevantes e em dedicação exclusiva(34), residente(s)(35) para efeitos fiscais no EM da *holding* ou na proximidade desse EM. Pretende-se que o bom desempenho das suas funções(36) não seja prejudicado, importando também saber se existe um número suficiente de trabalhadores a residir na proximidade da *holding* e se exercem as principais atividades geradoras de rendimento(37).

Se estes três indicadores de substância estiverem preenchidos presume-se que a *holding* tem substância económica(38) e, consequentemente, não deve ser considerada como *holding de fachada* (*shell entities*).

Assim, os EM poderão isentá-la do cumprimento das obrigações declarativas previstas na ATAD 3 — e ainda que não cumpra os indicadores mínimos de substância — sempre que apresentar informação e documentação complementar demonstrativas das razões comerciais subjacentes à sua constituição e às suas decisões de gestão. Além de provar que: (*i*) a sua atividade é efetivamente controlada no EM da sua constituição e (*ii*) suporta os riscos dessa atividade, a *holding* deverá demonstrar que a

---

(32) Ver art. 7.º, n.º 2, e art. 15.º da ATAD 3.

(33) Ou seja, trata-se de fazer a avaliação do nível de substância económica da sociedade, avaliação essa que deve ser efetuada caso a caso, em face das circunstâncias e dos factos específicos de cada *holding* em apreço.

(34) Demonstrada pelas qualificações, pelos poderes formais que lhe são conferidos e pela participação na gestão.

(35) Termo de "administrador residente" que a ATAD 3 talvez devesse clarificar o seu significado específico.

(36) Desconhece-se, no entanto, qual a interpretação a dar quanto à necessidade de um diretor qualificado e autorizado estar situado a uma distância compatível com o bom desempenho de suas funções.

(37) Ver art. 7.º, n.º 1, da ATAD 3.

(38) A que se refere o art. 8.º, n.º 2, da ATAD 3.

sua existência não reduz a dívida fiscal do seu beneficiário efetivo ou do conjunto do grupo societário onde a mesma se insere.

No entanto, não se exclui a possibilidade de a Administração Tributária([39]) (do EM de residência fiscal da *holding*) contestar tal prova e vir a entender que se trata de uma *entidade de fachada*. Será, por exemplo, o caso de os documentos apresentados não confirmarem as informações comunicadas ou a *holding* não exercer uma atividade económica substancial ao abrigo de outras normas nacionais([40]) ou, bem assim, se não se tratar do beneficiário efetivo de determinado fluxo de rendimento([41]). Com esta apreciação e consequente tomada de decisão por parte da AT completa-se a terceira etapa do *teste de substância*.

Em quarto lugar, será dada a oportunidade à *holding*, que se presume ser de *fachada*, de apresentar factos e circunstâncias específicos demonstrativos de que tem substância([42]) e que não é utilizada abusivamente para fins fiscais em face da demonstração dos objetivos comerciais prosseguidos. Tal demonstração terá de fornecer informação concreta sobre os recursos que utiliza, a atividade que exerce e o modo como é exercida, incluindo informações sobre a existência de *razões económicas válidas* ou razões não fiscais para a sua constituição e manutenção num determinado EM.

Neste sentido, a *holding* deverá justificar a falta de instalações próprias, conta bancária ou funcionários em regime de exclusividade. Sendo, ainda, necessário avaliar se as principais decisões sobre as atividades geradoras de valor são tomadas nesse EM([43]).

([39]) Devendo questionar-se o modo como a mesma procede a tal avaliação, quer negativa quer positivamente, em face do caso concreto, tanto mais que tais obrigações declarativas assentam em normas jurídicas que contêm conceitos indeterminados "em que o pensamento tipológico (o vaivém entre a norma e o tipo é constantemente utilizado", neste sentido ver Ana Paula Dourado *O princípio da legalidade fiscal, tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra, 2007, p. 563.

([40]) A ATAD 3 não visa substituir as normas de Direito interno ou normas de Direito Fiscal internacional em vigor para combater o abuso fiscal por parte de *holdings de fachada* na UE. Ao invés, a ATAD 3 visa a existência de um conjunto de regras uniformes que garantam a coerência dos requisitos de substância para efeitos fiscais na UE, através de critérios objetivos e sanções em caso de incumprimento no que diz respeito a tal substância.

([41]) É o que sucede quando a atividade em averiguação tende a envolver a ocultação do beneficiário efetivo através da interposição de várias *holdings* ou *entidades de fachada* na estrutura societária.

([42]) Conforme se dispõe no art. 9.º, n.º 1, da ATAD 3.

([43]) Sempre que necessário, depois da fase da troca automática de informações obrigatória ao abrigo da ATAD 3, os EM devem invocar o art. 5.º da Diretiva 2011/16/UE do Conselho no que se refere à troca de informações a pedido para obterem informações suplementares, e na medida em que as entidades devem fornecer ao EM da sua residência fiscal tais informações, sem prejuízo de serem estabelecidos requisitos comuns sobre o que pode constituir elemento de prova suplementar (ver

Na medida em que a ilisão da presunção de falta de substância mínima(44) e de abuso fiscal crie um encargo, quer para a AT quer para a entidade, e leve a concluir no exercício fiscal em apreço que, afinal, a entidade possui uma substância mínima para efeitos fiscais, não existindo um objetivo de elisão ou abuso fiscal — ou seja, a entidade ilide a presunção de que se trata de uma *entidade de fachada* — então, nesse caso, desde que não se alterem as circunstâncias de facto e de direito, a Diretiva autoriza a prorrogação da validade da ilisão por mais cinco anos(45). Dando-se, assim, por terminada a quarta etapa do *teste de substância*.

Em quinto lugar, permite-se que a entidade — que satisfaça os *critérios de partida* (*gateways*) ou que não cumpra os requisitos de substância mínima — demonstre que está a ser utilizada para *atividades empresariais genuínas* sem criar uma vantagem fiscal para si, para o grupo societário ou para o beneficiário efetivo final. Tal demonstração, que se faz através da comparação do montante do imposto a pagar pelo grupo antes e depois da interposição da entidade na estrutura societária(46), exime a *holding* das obrigações previstas na ATAD 3.

Com efeito, esta refere um conjunto de entidades que, pelas suas características — como sejam, entre outras, a sujeição a supervisão, âmbito geográfico da sua atividade ou residência dos sócios — se qualificam como *holdings* não declarantes, ficando assim não sujeitas às consequências aplicáveis às entidades sem substância.

Nesse elenco de entidades incluem-se, designadamente: *i*) *holdings* que tenham valores mobiliários admitidos à negociação ou cotados em bolsa ou em sistema de negociação multilateral; *ii*) *holdings* financeiras regulamentadas; *iii*) *holdings* dedicadas principalmente à detenção de partes de capital de entidades operacionais que se encontrem estabelecidas no mesmo EM, na medida em que o beneficiário efetivo seja igualmente residente nesse EM; *iv*) *holdings* com atividade de gestão de sociedades(47) que se encontrem estabelecidas no mesmo EM da residência do(s) seu(s) acionista(s)/sócio(s) ou da sociedade-

---

art. 9.º, n.º 2, da ATAD 3) adequado e que deve, por conseguinte, ser exigido em todos os casos. Neste sentido considera-se que aquela Diretiva deve ser alterada em conformidade.

(44) Nos termos dos arts. 8.º e art. 9.º, n.º 3, da ATAD 3.

(45) Ver art. 9.º, n.º 4, da ATAD 3.

(46) Importa ter presente que a utilização do termo *entidade de fachada* não significa que não possa eventualmente inexistir elisão ou abuso. À semelhança do que sucede na avaliação do planeamento fiscal agressivo, neste sentido ver a Recomendação da Comissão de 06.12.2012 (2012/772/UE), JO L 338 de 12.12.2012, p. 41.

(47) Conforme ponto 7 da Secção I do Anexo III da Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011.

mãe e *v*) *holdings* que empreguem, pelo menos, cinco trabalhadores a tempo inteiro, ou administrador(es) que se dedique(m) exclusivamente à atividade que gera o rendimento relevante dessas *holdings*. Concluindo-se com a análise comparativa do montante do imposto a pagar pelo grupo antes e depois da interposição da *holding* na estrutura societária a etapa cinco do *teste de substância*.

Em sexto lugar, atendem-se às consequências fiscais de as *holdings* não cumprirem com os indicadores mínimos de substância([48]) e, por isso, serem consideradas *entidades de fachada*, que consequentemente não podem beneficiar das vantagens fiscais decorrentes da aplicação das disposições de Direito Europeu([49]).

Além de estas entidades não estarem autorizadas a beneficiar de tais disposições que prevejam, designadamente, a eliminação da dupla tributação, o EM onde se situa a *entidade de fachada* não lhe atribui certificado de residência fiscal para apresentação noutras jurisdições([50]), antes emite uma declaração que expressamente a impede de obter tais vantagens([51]). Encerrando-se, assim, a etapa seis do *teste de substância*.

Em sétimo e último lugar, promove-se o intercambio de informações em tempo útil sobre *entidades de fachada* ou que não possuam substância

---

([48]) Quer as consequências fiscais de não ter substância mínima num EM que não seja o EM da *holding,* nos termos do art. 11.º da ATAD 3, quer as consequências fiscais de não ter uma substância mínima para efeitos fiscais no EM da *holding* de acordo com o art. 12.º da ATAD 3.

([49]) Ver, em especial, a Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas e a Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties*.

([50]) Sem que a recusa de emissão de certificado de residência fiscal prejudique a aplicação de normas nacionais sobre residência fiscal, mas antes sirva para informar outros EM e países terceiros que não devem ser concedidas deduções ou reembolsos relativamente a operações que envolvam essa entidade em face de qualquer tratado celebrado com o EM da entidade, ou, se for o caso, em face das Diretivas, ver neste sentido art. 11.º da ATAD 3.

([51]) Assim se divulgando, *v.g*. aos EM de que não devem conceder benefícios a favor da *entidade de fachada*, ainda que previstos nas Diretivas ou nos tratados fiscais celebrados com o EM da referida *holding* (ver, neste sentido, as consequências fiscais de não ter substância mínima para efeitos fiscais no EM da entidade nos termos do art. 12.º da ATAD 3); havendo nesse caso que determinar a jurisdição que deve ter o direito de tributar o rendimento. A repartição dos direitos de tributação deve ter em conta todas as jurisdições que possam ser afetadas por operações que envolvam a *sociedade de fachada*. Podendo incluir países terceiros, *v.g*., quando o rendimento de um país terceiro é transferido para a *sociedade de fachada*, quando o acionista dessa sociedade se encontre localizado num país terceiro ou, ainda, quando a sociedade detém ativos localizados nesse país terceiro. Existindo acordo entre o EM e um país terceiro deve ser respeitado o acordo no que diz respeito à repartição dos direitos de tributação; não existindo tal acordo o EM deve aplicar o seu direito nacional. Os cenários em que tais *entidades de fachada* são residentes para efeitos fiscais fora da UE não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva. Entende-se, no entanto, que existe a necessidade de uma lista completa de todas as jurisdições fiscais não cooperantes localizadas fora da UE, nomeadamente para que as *holdings* da UE possam confirmar se os fundos e ativos que gerem estão ligados a *entidades de fachada* localizadas fora da UE.

mínima, sendo tais informações trocadas automaticamente através de uma rede comum de comunicações (CCN) desenvolvida pela União e registadas num diretório central([52]), que durante 30 dias([53]) as disponibiliza, a qualquer momento, a todos os EM([54]), sem necessidade de estes formalizarem o respetivo pedido, para efeitos de auditorias fiscais([55]). Período a partir do qual a AT de qualquer EM poderá oficializar o pedido de troca automática([56]) de informações à AT do EM onde se encontra situada a sociedade suspeita de ser uma *entidade de fachada* ou de não ter a substância mínima exigida([57]). Cabendo aos EM a responsabilidade de estabelecer as sanções — efetivas, proporcionadas e dissuasivas([58]) — aplicáveis em caso de violação da obrigação de comunicação das informações previstas na Diretiva([59]). Neste sentido, o EM requerido fica obrigado a realizar uma auditoria fiscal([60]) e a partilhar as informações sobre os resultados da mesma,

---

([52]) Ver 4), ponto 5, art. 13.º da ATAD 3. Neste sentido ver também a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018 (conhecida como "DAC 6"), que pretende desencorajar o planeamento fiscal agressivo. Como expressivamente defendem Weber, D., & Steenbergen, J. *The (absence of) Member State Autonomy in the Interpretation of DAC6: a Call for EU Guidance,* 2021, *EC Tax Review*, 30(5-6), pp. 254-261, a DAC 6 estabelece um quadro legal uniforme para a troca espontânea de informações através do qual os EM devem assegurar a plena eficácia do direito da União. Para tal, os conceitos devem ser definidos (e interpretados) de acordo com o objeto e a finalidade da Diretiva, importando atender não só à autonomia dos EM na definição e interpretação dos conceitos utilizados na DAC 6, como também ter em consideração as fontes relevantes para tal definição e interpretação, no âmbito dos acordos fiscais potencialmente agressivos, cf. os relatórios e Ação 12 do BEPS, em que a DAC 6 se baseou e com os quais a DAC 7 se alinhou e estabeleceu normas sobre troca de informações para efeitos fiscais no contexto das plataformas digitais nas transações com cripto ativos. Entretanto, a 08.12.2022, a Comissão apresentou uma proposta de revisão da Diretiva 2011/16/UE do Conselho (DAC 8), que mereceu, a 16.05.2023, o acordo do Conselho ECOFIN e que prevê alterações na troca de informações entre as autoridades fiscais dos Estados-Membros da UE.

([53]) O que poderá constituir eventualmente um desafio em termos da sua praticabilidade se se vier a verificar, como parece, ser um prazo demasiado curto.

([54]) Ver 2), ponto 3, art. 13.º da ATAD 3.

([55]) Qualquer EM tem o direito de pedir a outro EM que realize auditorias fiscais às entidades que apresentem o risco de não terem uma substância mínima na aceção da ATAD 3, tendo o EM requerido a obrigação de a realizar e de partilhar informações sobre os resultados, devendo os EM comunicar regularmente à Comissão as referidas informações sobre a aplicação e execução no seu território das medidas nacionais adotadas em conformidade com a ATAD 3, para que aquela acompanhe tal aplicação e execução e avalie a sua eficácia com posterior publicação de relatório; neste sentido ver os arts. 16.º e 17.º da ATAD 3.

([56]) Já decorrente da Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15.02.

([57]) Caso se verifique a existência de uma *entidade de fachada* a troca de informações deve ser automática; conforme art. 13.º ATAD 3.

([58]) Conforme o disposto no art. 14.º ATAD 3.

([59]) Considerando-se um conjunto de sanções pecuniárias mínimas de, pelo menos, 5% do volume de negócios da entidade, conforme se dispõe no art. 14.º ATAD 3.

([60]) Nos termos do art. 15.º ATAD 3.

ainda que não se venha a verificar a existência de uma *entidade de fachada*, dando-se por concluída a sétima e última etapa do *teste de substância*.

Em síntese, as *holdings* que não *passarem* nestas sete etapas de verificação de substância são consideradas *entidades fictícias ou de fachada* (*shell entities*) desprovidas de *substância económica*([61]), devendo o rendimento ser tributado no EM onde residem os acionistas da *holding*, como se fosse pago diretamente a esses acionistas([62]).

III. Considerações conclusivas

Como acabámos de observar, a tentativa de impedir a interposição abusiva de *holdings* sem atividade económica efetiva no grupo societário, constitui uma nova medida proposta pela ATAD 3, com o fim de criar mais transparência fiscal na União Europeia, com impacto na governação fiscal europeia e internacional.

Vimos que ao fixar indicadores de substância mínima para as *holdings* residentes em cada EM e um sistema de comunicações entre estes, com definição de consequências fiscais para as sociedades incumpridoras das obrigações nela previstas, a ATAD 3 apenas exclui as entidades que a Comissão Europeia considera de baixo risco de serem consideradas *entidades de fachada*, por não praticarem actos ou negócios jurídicos que a ATAD visa evitar.

Defendemos que importaria salvaguardar a possibilidade de certas *holdings* interpostas por motivos fiscais poderem, ainda assim, ficar excluídas da aplicação da ATAD 3, por impossibilidade de averiguação da

---

([61]) Sem embargo, como já vimos, de poderem refutar a presunção de *shell entities* através da produção de prova da atividade realizada.

([62]) O imposto pago sobre o rendimento no EM da *holding*, se for caso disso, deve ser tido em conta e deduzido do imposto devido no EM dos acionistas, de modo a evitar a dupla tributação. Caso os acionistas da *holding* não residam num EM o rendimento deverá ser tributado na jurisdição da residência fiscal do ordenante, como se fossem pagos diretamente aos acionistas. De referir que a este propósito o Comité Económico e Social Europeu (CESE) considera que as verificações não devem incidir apenas sobre os rendimentos, mas também sobre os bens, uma vez que os impostos podem ser cobrados mesmo quando não gerem quaisquer rendimentos, como sucede com os impostos sobre o património, sendo certo que para gerir corretamente as verificações e partilhar as informações, a Comissão deve ter capacidade adequada e recursos suficientes para o fazer. Ver o *Parecer CESE Secção da União Económica e Monetária e Coesão Económica e Social de 09.03.2022;* Relator: *Benjamin Rizzo* e Correlator*: Javier Doz Orrit.*

atividade que tais sociedades venham a desenvolver sem a divulgação completa da informação dos atos e negócios jurídicos praticados.

Destacámos a importância de três condições, quais sejam: (1) o tipo de rendimento; (2) a atividade transnacional; (3) e *outsourcing* das principais atividades desenvolvidas, não serem cumulativamente preenchidas para a *holding* não ter de se submeter às obrigações declarativas de reporte.

Advogámos que pese embora a *holding* possa preencher aquelas condições, ainda assim, deve ficar isenta de tais obrigações de reporte, desde que demonstre que os seus atos ou negócios jurídicos não reduzem o imposto a pagar, quer se trate do seu beneficiário efetivo quer se trate do grupo societário no seu todo.

Afirmámos que a *holding* também ficará desobrigada de apresentar tais declarações de reporte por não atingir os indicadores de substância, que nos termos que deixámos explicitados são considerados mínimos, presumindo-se em consequência que a sociedade não possui substância mínima.

Para que o não atingir os indicadores mínimos de substância possa significar que não tem substância mínima, defendemos que a *holding* terá ainda de demonstrar que a sua atividade relevante ocorre no EM onde reside e existe por *razões comerciais válidas*, devendo apresentar em conformidade informação pormenorizada sobre o perfil dos seus trabalhadores.

Considerámos que as exigentes obrigações declarativas, a que as referidas sociedades passam a estar sujeitas, devem ser prestadas à luz do princípio da proporcionalidade, por só assim tais medidas tenderem ao reforço da eficácia das Diretivas antielisão e cooperação administrativa, em face da necessidade de continuar a assegurar a competitividade das *holdings* na UE.

Dissemos que a ATAD3 prevê alterações à Diretiva de Cooperação Administrativa entre as Administrações Tributárias dos vários EM, quer em resultado da maior amplitude das declarações proferidas pela *holding* quer em resultado do procedimento de auditoria que isente, ou não, a obrigação de reporte. Ainda que, à semelhança do que sucede no âmbito das Diretivas antielisão fiscal e cooperação administrativa em matéria fiscal, a ATAD 3 tenha necessariamente que respeitar os atos e negócios jurídicos que envolvam segredo comercial em face de todos os interesses envolvidos.

Vimos que se pode presumir que a *holding* é uma entidade de *fachada* e que esta pode não conseguir ilidir tal presunção, existindo consequências fiscais traduzidas na exclusão de qualquer vantagem fiscal obtida no EM ao abrigo do Direito Europeu.

Afirmámos que para obter tal vantagem fiscal a *holding*, em princípio, necessita de apresentar um certificado de residência fiscal, mas por se tratar de uma *holding de fachada* o EM de residência não emitirá tal certificado, mas sim uma declaração impeditiva de a *holding* ser utilizada com o objetivo de obter a referida vantagem fiscal.

Dissemos, ainda, que a exclusão de vantagens fiscais implica determinar a repartição dos direitos de tributação tendo em consideração todos os EM vinculados pela ATED 3 que possam ser afetados pelos fluxos financeiros que envolvam a *holding de fachada*, não afetando estados terceiros.

Concluímos que existem casos em que o rendimento é transferido de um estado terceiro para a *holding de fachada*, ou os acionistas da *holding* estão localizados num estado terceiro ou, ainda, casos em que a *holding* detém participações sociais localizadas num estado terceiro. Nestas situações defendemos que os acordos para evitar a dupla tributação celebrados entre o EM e o estado terceiro devem ser integralmente cumpridos no que se refere à repartição dos direitos de tributação, só devendo o EM aplicar o seu direito interno se não existir a celebração de tais acordos.

Finalmente defendemos que as *holdings* que não *passarem* no teste de verificação de substância devem ser consideradas *entidades fictícias ou de fachada* (*shell entities*) desprovidas de *substância económica*, devendo o rendimento ser tributado na esfera jurídica dos acionistas da *holding*, como se fosse pago diretamente a esses acionistas.

EM DEFESA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE OFENSAS À HONRA

Eleutéria não protege apenas Hedilogos

Pelo Doutor Renato Lopes Militão(*)

Sumário:

Introdução. 1. Da legitimidade constitucional da tutela penal da honra. 2. A tutela penal da honra perante o sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. 3. A tutela da honra à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 4. O movimento de descriminalização de atentados à honra. 5. A tutela civilista da honra na ordem jurídica portuguesa. 6. A tutela penal da honra na ordem jurídica portuguesa. 6.1. Dos crimes contra a honra, *lato sensu*. *6.1.1.* O bem jurídico protegido. *6.1.2.* O crime (base) de difamação. *6.1.2.1.* As vítimas. *6.1.2.2.* O tipo objetivo. *6.1.2.3.* O tipo subjetivo. *6.1.2.4.* As justificativas especiais. *6.1.3.* O crime de difamação cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação. *6.1.4.* O crime de difamação caluniosa. *6.1.5.* O crime de difamação cometido através de meio de comunicação social. *6.1.6.* A agravação das penas dos crimes de difamação por virtude do estatuto funcional da vítima. **6.2.** Dos crimes contra a honra funcional. *6.2.1.* O bem jurídico protegido. *6.2.2.* O crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional. *6.2.3.* Os crimes de ofensa à honra do Presidente da República. **6.3.** Os crimes de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva. **6.4.** Os crimes de ofensa à memória de pessoa falecida. **Conclusões**.

«Neste país em diminutivo
respeitinho é que é preciso»

Alexandre O'Neill

(*) Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Criminais). Advogado.

Introdução

Há várias décadas que a defesa da descriminalização de atentados à honra se encontra inscrita na agenda das principais instituições internacionais de proteção e promoção dos Direitos Humanos(1), desde logo do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Embora porventura com menor entusiasmo e visibilidade, tal objetivo é igualmente preconizado no seio da doutrina constitucional e, mesmo, entre os penalistas. Também movimentos cívicos, quer internacionais, quer domésticos, se batem por esse desiderato.

A nosso ver, tanto o programa constitucional português, como o sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)(2) e, entretanto também, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), apontam na referida direção. Contudo, a tutela da honra pela lei penal portuguesa está longe de a seguir. Por sua vez, apesar de nos últimos anos terem surgido alguns sinais de sentido inverso, a nossa jurisprudência tende a sobrevalorizar esse bem jurídico-penal, em detrimento dos bens colidentes.

Perante este quadro, parece-nos chegada a hora de o legislador português assumir a descriminalização da generalidade das agressões à honra. O nome do nosso país sairia prestigiado, nomeadamente no seio das instituições internacionais de defesa e promoção dos Direitos Humanos, e a democracia portuguesa seria certamente robustecida, designadamente enquanto «*forma de vida*» e «*impulso dirigente*» da sociedade(3). Nas próximas páginas, tentaremos fundamentar e concretizar uma proposta para o referido efeito.

1. Da legitimidade constitucional da tutela penal da honra

De acordo com a doutrina largamente maioritária, que acompanhamos, a Constituição da República Portuguesa (CRP), sobretudo por força do seu art. 18.º, n.º 2, afeta a legitimidade da intervenção penal à verifica-

---

(1) Na sequência da Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, de 3 de abril, utilizamos a expressão *Direitos Humanos* em substituição da expressão *Direitos do Homem*.

(2) Não obstante a sua denominação oficial ser Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, este diploma é comumente designado por Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

(3) Cf. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 19.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016, p. 288.

ção de dois requisitos sequenciais. Em primeiro lugar, a *dignidade penal*. Em seguida, a *necessidade* ou *carência de tutela penal*([4]).

A *dignidade penal* importa, antes de mais, que o Direito Penal apenas proteja bens com respaldo constitucional, sendo de algum modo subsumíveis ao elenco dos direitos e deveres fundamentais ou dos princípios constitucionais que regem a ordem social, económica e política([5]). No entanto, à luz deste critério, nem todos os bens jus-constitucionais merecem proteção penal. De entre eles, somente os que se mostrem imprescindíveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada podem ser objeto de tutela penal. Ou seja, só estes últimos são suscetíveis de integrar a categoria dos *bens jurídico-penais*([6]).

Todavia, ainda de acordo com o critério da *dignidade penal*, os próprios bens jurídico-penais não merecem proteção penal contra todas e quaisquer agressões. Dito de outro modo, nem todos os comportamentos que lesem ou ponham em perigo esses bens são merecedores de censura penal. Apenas as condutas de extrema gravidade ético-social, que se mostrem socialmente intoleráveis, à luz do programa constitucional no seu todo, poderão assumir dignidade penal e, assim, justificar a intervenção do Direito Penal([7]).

Porém, num Estado de direito democrático, dado que o Direito Penal utiliza os meios jurídicos mais gravosos para direitos fundamentais, mesmo estando em causa a proteção de bens suscetíveis de serem levados à conta de *bens jurídico-penais* relativamente a comportamentos socialmente intoleráveis, a intervenção penal deve ser *subsidiária* ou de *ultima ratio* e *fragmentária*([8]). Ou seja, deve presidir-lhe o *princípio de interven-*

([4]) Cf. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, *«Constituição e Crime», Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, Universidade Católica, 1995, pp. 218-222.

([5]) Segundo Figueiredo Dias, «um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali — e só ali — onde se encontre *refletido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que "preexiste" ao ordenamento jurídico-penal» (cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 136).

([6]) Cf. Andrade, Manuel da Costa, «A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime», *in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n.º 2, abril-junho 1992, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 184.

([7]) Nas palavras do Tribunal Constitucional (TC), «o *instrumentarium* penal "*há de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à proteção das condições existenciais indispensáveis ao viver comunitário"*» (cf. Acórdão n.º 179/2012, de 04/04/2012, acompanhando o Aresto do mesmo Tribunal n.º 83/95).

([8]) Cf. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, reimpressão de 2008, pp. 65-66.

ção mínima(9). É justamente este princípio que o requisito da *necessidade* ou *carência de tutela penal* concretiza.

Este requisito concede primazia a soluções não penais, sempre que as mesmas respondam adequada e eficazmente às necessidades sociais de proteção de bens jurídico-penais. Por conseguinte, mesmo estando em causa a proteção de um bem com dignidade penal face a comportamentos também penalmente relevantes, o Direito Penal não deve intervir se tais agressões ou perigos de agressões a esse bem puderem ser evitados através de outros instrumentos de política social. Se o Direito Contraordenacional, o Direito Disciplinar, o Direito Administrativo, o Direito Civil ou outro qualquer ramo de Direito salvaguardarem idónea e eficazmente um bem suscetível de ser levado à conta de bem jurídico-penal relativamente a comportamentos socialmente intoleráveis, o Direito Penal não deve ser convocado para o efeito(10).

No entanto, o requisito da necessidade ou carência de tutela penal importa ainda a demonstração empírica, a partir do funcionamento da sociedade, da capacidade da intervenção do Direito Penal para realização do fim almejado(11). Normas penais meramente simbólicas, sem efetividade ou eficácia, não cumprem esse requisito.

Ademais, em face do requisito em apreço, a criminalização não deve implicar sacrifícios desmesurados, não só para a liberdade e/ou para a propriedade, como também para os bens constitucionais potencialmente colidentes com o bem ou bens cuja proteção for visada pela norma incriminadora e que, portanto, poderão vir a ser agredidos pela mesma, seja diretamente, seja através de consequências colaterais. A afetação excessiva de bens constitucionais por uma incriminação anula as vantagens da mesma. Por conseguinte, os próprios *tipos* criminais devem assumir já a conflitualidade entre os bens jurídicos que resguardam e os bens constitucionais antagónicos, impondo-se que neles se inicie a *harmonização* entre esses bens, sem prejuízo de tal procedimento dever prosseguir e acentuar-se subsequentemente, no domínio da *ilicitude*/*justificação* das condutas tipicamente relevantes(12).

---

(9) Cf. Puig, Santiago Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 10.ª ed. atualizada e revisada, Barcelona, Reppertor, 2016, p. 128.

(10) Cf. Acórdão do TC n.º 108/99, de 10/02/1999.

(11) Já chegou a ser advogado que todas as medidas penais sejam precedidas de estudos empíricos que comprovem a impossibilidade de se responder ao fenómeno social em causa através de outro ramo de Direito (assim, Jürgen Baumann, *apud* Leite, André Lamas, «Crise da Pena de Prisão e os Abolicionismos — Roteiro de Análise», *in: Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5 (2019), n.º 2, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 952, disponível na *Internet*, *in:* <https://www.cidp.pt>).

(12) Cf. Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma Perspetiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 218, ss.

De todo o modo, não pode deixar de se reconhecer que o juízo de necessidade ou carência de tutela penal é, em grande medida, empírico e político. Desta sorte, a margem de liberdade do legislador democrático para decidir, à luz desse critério, sobre a criminalização/descriminalização de comportamentos, não sendo ilimitada, é necessariamente vasta.

O que se deixou dito assume ainda maior acuidade quando se está perante *crimes de perigo*. Efetivamente, a tipificação destes crimes representa uma antecipação da tutela penal. Por esta via, prescinde-se de uma ofensa efetiva aos bens jurídicos tutelados, postergando-se assim o *princípio da ofensividade*, comummente sintetizado pelo brocardo latino *nullum crimen sine iniuria*.

Os crimes de perigo representam, pois, uma enorme ampliação das margens de punibilidade. Concomitantemente, reduzem em muito as possibilidades de defesa do arguido(13). Deste modo, são suscetíveis de pôr em causa, designadamente, os princípios da proibição do excesso (art. 18.º, n.º 2, da CRP), da legalidade (art. 29.º, n.os 1, 3 e 4, da CRP), da culpa (arts. 1.º e 25.º, n.º 1, da CRP) e da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). Por conseguinte, acentuam superlativamente a necessidade de averiguação da legitimidade da intervenção penal.

Tal exigência é particularmente intensa no que concerne aos crimes de perigo abstrato(14). Na verdade, fazer-se avançar a tutela penal, não só sem se exigir qualquer dano, como dispensando-se mesmo a verificação de um perigo, aumenta enormemente o risco de agressões, quer aos princípios constitucionais de legitimação dessa tutela, quer também aos princípios da legalidade, da culpa e da presunção de inocência. Consequentemente, a criação de crimes de perigo abstrato apenas deve ser admitida a título excecional(15).

A nosso ver, a reação penal através da tipificação de crimes desta categoria somente será legítima (*i*) estando em causa a tutela de bens jurídico--penais de superlativa importância, (*ii*) tratando-se de condutas que se afigurem inequivocamente aptas a lesar os bens em referência e (*iii*) existindo fortes indícios de que, na realidade, é frequente tais condutas causarem danos a esses bens. Não é, pois, bastante para o efeito que condutas idóneas

---

(13) Cf. Hassemer, Winfried, «Processo Penal e Direitos Fundamentais», *in:* Palma, Maria Fernanda, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 21.

(14) Cf. Costa, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 626.

(15) Cf. Palma, Maria Fernanda, «Conceito material de crime e reforma penal», *in: Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-penais*, n.º 0, julho-dezembro de 2014, Coimbra, Almedina, 2014, p. 20.

a provocar danos a bens jurídico-penais da maior importância apenas esporadicamente importem esses danos. Mostra-se necessária a indiciação empírica de que tais condutas envolvem amiúde essa consequência(16).

Porém, a concluir-se pela legitimidade da tipificação de um crime de perigo abstrato, a norma incriminadora deve identificar claramente o bem tutelado e descrever a conduta típica de forma precisa e minuciosa(17). Para além disso, tal norma deve ser interpretada restritivamente(18).

A CRP, em sede de direitos, liberdades e garantias pessoais, reconhece, quer o direito à integridade moral (art. 25.º, n.º 1), quer o direito ao bom nome e reputação (art. 26.º, n.º 1). De acordo com a generalidade da doutrina constitucional, decorre destas normas, ou mesmo apenas da última delas, que o Diploma Básico português não só *fundamentaliza* o direito à honra, como afeta este direito à proteção da honra em sentido amplo, a qual compreende, como adiante melhor veremos, tanto da *honra interna*, como da *honra externa*(19). Por conseguinte, *com este alcance*, a honra é sem dúvida um *bem jus-constitucional*.

Acresce que o *direito fundamental à honra*, em qualquer das suas referidas dimensões, encontra-se umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, sendo indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa. Ademais, a sua proteção é pressuposto da existência e funcionamento de uma sociedade democraticamente organizada. Destarte, é inquestionável a dignidade penal deste bem(20).

---

(16) O TC, no Acórdão n.º 144/2004, de 10/03/2004, avalizou a norma incriminadora do lenocínio simples, que tipifica um crime de perigo abstrato, justamente por existirem estudos empíricos, alguns dos quais identificou, que apontam no sentido de que o fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição, como a cedência, a título de arrendamento, de uma casa para a prática desta atividade, tendem a representar formas de exploração de situações de carência e desproteção social. De todo o modo, pese embora a questão não lhe tenha sido colocada, o referido Tribunal não deixou de abrir aí a porta à possibilidade de contraprova relativamente ao perigo que serve de fundamento à incriminação, bem como à possibilidade da prova associada à aplicação dos critérios de censura de culpa do agente e da atenuação ou eventual exclusão de culpabilidade, em face das circunstâncias concretas do caso.

(17) Cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral, I* …, p. 361.

(18) Propondo diversos critérios tendentes à interpretação restritiva dos tipos dos crimes de perigo abstrato, justamente com vista à sua legitimação constitucional, veja-se Santacana, Joaquim Bages, *El Principio de Lesividad en los Delitos de Peligro Abstracto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, sobretudo p. 42, ss.

(19) Cf. Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade da Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 37; Canotilho, J. J. Gomes, e Moreira, Vital, *CRP Constituição da República portuguesa Anotada, volume I, Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 466; Machado, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 759, ss.

(20) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º», *in:* Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora 2012, pp. 904-905.

Contudo, o homem é um ser eminentemente gregário. Consequentemente, a honra do indivíduo apenas se exprime, realiza e atualiza em sociedade, na relação com os outros. Assim, este bem não só se encontra necessariamente exposto a agressões, como é promovido e robustecido, ao menos em certa medida, por algumas delas. Ora, estas realidades devem ser tidas em conta em sede de incriminação de condutas desonrosas.

Concomitantemente, impõe-se que a defesa da honra pelo Direito Penal conceda espaço à comunicação do pensamento e de informações por parte das outras pessoas. Desde logo para realização da dignidade destas, já que também tais condutas são indispensáveis à concretização da dignidade da pessoa humana([21]). Porém, numa democracia ampla e robusta, como pretende a nossa Constituição que seja a democracia portuguesa, a proteção penal da honra não deve afetar excessivamente a existência e a integridade de uma esfera pública de divulgação, conhecimento e discussão de opiniões e factos suscetíveis de assumirem interesse público. Consequentemente, a honra deve ser encarada pelo Direito Penal como um *bem socialmente vinculado*([22]).

Acresce que os direitos fundamentais da comunicação possuem âmbitos normativos distintos e conferem diferentes níveis de proteção às condutas que resguardam. Apesar de adiante tornarmos a esta matéria, importa adiantar, em brevíssima síntese, que a liberdade de expressão, porque assegura a manifestação do pensamento, aproxima-se da *liberdade natural*. Já a proteção ancorada ao direito de informação, o qual compreende o direito de informar, o direito de se informar e o direito a ser informado([23]), uma vez que tal direito (de informação) tem por objeto a transmissão/receção de realidades concretas, pressupõe, pelo menos, a veracidade destas e o interesse no seu conhecimento. E este panorama tem igualmente de ser levado em consideração na incriminação de atentados à hora.

Paralelamente, nem todas as condutas comunicacionais desonrosas envolvem o mesmo grau de lesividade para a honra. Desde logo, ao menos

---

([21]) Como diz Melo Alexandrino, «sem a liberdade de expressão se atinge não apenas o pensamento, mas também e imediatamente a dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), a autonomia individual e o desenvolvimento da sua personalidade (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e se suprime, afinal, o próprio homem» (cf. Alexandrino, José Alberto de Melo, «O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão», *in:* Morais, Carlos Blanco de, Duarte, Maria Luísa, e Castro, Raquel Alexandra Brízida, *Media, Direito e Democracia*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 50).

([22]) Cf., *v. g.*, Machado, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*…, *cit.*, p. 759, segundo o qual a tutela geral da honra, como de outros bens da personalidade moral, deve ser colocada sob uma «*reserva de interesse público*».

([23]) Cf. art. 37.º, n.º 1, da CRP.

tendencialmente, a manifestação do pensamento, porque se trata da exteriorização de *apreciações subjetivas*, afigura-se menos agressiva para o referido bem do que a afirmação de factos, dado que estes consubstanciam *realidades da vida*([24]). Para além disso, no que concerne à manifestação do pensamento, as suas consequências para a honra dos visados variam consoante se esteja perante apreciações com sustentação fáctica ou puramente gratuitas. Por sua vez, a afetação negativa da honra por via da afirmação de factos é diferente se os mesmos corresponderem à verdade ou forem falsos. Não falta mesmo quem considere que a verdade não ofende. Ou, pelo menos, que «a paz social não deve ser conseguida com o sacrifício da verdade nas relações sociais, única base viável de uma paz autêntica entre os homens»([25]). Também este cenário tem de ser considerado no domínio dos crimes contra a honra.

Em face do que deixámos dito, a tutela penal da honra não deve resguardar este bem na sua integralidade nem relativamente a todos os ataques. Tal proteção deve ser concretizada através de *tipos incongruentes* e *modais*, punindo tão-só condutas muito graves. Para além de dever facultar-se uma margem amplíssima para a justificação das condutas tipicamente relevantes.

2. A tutela penal da honra perante o sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

A CEDH, de que fazem parte integrante os Protocolos Adicionais à mesma aprovados posteriormente, consagra um catálogo de direitos dos particulares frente aos Estados-partes. Concomitantemente, tal Convenção prevê a tutela supraestadual desses direitos, que atualmente é assegurada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), também conhecido por Tribunal de Estrasburgo, dado que se encontra sediado nesta cidade francesa. Acresce que, em virtude de a CEDH (art. 32.º, n.º 1) atribuir ao TEDH competência relativamente a todas as questões respeitantes à *inter-*

([24]) Cf. Matos, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 151.

([25]) Cf. Leal-Henriques, Manuel, e Santos, Manuel Simas, *Código Penal, Referências Doutrinárias, Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*, 2.º Vol,, 2.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1997, p. 319, citando Eduardo Correia.

pretação e à *aplicação* dessa Convenção e dos respetivos Protocolos, os Arestos desse Tribunal servem não apenas para decidir os casos concretos neles em causa, mas também para determinar o conteúdo e o sentido das normas dos referidos instrumentos([26]). Deste modo, a interpretação da CEDH e dos seus Protocolos feita pelo Tribunal de Estrasburgo deve considerar-se parte integrante do corpo de tais diplomas, como se de uma *interpretação autêntica* dos mesmos se tratasse([27]). Assim, a CEDH e os seus Protocolos devem ser assumidos no plano interno dos Estados-partes, designadamente pelos respetivos tribunais, com o conteúdo e o sentido que lhes são conferidos pela jurisprudência de Estrasburgo([28]).

Dado que Portugal é um dos Estados-partes da CEDH, este diploma vigora na nossa ordem jurídica *ex vi* do n.º 2 do art. 8.º da CRP. Assim, como entende a doutrina largamente maioritária, a qual acompanhamos, possui entre nós valor *infraconstitucional* mas *supralegal*([29]). Destarte, as suas normas, com a interpretação que delas faz o TEDH, sobrepõem-se às normas ordinárias internas, as quais, portanto, devem ser desaplicadas se contrariarem aquelas.

O direito à honra não se encontra autonomamente previsto na CEDH. Tal direito somente é referido no art. 10.º, n.º 2, deste diploma, enquanto fundamento legítimo de restrições estaduais ao exercício do direito à liberdade de expressão, *lato sensu*. Ou melhor, o termo honra nem sequer se surpreende nas versões base, isto é, nas versões em francês e em inglês, da citada Convenção. Naquele preceito destas versões da CEDH consta o termo reputação([30]). A referência à honra apenas surge na versão dessa

---

([26]) Cf. Enis, Quentin Van, *La Liberté de la Presse à l`Ère Numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 119-120; Marguénaud, Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l`Homme*, 7.ª ed., Paris, Dalloz, 2016, pp. 186-187.

([27]) Grande parte da doutrina considera que o TEDH é o *intérprete autêntico* da CEDH (cf. Barreto, Ireneu Cabral, *Europeia dos Direitos do Homem, Anotada*, 6.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2020, p. 42; Gauthier, Catherine, Platon, Sébastien, e Szymczak, David, *Droit européen des droits de l`Homme*, Paris, Dalloz, 2017, p. 401). Outros, porém, afirmam que os Arestos do referido Tribunal representam verdadeiros *precedentes* (cf. Lopes, José Eduardo Gonçalves, *A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — o caso português*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 182, acompanhando abundante doutrina; Macovei, Monica, *Freedom of expression, A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2.ª ed., Strasbourg, Council of Europe, 2004, p. 5).

([28]) Cf. Recomendação Rec (2004) 5, de 12/05/2004, do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

([29]) Cf. Barreto, Ireneu Cabral, *A Convenção…*, *cit.*, p. 33. Resumindo as diversas posições doutrinárias sobre a matéria, veja-se Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão …*, *cit.*, p. 103, ss.

([30]) Recorde-se que tanto a língua francesa como a língua inglesa conhecem, quer o termo reputação (*réputacion* / *reputation*), quer o termo honra (*honneur* / *honour*).

Convenção em língua portuguesa, publicada pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, por *errada tradução*.

Daqui parece dever concluir-se que a CEDH não consagra autonomamente o direito à honra, apenas admitindo que a proteção da *honra externa* (reputação) possa legitimar restrições estaduais à liberdade de expressão, em sentido amplo([31]). Todavia, bem ou mal, não cumpre avaliar aqui, nos últimos anos, a maioria dos Arestos do TEDH inclui a honra, *lato sensu*, no direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado no art. 8.º da CEDH, reconhecendo-lhe, por essa via, uma tutela autónoma([32]). Tal solução robustece a proteção da honra, em sentido amplo, uma vez que, igualmente ao invés do que entendeu durante décadas([33]), o TEDH considera hoje maioritariamente que, perante um conflito entre a liberdade de expressão, *lato sensu*, e outro direito também autonomamente consagrado na CEDH, designadamente o direito ao respeito pela vida privada e familiar, impõe-se a harmonização — um *justo equilíbrio*, nas palavras desse Tribunal — dos direitos colidentes([34]).

De todo o modo, é pacífico na jurisprudência de Estrasburgo que a liberdade de expressão, *lato sensu*, constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais do progresso desta e do desenvolvimento de cada pessoa([35]), valendo não apenas para as ideias e informações que possam ser acolhidas favoravelmente ou consideradas inofensivas mas também para aquelas que chocam, ferem ou ofendem, por a tanto exigir o pluralismo, a tolerância e o espírito

---

([31]) Aliás, a conclusão referida no texto sai reforçada, se tivermos presente que, não obstante a CEDH, como é assumido no respetivo preâmbulo, ter sido fortemente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), essa Convenção não consagrou norma equivalente à do art. 12.º deste diploma, que reconhece expressamente, quer o direito à honra (*honneur* / *honour*), quer o direito à reputação (*réputacion* / *reputation*).

([32]) Cf. Acórdão do TEDH de 15/11/2007, caso Pfeifer c. Áustria, § 35, disponível na *Internet*, *in:* <https://hudoc.echr.coe.int/>, onde igualmente se encontram publicados todos os Arestos do Tribunal de Estrasburgo citados no presente texto.

([33]) Durante largos anos, a jurisprudência do TEDH considerou que, perante a norma do art. 10.º, n.º 2 da CEDH, «o Tribunal é confrontado, não com uma escolha entre dois princípios conflituantes, mas com um só princípio, a liberdade de expressão, a qual está sujeita a uma série de exceções que devem ser interpretadas restritivamente» (cf. Acórdão desse Tribunal de 26/04/1979, caso Sunday Times c. Reino Unido, § 65). Identificando diversos Acórdãos do TEDH recentes que mantêm esta orientação, veja-se Derieux, Emmanuel, *Le droit des médias*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 2019, p. 170.

([34]) Cf. Acórdão do TEDH de 29/03/2016, caso Bédat c. Suíça, §§ 52, 53 e 74, no qual esse Tribunal procedeu ao balanceamento, quer entre a liberdade de expressão e o direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º, n.º 1, da CEDH), quer entre aquela liberdade e o direito a um processo equitativo (art. 6.º, n.º 1, da CEDH).

([35]) Cf. Acórdão do TEDH de 02/09/2021, caso Sanchez c. França, § 76.

de abertura, sem os quais não há sociedade democrática([36]), e compreendendo o recurso a algum exagero e, mesmo, provocação([37]), protegendo assim comunicações algo imoderadas([38]).

Atalhando caminho, a esta luz, o TEDH tem afirmado invariavelmente que, estando-se perante comunicações sobre questões de *interesse público*, ou que contribuam para um *debate geral*, porque fazem parte do núcleo básico de uma sociedade democrática, a margem para os Estados-partes imporem restrições ao exercício da liberdade de expressão, *lato sensu*, nomeadamente em nome da defesa da reputação ou do direito à privacidade, é estreitíssima([39]). O mesmo sucedendo se as condutas comunicacionais em causa se reportarem a *figuras públicas*, mormente a atores políticos, visadas nessa qualidade ou por causa dela, aqui também por razões *vitimológicas*, uma vez que estas pessoas expõem-se inevitável e conscientemente a um controlo minucioso das suas palavras e ações e devem mostrar maior tolerância([40]). A referida margem é igualmente reduzidíssima quando se trate de avaliar a divulgação de ideias ou informações através da *imprensa*, *em sentido amplo*, atento o papel desta como «cão de guarda público»([41]) e a sua importância para a satisfação do direito do público a receber informações e ideias([42]), sendo fortíssimo o peso do interesse de uma sociedade democrática em assegurar e manter uma imprensa livre([43]), não devendo os *media* e os jornalistas ser inibidos de exercerem as suas funções (*chilling effect*), designadamente por virtude de condenações, sobretudo penais([44]).

Poucas vezes a jurisprudência portuguesa tem levado na devida conta a vigência da CEDH, tal como é lida pelo TEDH, na nossa ordem jurídica. Ao serem chamados a decidir sobre comunicações agressivas para a honra, os tribunais lusos tendem a proteger este bem, inclusive penalmente, desconsiderando de todo a consagração da liberdade de expressão, *lato sensu*, pela CEDH, bem como a centralidade que o TEDH confere a esta liberdade numa sociedade democrática e as orientações fornecidas por Estras-

---

([36]) Cf. Acórdão do TEDH de 26/04/2007, caso Colaço Mestre e SIC c. Portugal, § 22.

([37]) Cf. Acórdão do TEDH de 28/09/2000, caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, § 34.

([38]) Cf. Acórdão do TEDH de 04/10/2016, caso do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal, § 43.

([39]) Cf. Acórdão do TEDH de 23/07/2013, caso Sampaio e Paiva de Melo c. Portugal, § 20.

([40]) Cf. Acórdão do TEDH de 18/04/2006, caso Roseiro Bento c. Portugal, § 42.

([41]) Cf. Acórdão do TEDH de 22/11/2012, caso Telegraaf Media e outros c. Holanda, § 125.

([42]) Cf. Acórdão do TEDH de 07/06/2007, caso Dupuis e outros c. França, § 35.

([43]) Cf. Acórdão do TEDH de 07/06/2007, caso Dupuis e outros c. França, § 36.

([44]) Cf. Acórdão do TEDH de 07/12/2010, caso Público — Comunicação Social, S.A., e outros c. Portugal, §§ 54-55.

burgo com vista a que os Estados-partes, mormente os seus tribunais, solucionem os conflitos entre esses direitos([45]). O que é sem dúvida fruto de uma cultura que não cumpre aprofundar aqui([46]). Mas é também resultado de leis internas, nomeadamente penais, protetoras da honra manifestamente obsoletas. E assim, o Estado português regista um número de condenações por parte do TEDH por violação daquela liberdade que envergonham o nosso país internacionalmente.

([45]) O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 26/01/2017, Processo 2175/ /11.4TDLSB.L1-9, disponível na *Internet*, *in:* <http://www.dgsi.pt/>, onde igualmente se encontram publicados todos os Arestos dos Tribunais Comuns portugueses citados no presente texto, foi porventura o Aresto nacional que mais radicalizou, assumidamente, a linha referida no texto.

Nele concluiu o referido Tribunal superior:

«II — Declarar o arguido (deputado regional) a um jornal diário que o assistente (líder histórico de um partido de extrema esquerda [o PCTP-MRPP] e advogado) é "um agente da CIA", um "homem da CIA", com consciência da falsidade dessa imputação, constitui uma ofensa à honra e consideração política e pessoal do visado, criminalmente punível como crime de difamação agravada.

III — A interpretação dominante que o TEDH tem vindo a fazer do artigo 10.º da CEDH — no sentido de que, no exercício do direito à liberdade de expressão, é permitida uma ofensa quase ilimitada do direito à honra das figuras públicas e particularmente dos políticos — não vincula os tribunais portugueses.»

Em consequência, o TRL condenou o aí arguido — deputado regional, reitere-se — na pena de um ano de prisão, a cumprir por dias livres correspondentes a fins de semana, em setenta e dois períodos com a duração mínima de trinta e seis horas e a máxima de quarenta e oito horas, cada um. Não é fácil conceber que, num país da Europa Ocidental, no século XXI, um representante do povo, democraticamente eleito, tenha sido condenado à privação da liberdade por, em reação à acusação de que o partido político a que pertencia plagiara um comunicado de outro partido político, a qual havia sido formulada pelo segundo, ter declarado que o *dirigente histórico* deste partido era da CIA, sendo certo que é recorrente no espaço público, interno e internacional, a afirmação de que o partido político do qual o visado era *líder histórico* foi financiado e instrumentalizado pela CIA. Apenas a título exemplificativo, recorde-se que, aquando da indigitação do ex-Primeiro-Ministro português José Manuel Durão Barroso para Presidente da Comissão Europeia, o *Libération*, jornal francês de referência, aliás, uma referência mundial, pela pena do reputado jornalista Jean Quatremer, publicou o seguinte texto: «De direita, Barroso (…) começou num pequeno partido maoista, o Movimento de reorganização do partido do proletariado (MRPP), aquando da Revolução dos Cravos. Surpreendente? Não tanto se se tiver presente que o MRPP foi um dos principais opositores da tomada do poder pelo Partido Comunista Português, a tal ponto que muitos creem hoje que foi financiado e manipulado pela CIA» (disponível na *Internet*, *in:* <http://www.liberation.fr/portrait/2005/04/14/le-portugais-ensable_516439>).

([46]) Tentando uma aproximação às causas de a jurisprudência portuguesa sobrevalorizar direitos personalísticos relativamente aos direitos comunicacionais, diz Dâmaso Simões: «Não desconheço os clichés do "*país do respeitinho*", "*respeitinho*" confundido com intolerância à crítica e ao dissenso, cultivado ao longo de séculos. Nem tão pouco a natureza paroquial da nação, a quase insuportável imobilidade social e a contiguidade excessiva das elites. Estará aí a explicação para as tendências encontradas?» (cf. Simões, Euclides Dâmaso, «A Liberdade de Expressão na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *in: Jurista*, ano 65, Vol. 198, janeiro-junho 2008, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 2008, p. 337).

Em 2015, o International Press Institute (IPI), a mais antiga organização internacional de defesa e promoção do direito de informação, escolheu Portugal como um dos países-alvo dos esforços de sensibilização no sentido da alteração da legislação em matéria de difamação, por duas razões: por um lado, «[a] existência de disposições obsoletas de criminalização da difamação em Portugal que não cumprem os padrões internacionais por uma margem alarmantemente ampla»; por outro lado, a existência de «[u]m número invulgarmente elevado de condenações de Portugal no Tribunal Europeu de Direitos do Humanos (TEDH) por violações do art. 10.º da Convenção Europeia de Direitos do Humanos, muitas das quais relacionadas com a aplicação das leis da difamação»(47). No respetivo Relatório, «[c]om vista a colocar a legislação portuguesa sobre a difamação em linha com os padrões internacionais», foi recomendada a revogação das normas incriminadoras desta conduta ou, pelo menos, a introdução de profundas alterações nas mesmas. Porém, até ao momento, nenhuma dessas propostas foi atendida, não tendo o referido panorama melhorado substancialmente.

3. A tutela da honra à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Em virtude do *reenvio* operado pelo art. 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia, na redação que lhe foi conferida pelo chamado Tratado de Lisboa, de 13/12/2007, que entrou em vigor no dia 01/12/2009, vigora na União Europeia, com o valor jurídico dos Tratados, a CDFUE, de 07/12/2000, com as alterações que lhe foram introduzidas em 12/12/2007.

Tal diploma é, pois, aplicável na ordem jurídica portuguesa, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático. Assim o determina o art. 8.º, n.º 4, da CRP.

Importa, no entanto, sublinhar que o âmbito de aplicação da CDFUE é balizado pelas *cláusulas horizontais* estabelecidas no seu art. 51.º, destacando-se aqui que este diploma apenas vigora nas ordens jurídicas dos Estados-membros quando esteja em causa a aplicação do Direito da

---

(47) Cf. International Press Institute e Observatório da Imprensa, *Briefing: Criminal Defamation in Portugal (Report on the IPI Working Visit — June 2015)*, 2015, p. 8, disponível na *Internet*, *in*: <http://legaldb.freemedia.at>.

União([48]). Desde logo por virtude desta limitação lhe concedemos menor atenção no presente texto.

Tal como a CEDH, também a CDFUE não consagra expressamente o direito à honra, em qualquer das suas dimensões. No entanto, o art. 7.º deste diploma atribui a todos o direito ao respeito pela vida privada e familiar. De acordo com este preceito, todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações. Por sua vez, a *cláusula horizontal* ínsita no art. 52.º, n.º 3, da CDFUE estabelece que, contendo esta Carta direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por esta Convenção, a menos que o Direito da União lhes conceda proteção mais ampla. Assim, por princípio, o sentido e o âmbito do direito ao respeito pela vida privada e familiar conferido pelo art. 7.º da CDFUE correspondem aos que resultam do art. 8.º da CEDH, tal como é interpretado e aplicado pelo TEDH([49]). Ora, como vimos já, hodiernamente, a jurisprudência maioritária deste Tribunal inclui a tutela da honra, *lato sensu*, no âmbito normativo do art. 8.º da CEDH, reconhecendo-lhe, por essa via, uma proteção autónoma.

Todavia, entre os direitos conferidos pela CDFUE, igualmente se surpreende, desta feita no art. 11.º, n.º 1, desse diploma, o direito à liberdade de expressão e informação. Segundo este dispositivo, qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão, o qual compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. Uma vez mais *ex vi* do art. 52.º, n.º 3, da CDFUE, por princípio, o sentido e o âmbito deste direito correspondem aos que resultam do art. 10.º da CEDH, tal como é interpretado e aplicado pelo TEDH([50]).

Dado que analisámos no item anterior o sentido e o âmbito, quer do direito ao respeito pela vida privada e familiar, quer do direito à liberdade

---

([48]) Sobre a matéria, *vd*., *v. g.*, Silveira, Alessandra, «Âmbito de aplicação Artigo 51.º», *in:* Silveira, Alessandra, e Canotilho, Mariana, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 572, ss.

([49]) Cf. Fernandes, Sophie Perez, «Respeito pela vida privada e familiar Artigo 7.º», *in:* Silveira, Alessandra, e Canotilho, Mariana, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 103, ss. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, veja-se o Acórdão da Grande Secção de 15/11/2011, Processo C-256/11, disponível na *Internet*, *in:* <https://eur-lex.europa.eu/>.

([50]) Cf. Ferraz, Maria Ana, e Guerra, Filipe, «Liberdade de expressão e de informação Artigo 11.º», *in:* Silveira, Alessandra, e Canotilho, Mariana, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 163, ss.

de expressão, *lato sensu*, no sistema da CEDH, remetemos aqui para o que então dissemos a esse propósito, bem como para o que aí consignámos relativamente ao tratamento das colisões entre tais direitos. Todavia, importa aduzir duas notas.

Por um lado, a CDFUE, sobretudo no art. 53.º, acentua o que a doutrina tem designado por *interjusfundamentalidade*. Com efeito, aí se encontra consagrado o *princípio do nível de proteção mais elevado*, de acordo com o qual, se para a solução de um caso concreto forem convocáveis normas de diversos ordenamentos jurídicos — de Direito da União, da CEDH e/ou de Constituições estaduais — relativas ao mesmo direito, deve aplicar-se a norma que conceder a tutela mais elevada ao titular do direito em causa.

Por outro lado, o art. 52.º, n.º 1, da CDFUE exige expressamente, além do mais, que qualquer restrição ao exercício dos direitos reconhecidos por este diploma respeite o princípio da proibição do excesso, ou da proporcionalidade, *lato sensu*, devendo, portanto, ser adequada (apta), necessária (exigível) e proporcional (na justa medida). Esta exigência expressa parece tornar incontornável que, no domínio da CDFUE, perante um conflito entre a liberdade de expressão, *lato sensu*, e outro direito também autonomamente consagrado nessa Carta, designadamente o direito ao respeito pela vida privada e familiar, impõe-se a *harmonização* dos direitos colidentes, tal como entende hoje maioritariamente o TEDH, com referência à CEDH.

4. O movimento de descriminalização de atentados à honra

Como se infere do que já se deixou dito, têm sido bem audíveis as vozes que defendem a fragilização da tutela penal da honra, quando não mesmo a total desproteção deste bem pelo Direito Penal. Detetando-se a apologia deste programa, quer por parte de instituições internacionais de defesa dos Direitos Humanos, quer por movimentos cívicos quer na doutrina constitucional, quer mesmo entre os penalistas.

No domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com referência ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), sustentou o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no respetivo Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011, que «[o]s Estados-partes devem considerar a descriminalização da difamação e, em qualquer caso, a

lei penal somente deve aplicar-se aos casos mais graves, nunca sendo apropriada a pena de prisão». Ainda segundo esse Comentário Geral, as leis relativas à difamação, mormente as penais, a serem mantidas, «devem incluir meios de defesa como a prova da verdade dos factos, não devendo ser aplicadas em relação às formas de expressão que, pela sua natureza, não sejam suscetíveis de comprovação». Para além disso, igualmente de acordo com o referido documento, a tutela da honra das figuras públicas, *maxime* de atores políticos, deve ser particularmente frágil.

Também os Relatores Especiais da Organização das Nações Unidas para a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão têm vindo a defender que «as leis criminais relativas à difamação representam uma ameaça potencialmente séria à liberdade de expressão», «devendo ser revogadas em favor das leis civis, pois estas fornecem uma proteção suficiente da reputação»([51]).

Por sua vez, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na Resolução n.º 1577 (2007), de 04/10/2007, sugestivamente intitulada «Rumo à descriminalização da difamação», aponta para o enfraquecimento da incriminação da difamação, desde logo por via da compatibilização das leis dos Estados-partes sobre a matéria com a jurisprudência do TEDH, a qual, pese embora admita a punição criminal de atentados à honra, tem sido grandemente restritiva na verificação da sua conformidade com a CEDH, bem como pela remoção de quaisquer riscos de acusações abusivas ou injustificadas. Tal Resolução foi reiterada na Recomendação n.º 1814 (2007), da mesma Assembleia, também de 04/10/2007, e acolhida na Resposta do Comité de Ministros aprovada na Reunião dos Delegados dos Ministros n.º 1029, de 11/06/2008.

Pese embora mais comedidos, igualmente os órgãos da União Europeia têm apontado no sentido da progressiva desproteção penal da honra. Destacamos aqui a Recomendação (UE) 2022/758, da Comissão, de 27/ /04/2022, «sobre a proteção dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos envolvidos em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública («Ações judiciais estratégicas contra a participação pública»)». Neste diploma reconhece-se expressamente que «existe um apelo internacional crescente à descriminalização

---

([51]) Cf. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mr. Abid Hussain, submitted in accordance with Commission resolution 1999/36*, pontos 48 e 52, primeiro item, *in* E/CN.4/2000/63, de 18 de janeiro de 2000. A orientação sustentada neste Relatório tem sido reiterada em Relatórios subsequentes, formulados por outros Relatores.

da difamação». Para além disso, mostra-se aí grande preocupação, designadamente, «por os relatórios de 2020 e 2021 da Comissão sobre o Estado de Direito evidenciarem que, em vários Estados-Membros, os jornalistas e outras pessoas envolvidas na proteção do interesse público enfrentarem cada vez mais ações judiciais estratégicas contra a participação pública». Acresce que na Recomendação em apreço se propõe, *inter alia*, que:

> «5. Os Estados-Membros devem zelar por que as suas regras aplicáveis à difamação não tenham um impacto injustificado na liberdade de expressão, na existência de um ambiente mediático aberto, livre e plural e na participação pública.
>
> 6. Os Estados-Membros devem zelar por que as suas regras aplicáveis à difamação sejam suficientemente claras, incluindo os seus conceitos, para reduzir o risco de utilização indevida ou abusiva das mesmas.
>
> 7. Os Estados-Membros devem zelar ainda por que as sanções contra a difamação não sejam excessivas e desproporcionadas e ter na máxima conta as orientações e recomendações do Conselho da Europa que abordam o quadro jurídico em matéria de difamação, em especial o direito penal. Neste contexto, os Estados-Membros são encorajados a retirar as penas de prisão por difamação do seu quadro jurídico. Os Estados-Membros são incentivados a favorecer o recurso ao direito administrativo ou civil para tratar os processos por difamação, desde que tais disposições tenham um efeito menos punitivo do que as do direito penal.»

Entre nós, foram já apresentadas à Assembleia da República várias Petições Públicas solicitando a revogação de tipos incriminadores de atentados à honra. Uma delas pediu mesmo a revogação de todo o Capítulo VI do Título I do Livro II do Código Penal (CP), relativo aos crimes contra esse bem(52).

Na verdade, como bem notou a Relação de Évora, a «tendência para a extinção do tipo penal "difamação"» visa «evitar os efeitos nefastos da existência de um vasto tipo penal de "difamação" que provoque o conhecido efeito de arrefecimento de condutas ("chilling effect"), surgindo as ameaças de prossecução por difamação como uma "particularmente insi-

---

(52) Cf. Petição n.º 537/XIII/3.ª, *in: Diário da Assembleia da República, II Série-B, n.º 1*, de 28/09/2018.

diosa forma de intimidação" [Resolução CE 1577 (2007)], que tem sido utilizada na sociedade portuguesa de forma abundante, seja por pessoas, seja por empresas e organismos públicos ou privados, como forma de calar a oposição, impedir o exercício de direitos e impor formas mais ou menos subtis de censura ou de dominância»([53]).

Em suma, cada vez mais se sustenta que, ao menos por princípio, a tutela da honra não seja concretizada através do Direito Penal, mas antes por outros meios jurídicos, designadamente por via do Direito Civil e do direito de resposta e de retificação([54]).

5. A tutela civilista da honra na ordem jurídica portuguesa

O art. 70.º, n.º 1, do Código Civil (CC), determina que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Para a maioria da doutrina, este preceito consagra um *direito geral de personalidade*([55]), o qual, nesta perspetiva e para o que aqui importa, protege o bem jurídico honra([56]) na sua integralidade e contra todos e quaisquer atentados que ofereçam um mínimo de censura jus-civilística([57]). Mas mesmo quem não aceita que o referido preceito contém um direito geral de personalidade, não deixa de nele surpreender uma *regra geral de proteção*, da qual brotam *direitos especiais* da personalidade, correspondentes aos bens personalísticos necessariamente existentes([58]), sendo um deles, claro está, o direito à honra. Por conseguinte, perante a citada norma do CC, tendo em conta o que aqui mais interessa, impõe-se assumir que na nossa ordem jus-civilista vigora um *dever geral*

([53]) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 28/05/2013, Processo 552/09.0GDSTB.E1. Negando a existência de um movimento tendente à descriminalização de atentados à honra, embora sem aprofundamento, veja-se o Acórdão do TRL de 15/12/2022, Processo n.º 2063/18.3T9ALM.L1-9.

([54]) Resumindo a doutrina sobre a matéria, *vd*. Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão …*, *cit.*, p. 243.

([55]) Cf. Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, sobretudo p. 513, ss.

([56]) Cf. Matos, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil …*, *cit.*, p. 128.

([57]) Cf. Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral …*, *cit.*, pp. 305-306 e 307-308.

([58]) Cf. Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, IV, Pessoas*, 5.ª ed. (revista e atualizada), com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2019, p. 109.

de abstenção de quaisquer agressões e ameaças de agressões à honra do indivíduo([59]).

Enquanto direito personalístico, o direito jus-civilista à honra partilha das caraterísticas dos direitos desta categoria. Trata-se, portanto, de um direito absoluto, extrapatrimonial, indisponível e imprescritível. Importa, no entanto, sublinhar que o caráter absoluto desse direito não significa que o mesmo seja insuscetível de restrições, mas antes que se trata de um direito oponível *erga ommes*([60]), de que decorre, considerando o que mais releva aqui, o já referido *dever geral de abstenção de agressões e ameaças de agressões* à honra.

Por sua vez, o art. 70.º, n.º 2, do CC confere à pessoa ameaçada ou ofendida em qualquer dimensão da sua personalidade física ou moral o direito a requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de *evitar* a consumação da ameaça ou *atenuar* os efeitos da ofensa já cometida. Não sendo, sequer, exigida para o efeito a verificação dos requisitos da responsabilidade civil, a que aludiremos de seguida, designadamente a culpa do agressor([61]). Porém, adiante-se, em face das normas conjugadas dos arts. 18.º, n.º 2, e 37.º, n.os 1 e 2, da CRP, apenas em casos excecionais os direitos fundamentais da comunicação devam ser *restringidos a priori*, seja no âmbito de processos especiais de tutela da personalidade([62]), seja por via de procedimentos cautelares comuns([63]). Sobretudo atento o princípio da proibição de censura([64]), perante o exercício desses direitos, deve prevalecer a máxima *mais vale remediar do que prevenir*, devendo afirmar-se o caráter excecional da intervenção judicial prévia neste domínio, mesmo quando estejam em causa direitos personalísticos, impondo-se que os tribunais acolham uma

---

([59]) Com Orlando de Carvalho, pode dizer-se que dos direitos de personalidade decorre um *dever geral de abstenção de agressões e ameaças de agressões*, um *dever geral de auxílio* e, excecionalmente, *deveres de facere* (cf. Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 151).

([60]) Chamando a atenção para a circunstância de o caráter absoluto dos direitos personalísticos poder induzir em erro, por sugerir a insusceptibilidade de se estabelecerem restrições a estes direitos, o que seria constitucionalmente insustentável, *vd*. Canotilho, J. J. Gomes, e Machado, Jónatas, *"Reality Shows" e Liberdade de Programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 50.

([61]) Cf. Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral…*, *cit.*, p. 473; Marques, João Paulo Remédio, «Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no Novo Código de Processo Civil», *in: O Novo Processo Civil, Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 510.

([62]) Cf. art. 878.º, ss. do Código de Processo Civil (CPC).

([63]) Cf. art. 362.º, ss. do CPC.

([64]) Cf. art. 37.º, n.º 2, da CRP.

fortíssima presunção a favor dos direitos fundamentais da comunicação([65]).

Para além disso, de acordo com o art. 483.º, n.º 1, do CC, aquele que, seja com dolo, seja tão-só com mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação([66]). Assim, quem violar ilicitamente o direito à honra de outrem com dolo ou mera culpa fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos (morais e patrimoniais) decorrentes dessa violação([67]). Pese embora, atento o disposto nos arts. 562.º e 566.º, n.º 1, do CC, a indemnização apenas deva ser fixada em dinheiro se a reconstituição natural não for possível. Deste modo, estando em causa agressões à honra, quer as explicações, a retificação e/ou o pedido de desculpas por parte do lesante, quer o exercício, que deve estimular-se, do direito de resposta e de retificação por parte do lesado, dado que consubstanciam *quase-reconstituições naturais*([68]), importam a não atribuição de uma indemnização pecuniária ou, pelo menos, a limitação substancial do seu *quantum*.

Acresce que o CC confere uma *tutela adicional* a dimensões específicas da honra. Tendo em conta o objeto deste texto, sublinhe-se que o art. 79.º, n.º 3, desse diploma proíbe que o retrato seja reproduzido, exposto ou lançado no comércio se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada, e o seu art. 484.º reforça

---

([65]) Cf. Machado, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão …*, *cit.*, pp. 772-773.

([66]) São, pois, requisitos da responsabilidade civil por facto ilícito o facto (voluntário) do agente, a ilicitude do facto, o nexo de imputação do facto ao agente (culpa), o dano e o nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima (cf. Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral,* Vol. I, 15.ª reimpressão da 10.ª ed. de 2000, Coimbra, Almedina, 2018, p. 598).

([67]) Note-se ainda que, em face do art. 29.º, n.º 2, da Lei de Impresa, no caso de escrito ou imagem inseridos numa publicação periódica com conhecimento e sem oposição do diretor ou seu substituto legal, as empresas jornalísticas são solidariamente responsáveis com o autor pelos danos que tiverem causado. Por sua vez, estabelece o art. 64.º, n.º 2, da Lei da Rádio que os operadores de rádio respondem solidariamente com os responsáveis pela transmissão de materiais previamente gravados, com exceção dos transmitidos ao abrigo dos direitos de antena, de réplica política, de resposta e de retificação ou no decurso de entrevistas ou de debates protagonizados por pessoas não vinculadas contratualmente ao operador. Já de acordo com o art. 70.º, n.º 2, da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, os operadores de televisão e de serviços audiovisuais a pedido respondem solidariamente com os responsáveis pela transmissão de materiais previamente gravados, com exceção dos transmitidos ao abrigo do direito de antena, de réplica política, de resposta e de retificação ou no decurso de entrevistas ou debates protagonizados por pessoas não vinculadas contratualmente ao operador.

([68]) Segundo Iolanda de Brito, trata-se de *indemnizações naturais* (cf. Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão …*, *cit.*, p. 206, ss.).

a proteção do crédito e do bom nome, mal se compreendendo, aliás, pelo menos no que concerne ao bom nome, que o faça(69).

Por conseguinte, a proteção jus-civilista da honra é extensa e robusta, mostrando-se, a nosso ver, uma alternativa idónea e eficaz de tutela deste bem jurídico. Ao que acresce que a proteção penal da honra é suscetível não só de agredir gravemente direitos fundamentais da comunicação do agente, como também de inibir fortemente o exercício profuso de direitos deste jaez por terceiros (*chilling effect*), podendo assim afetar a dignidade da pessoa humana e pôr em causa a existência e a integridade de uma amplíssima esfera de discurso público, a qual constitui, em si mesma, um interesse da maior importância constitucional.

Deste modo, do nosso ponto de vista, o Direito Penal não deve ser chamado a resguardar a honra. Apenas devendo excecionar-se a este princípio, como adiante melhor veremos, o caso específico da calúnia (art. 183.º, n.º 1, al. *b*), do CP), a qual requer que o agente, estando disso *consciente*, impute a outrem um *facto falso desonroso*.

Por outro lado, como também melhor veremos mais à frente, o art. 185.º, n.º 1, do CP tipifica o crime de ofensa à memória de pessoa falecida. Apesar de esta incriminação não proteger a honra, situa-se no Capítulo do referido Código destinado aos crimes contra este bem. E, na verdade, são estreitas as relações entre a *memoria defuncti* e a honra. Por isso, não obstante muito sinteticamente, igualmente abordaremos esse ilícito penal no presente texto. Consequentemente, também em brevíssima síntese, o que, adiante-se, é tarefa nada fácil, importa surpreender desde já a tutela civil da memória de pessoa falecida.

Dissemos que se mostra difícil perscrutar a proteção dispensada pelo Direito Civil português à memória de pessoa falecida, uma vez que a principal norma do nosso CC a tanto dirigida — o art. 71.º — é porventura o preceito deste diploma cuja redação se mostra menos feliz(70). Segundo o n.º 1 desse artigo, os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular. Este texto tem gerado profundas divergências, quer na doutrina, quer na jurisprudência(71). Parece-nos

---

(69) Cf. Matos, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil …*, *cit.*, pp. 114-190. Aí considera este autor, a nosso ver com inteira razão, que pelo menos o bom nome já se encontra integralmente protegido pelo art. 70.º, n.º 1, do CC.

(70) Cf. Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 6.ª ed. revista e atualizada, Lisboa, Universidade Católica, 2012, p. 211.

(71) Identificando as interpretações do art. 71.º, n.º 1, do CC que têm sido avançadas entre nós, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 04/11/2008, Processo 08A2342. Deve, no entanto, notar-se que as divergências quanto ao fundamento da tutela da memória dos mortos não ocor-

seguro, todavia, que os direitos personalísticos têm por objeto *modos de ser ou de estar da própria pessoa do seu titular*(72). Por sua vez, como aliás proclama o art. 68.º, n.º 1, do CC, a personalidade jurídica extingue-se com a morte. Deste modo, os direitos de personalidade não são transmissíveis a outrem por óbito do seu titular, não se mantêm na titularidade do *de cujus*, tampouco permanecem *quae tale*, enquanto direitos sem sujeito, após a morte do mesmo. Todas estas leituras decorrem da pouco clara redação do citado art. 71.º, n.º 1, do CC. Do nosso ponto de vista, este preceito contém um direito novo, o qual é conferido a pessoas vivas(73). Como surpreendeu Carlos da Mota Pinto, são aí tutelados interesses próprios dos familiares ou herdeiros do defunto identificados no n.º 2 do mesmo artigo, em virtude de estas pessoas poderem ser afetadas por atos ofensivos da memória do seu ente falecido(74). Tomando de empréstimo as palavras do STJ, o art. 71.º, n.º 1, do CC confere às referidas pessoas o «direito (…) ao respeito pelos seus mortos»(75). Por conseguinte, este dispositivo consagra o *direito subjetivo ao respeito pela memória dos entes falecidos*, o qual nasce na esfera jurídica dos familiares ou herdeiros do *de cujus* enunciados no n.º 2 desse artigo aquando da morte do mesmo.

Contudo, também não tem sido pacífica a interpretação do n.º 2 do art. 71.º do CC, de acordo com o qual, após a morte do titular dos direitos personalísticos, tem legitimidade para requerer as providências previstas no n.º 2 do art. 70.º desse diploma, a que já fizemos referência, o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. São várias as soluções propostas(76). A nosso ver, a letra do art. 71.º, n.º 2, do CC não exclui a responsabilidade civil do agressor. E nenhum outro fundamento de monta encontramos que importe tal exclusão. Deste modo, os familiares ou herdeiros do defunto referidos nesse preceito não só podem requerer as providências cautelares enunciadas no

---

rem apenas em Portugal, surpreendendo-se na doutrina e na jurisprudência da generalidade dos países cujos ordenamentos são próximos do nosso.

(72) Nas palavras de Adriano de Cupis, o objeto dos direitos de personalidade é *um modo de ser físico ou moral da pessoa* (cf. Cupis, Adriano de, *Os Direitos da Personalidade*, Lisboa, Morais, 1961, p. 29).

(73) Assim também entendeu o TC, no Acórdão n.º 130/88, de 08/06/1988.

(74) Cf. Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 203.

(75) Cf. Acórdão do STJ de 15/05/2013, Processo 2612/07.2TVLSB.L1.S1.

(76) Resumindo as interpretações do art. 71.º, n.º 2, do CC, vejam-se os Acórdãos do STJ de 18/10/2007, Processo 07B3555, e de 04/11/2008, Processo 08A2342.

n.º 2 do art. 70.º do mesmo diploma(77), como, verificados os pressupostos da responsabilidade civil por facto ilícito, podem reclamar do agressor da memória do seu ente falecido o ressarcimento dos danos, quer patrimoniais quer morais, resultantes dessa violação. Pese embora, em harmonia com a interpretação que deixámos do art. 71.º, n.º 1, do CC, tal indemnização compreenda apenas os danos sofridos pelos sobreditos familiares ou herdeiros do defunto, e não já os causados à própria personalidade deste(78).

Ao que se deixa dito acresce ainda que o art. 73.º do CC confere às pessoas referidas no art. 71.º, n.º 1, do mesmo diploma legitimidade para exercerem as ações relativas à defesa do nome do *de cujus*, após a morte deste.

Do nosso ponto de vista, o quadro descrito representa uma tutela adequada e eficaz do direito ao respeito pela memória dos entes falecidos, respondendo suficientemente às necessidades sociais de salvaguarda deste bem, pelo menos em relação a agressões praticadas através de condutas comunicacionais. Por conseguinte, não nos parece que o Direito Penal deva ser chamado a intervir para o efeito.

Aliás, a experiência espanhola evidencia a bondade desta perspetiva. Com efeito, o atual CP espanhol, aprovado pela Lei Orgânica n.º 10/1995, de 23 de novembro, não só não tipifica ofensas à *memoria defuncti* concretizadas através de condutas comunicacionais(79), como deixou de conferir legitimidade aos familiares do *de cujus* para exercerem a ação penal por calúnias ou injúrias sofridas por este antes da morte. Opção que, segundo a doutrina do país vizinho, decorreu quer de razões sociológicas, quer de se considerar que a tutela civilista da memória dos mortos é suficiente(80). Ora, volvidos quase 30 anos e apesar de o CP espanhol já ter sido objeto de

---

(77) Como dissemos já, para o efeito referido no texto não é, sequer, exigida a verificação dos requisitos da responsabilidade civil, designadamente a culpa do agressor.

(78) Cf. Mendes, João de Castro, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978, p. 234. Como dizem Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão de Vasconcelos, trata-se de ressarcir o sofrimento causado aos familiares ou herdeiros do defunto (cf. Vasconcelos, Pedro Pais de, e Vasconcelos, Pedro Leitão de, *Teoria Geral Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, reimpressão de 2023, p. 57). Adiantam, por isso, estes autores que a equiparação dos herdeiros aos familiares, estabelecida pela lei, nem sempre será justificada, pelo que, «[n]a concretização haverá que distinguir até onde e em que casos concretos será justo equiparar herdeiros e familiares» (*ibidem*).

(79) O art. 526 do CP espanhol pune apenas quem, faltando ao respeito devido à memória dos mortos, violar sepulcros ou sepulturas, profanar um cadáver ou as suas cinzas ou, com intenção de ultrajar, destruir, alterar ou danificar urnas funerárias, jazigos, lápides ou campas.

(80) Cf. Gutiérrez, Mercedes Ramos, *La Protección de La Memoria Defuncti*, Salamanca, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2012, pp. 171-173.

extensas reformas, a referida opção não foi beliscada, o que evidencia, justamente, que a tutela civilista da memória dos mortos se tem mostrado suficiente([81]).

Importa, no entanto, sublinhar a traço grosso que o Direito Civil não é um "mundo à parte"([82]), não devendo ser-lhe reconhecida uma «autonomia valorativa *sistémico-imanente*»([83]). Também ele dever ser produzido, interpretado e aplicado em conformidade com a Constituição, nomeadamente com o regime das restrições a direitos fundamentais, inclusive no que concerne às chamadas *intervenções restritivas*([84]), e com o direito constitucional de conflitos([85]).

6. A tutela penal da honra na ordem jurídica portuguesa

Como já deixámos antever, a ordem jurídica portuguesa insiste em proteger profusamente a honra também por via do Direito Penal.

Desde logo, o CP dedica um Capítulo — o Capítulo VI do Título I do Livro II — aos crimes contra a honra. Aí se surpreendem os seguintes ilícitos típicos:

— crime (base) de difamação (arts. 180.º, n.º 1, e 182.º, com a agravação estabelecida no art. 184.º);

— crime (base) de injúria (arts. 181.º, n.º 1, e 182.º, com a agravação estabelecida no art. 184.º);

([81]) Em Espanha, as ofensas à memória de pessoa falecida recebem tutela civil através da Lei Orgânica n.º 1/1982, de 5 de maio.

([82]) Chamando a atenção para a circunstância de a reparação jus-civilista poder ter consequências mais gravosas para a liberdade de expressão, *lato sensu*, do que algumas modalidades de responsabilidade criminal, ou mesmo de censura prévia, *vd*. Machado, Jónatas Eduardo Mendes, «A Glória, a Honra e o Poder — Observações sobre a liberdade de imprensa em democracia», *in: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 143.º, n.º 3984, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 184-186. Aliás, em França, os *media* têm mostrado alguma resistência à despenalização da difamação, por considerarem que nesse país, paradoxalmente, a tutela civilista da honra acaba por apresentar consequências mais gravosas (cf. Derieux, Emmanuel, *Le droit*…, *cit.*, pp. 121-122).

([83]) Cf. Machado, Jónatas E. M., Liberdade de Expressão …, *cit.*, p. 750.

([84]) Cf., v. g., Novais, Jorge Reis, As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 192, ss.

([85]) Sobre a matéria, veja-se Militão, Renato Lopes, *A Liberdade de Imprensa e o Segredo de Justiça do Processo Penal, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Braga, Nova Causa, 2021, pp. 225-231.

— crime de difamação cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa (arts. 180.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *a*), com a agravação estabelecida no art. 184.º);

— crime de injúria cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa (arts. 181.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *a*), com a agravação estabelecida no art. 184.º);

— crime de difamação caluniosa (arts. 180.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *b*), com a agravação estabelecida no art. 184.º);

— crime de injúria caluniosa (arts. 181.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *b*), com a agravação estabelecida no art. 184.º);

— crime de difamação cometido através de meio de comunicação social (arts. 180.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 2, com a agravação estabelecida no art. 184.º);

— crime de ofensa à memória de pessoa falecida (art. 185.º, n.º 1);

— crime de ofensa à memória de pessoa falecida cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *a*), *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*));

— crime de ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*));

— crime de ofensa à memória de pessoa falecida cometido através de meio de comunicação social (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 2, *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*));

— crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva (art. 187.º, n.º 1);

— crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação (arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *a*), *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*));

— crime de ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva (arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*));

— crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva cometido através de meio de comunicação social (arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 2, *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*)).

Contudo, fora do referido Capítulo, o CP prevê três outros crimes contra a honra, a saber:

— crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional (art. 322.º, n.º 2);

— crime de ofensa à honra do Presidente da República (art. 328.º, n.º 1);

— crime de ofensa à honra do Presidente da República por meio de palavras proferidas publicamente, de publicação de escrito ou de desenho, ou por qualquer meio técnico de comunicação com o público (art. 328.º, n.º 2).

Aqui, interessa-nos fundamentalmente surpreender os aspetos das incriminações de atentados à honra que mais justificam a respetiva revogação ou, pelo menos, a sua compressão. Destarte, o texto que se segue é assumidamente tópico e fragmentário.

Por outro lado, o crime base de difamação é *matricial* relativamente aos demais crimes contra e honra([86]). Por isso, aliás, abre o Capítulo do CP epigrafado «Dos crimes contra a honra». Consequentemente, neste texto dispensamos-lhe maior atenção.

Por sua vez, os crimes de injúria somente se distinguem dos crimes de difamação em virtude de requererem que a ofensa à honra seja dirigida *diretamente* à vítima, ao passo que nos segundos tal ofensa tem de ser veiculada através de outrem([87]). Deste modo, aqueles ilícitos assumem menor gravidade, como aliás resulta da moldura penal abstrata da respetiva versão base, cujo limite máximo corresponde a metade do limite máximo da moldura penal abstrata do crime base de difamação. Daí que não seja de admitir, sob pena de violação do art. 18.º, n.º 2, da CRP, a revogação das normas que tipificam os crimes de difamação e a manutenção das que preveem os crimes de injúria. Assim, para não prolongarmos inutilmente este texto, deixamos os primeiros de fora do mesmo.

Para além disso, importa avançar que nem todos as sobreditas incriminações compreendem a hora nos mesmos termos. Quer as normas que incriminam a difamação, quer as que incriminam a injúria encaram esse bem numa *perspetiva ampla* e assim o resguardam. Já as normas que tipificam os crimes de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional e de ofensa à honra do Presidente da República tutelam a *honra fun-*

([86]) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º» …, *cit.*, p. 912.

([87]) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º» …, *cit.*, pp. 911-912.

cional das respetivas vítimas. Por sua vez, a norma que prevê o crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva somente protege a *honra externa* destas entidades, *rectius*, algumas dimensões deste bem. Por último, não obstante ter assento no Capítulo do CP epigrafado «Dos crimes contra a honra», a norma que prevê o crime de ofensa à memória de pessoa falecida assegura um *bem jurídico diverso*. De todo o modo, em face da sua referida inserção sistemática, igualmente abordaremos aqui este ilícito.

Atento o que deixámos dito, debruçamo-nos primeiramente sobre os crimes contra a honra em sentido amplo, depois sobre os crimes contra a honra funcional, em seguida sobre o crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva e por fim sobre o crime de ofensa à memória de pessoa falecida.

6.1. Dos crimes contra a honra, *lato sensu*

Como acabámos de dizer, as normas incriminadoras da difamação acolhem um entendimento amplo da honra e assim a protegem. Comecemos, pois, por surpreender essa compreensão deste bem, para depois identificarmos os aspetos de cada uma das referidas incriminações que, do nosso ponto de vista, mais justificam a respetiva revogação.

6.1.1. O bem jurídico protegido

O conceito de honra tem-se mostrado extremamente difícil de captar, multiplicando-se as definições deste bem([88]). Não sendo este o lugar para aprofundarmos o tema, em breve síntese, cremos poder adiantar que a honra pode ser entendida em *sentido amplo*. Nesta perspetiva, compreende, quer a *honra stricto sensu*, ou *honra interna*, quer a *honra externa*. A primeira, corresponde à autoestima ou valor pessoal do indivíduo, ou se se preferir, ao respeito que a este é devido, desde o seu nascimento, por virtude da sua inviolável e inalienável dignidade humana. Já a segunda, traduz-se na consideração social da pessoa, decorrente das suas

---

([88]) Segundo Tenckhoff, só entre os juristas, surpreendem-se mais de sessenta conceitos diferentes de honra (*apud* Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa* ..., *cit.*, p. 77, nota 8).

qualidades, capacidades e comportamentos. Sobretudo na doutrina juscivilista, é frequente considerar-se que a honra externa integra o *bom nome e consideração*, que representa o prestígio social de cada pessoa, decorrente das suas qualidades pessoais, o *decoro*, que corresponde à projeção dos valores comportamentais de cada pessoa, decorrentes da sua conduta social, e o *crédito*, que se traduz no prestígio sócioeconómico de cada pessoa, decorrente das suas qualidades e capacidades económico-financeiras(89).

Quer o tipo (base) da difamação (art. 180.º, n.º 1), quer o tipo (base) da injúria (art. 181.º, n.º 1), incriminam ofensas à «honra ou consideração». Parece, pois, não haver como negar que estes tipos, bem como os que neles assentam, protegem a honra em sentido amplo. É, por isso, comummente afirmado que tais incriminações assumem um conceito *dual* de honra, concebendo esta como um *bem complexo, poliédrico*, que compreende ambas as sobreditas dimensões. Ou melhor, acolhem uma conceção *fáctico-normativa* de honra, protegendo a honra interna, fundamentada na dignidade pessoal, que pertence a cada um desde o seu nascimento, bem como a legítima pretensão da pessoa à sua boa reputação social(90).

Todavia, já avançámos que o Direito Penal não deve punir todas as condutas atentatórias da honra, sob pena de violação da CRP e da CEDH. Mesmo que se insista numa ampla tutela penal deste bem, deve conceder-se espaço para algumas dessas condutas logo ao nível da *tipicidade*. Para além de dever ser vastíssima a margem para a *justificação* dos demais atentados à honra.

Mas a verdade é que a fórmula *factos ou juízos ofensivos da honra ou consideração*, vertida nas normas que tipificam os crimes base de difamação e de injúria e, por consequência, extensível aos tipos dos demais crimes de difamação e de injúria, sobretudo numa sociedade como a portuguesa, a qual, reitere-se, não valoriza devidamente os direitos fundamentais da comunicação, confere uma ampla margem para leituras tendentes a considerar que a honra é penalmente protegida em todas as suas dimensões e contra a generalidade das agressões, o que, reafirme-se, de modo algum é compatível com um Estado de Direito Democrático.

---

(89) Para um resumo da matéria, veja-se Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão …*, *cit.*, p. 38.

(90) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º» …, *cit.*, p. 910.

6.1.2. O crime (base) de difamação

A abrir o Capítulo VI do Título I do Livro II do CP, o art. 180.º, n.º 1, pune com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 240 dias quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo. Por sua vez, o art. 182.º do mesmo diploma amplia as margens de punibilidade daquela norma, equiparando à difamação verbal a feita por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão.

6.1.2.1. As vítimas

Como acabámos de ver, o art. 180.º, n.º 1, do CP pune a comunicação de juízos e a afirmação de factos que ofendam a *honra ou consideração* dos visados. Ao utilizar esta expressão, parece seguro que tal norma resguarda tanto a honra interna como a honra externa.

Ora, por força do art. 12.º, n.º 2, da CRP, as entidades coletivas(91), nos limites do respetivo objeto, bem entendido(92), gozam dos direitos fundamentais se e na medida em que a natureza daquelas for compatível com a destes e vice-versa(93). Não nos sobram dúvidas de que, por princípio, as entidades coletivas privadas são suscetíveis de ser portadoras de honra externa. No entanto, estamos em crer que tal não sucede no que concerne à dimensão interna da honra, uma vez que esta é inerente ao indivíduo e exclusiva deste. Por isso, segundo nos parece, no que respeita às entidades coletivas privadas, o direito fundamental à honra apenas poderá tutelar a faceta externa deste bem(94). Por sua banda, as entidades coletivas de

---

(91) A expressão «pessoas coletivas» vertida no art. 12.º, n.º 2, da CRP deve interpretar-se em sentido amplo, de modo a compreender quaisquer entidades coletivas, mesmo que sem personalidade jurídica (cf. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria…*, *cit.*, p. 420). Por isso utilizamos aqui a expressão entidades coletivas.

(92) Sobre o *princípio da especialidade do fim das pessoas coletivas*, segundo o qual a capacidade de gozo destas compreende todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos respetivos fins, com exceção dos que sejam vedados por lei ou se mostrem inseparáveis da personalidade singular, veja-se, por todos, Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral …*, *cit.*, p. 600, ss.

(93) Cf. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria …*, *cit.*, p. 421.

(94) Assim, se bem o lemos, veja-se o Acórdão do TC n.º 292/2008, de 29/05/2008, de acordo com o qual, «não estão excluídos da capacidade de gozo das pessoas colectivas alguns direitos de personalidade, como é o caso do direito à liberdade, ao bom nome e à honra na sua vertente da consideração social (arts. 26.º, n.º 1, da Constituição, 70.º, n.º 1 e 72.º, n.º 1, do Código Civil)». Isso significa,

Direito Público, a nosso ver, para além de não poderem beneficiar de proteção da honra interna, somente poderão ver protegida a sua honra externa se possuírem um elevado grau de autonomia e constituírem, de alguma forma, um contrapoder face ao Estado(95). Deste modo, tão-só ofensas à honra externa de entidades coletivas poderão representar o crime de difamação, cumprindo, ainda assim, analisar cada caso concreto, tendo-se presente o que acabámos de dizer.

Sucede que o legislador penal criou um tipo legal de crime dirigido à tutela da honra externa das entidades coletivas. Como melhor veremos adiante, o art. 187.º, n.º 1, do CP incrimina a ofensa à *credibilidade*, *prestígio* ou *confiança* devidos a organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa coletiva, instituição ou corporação. Tais bens (credibilidade, prestígio e confiança) compreendem-se, sem dúvida, na faceta externa da honra, da qual constituem segmentos, porventura os seus principais segmentos. Acresce que o tipo delineado no referido artigo não protege a honra externa das entidades coletivas contra agressões que, na inexistência desse preceito, não fossem subsumíveis ao tipo base da difamação. Deste modo, as entidades coletivas não podem ser vítimas dos crimes de difamação. Assim, atualmente, não nos parece que haja espaço para a orientação vertida no Assento do STJ n.º 1/1960, de 24/02/1960, segundo o qual «[a]s pessoas colectivas podem ser sujeito passivo nos crimes de difamação e de injuria».

Todavia, a verdade é que tal conclusão não se mostra inequívoca e pacífica(96). E esta dúvida é suscetível de concorrer, quer para que os tribunais profiram decisões antagónicas, o que acabará por importar agressões ao princípio da igualdade e à imagem da administração da justiça penal, quer para a inibição do exercício profuso e descomplexado dos direitos

---

conclui o citado Tribunal, «que o bom nome das pessoas colectivas, no quadro da actividade que desenvolvem, ou seja, na vertente da imagem, de honestidade na acção, de credibilidade e de prestígio social, está legalmente protegido».

(95) A doutrina constitucional tem-se dividido no que concerne a saber se também as entidades coletivas de Direito Público gozam de direitos fundamentais. Para um resumo da discussão sobre o tema, *vd*. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria*…, *cit.*, p. 422, ss. Do nosso ponto de vista, não devendo excluir-se em absoluto essa possibilidade, até porque o art. 12.º, n.º 2, da CRP não procede a tal exclusão, dado que os direitos fundamentais, mormente os direitos, liberdades e garantias, visam em primeira linha assegurar a liberdade e a autonomia dos particulares, *maxime* perante os poderes públicos, o seu gozo por parte das referidas entidades depende de as mesmas possuírem um elevado grau de autonomia e representarem de alguma forma um contrapoder face ao Estado. A não ser assim, correr-se-ia o risco de se fortalecer ainda mais o poder das entidades públicas frente aos particulares.

(96) Sustentando que se mantem a orientação do Assento citado no texto, *vd*. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º» …, *cit.*, p. 980.

fundamentais da comunicação, dificultando assim a realização das inestimáveis funções constitucionais e convencionais destes direitos.

6.1.2.2. O tipo objetivo

Perante o art. 180.º, n.º 1, do CP, o *tipo objetivo* do crime de difamação compreende:

— a imputação a outrem, mesmo sob a forma de suspeita, de um facto;

— a reprodução de uma tal imputação;

— a formulação de um juízo de valor sobre outrem;

— a reprodução de um juízo valorativo sobre outra pessoa;
sendo o facto ou o juízo ofensivos da *honra* ou *consideração*, isto é, de qualquer das dimensões da *honra em sentido amplo* da pessoa visada. Pese embora tão-só *potencialmente* ofensivos deste bem.

Para além disso, o referido tipo objetivo exige que o agente se dirija a terceiro. Esteja ou não presente o difamado. É, aliás, este o elemento típico que distingue a difamação da injúria.

Importa, por fim, notar que o art. 182.º CP amplia as margens de punibilidade do art. 180.º, n.º 1, deste diploma, equiparando à difamação verbal a feita por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão.

Como já deixámos antever, para a realização do tipo em apreço basta a possibilidade de ofensa ao bem jurídico, sem necessidade de ocorrência de um perigo. Contudo, tal perigo tem de ser, concretamente, possível. O ilícito em causa pertence, assim, à constelação dos *crimes de perigo abstrato-concreto*([97]). Só por isso, como resulta do que adiantámos a propósito dos crimes de perigo, a sua legitimidade constitucional é particularmente frágil.

([97]) Assim, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/05/2007, Processo 0710027. Pinto de Albuquerque, no entanto, considera que o crime de difamação é um crime de dano (cf. Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica, 2022, p. 810). Também assim, na jurisprudência, *vd*. Acórdão do TRL de 28/04/2004, Processo 10007/2004-3.

Porém, tal legitimidade mostra-se ainda mais questionável em face da amplitude da descrição típica vertida no art. 180.º, n.º 1, do CP.

Desde logo, o tipo objetivo aí delineado compreende quer a formulação ou reprodução de *juízos de valor*, quer a imputação ou reprodução da imputação de *factos*. Todavia, enquanto a formulação de juízos valorativos se traduz na manifestação do pensamento, a imputação de factos consiste na afirmação de realidades objetivas. E desta distinção não podem deixar de resultar consequências extensíssimas.

Encurtando caminho, a exteriorização do pensamento próprio(98) dificilmente não constituirá exercício da liberdade de expressão, dado que esta possui um lastro normativo vastíssimo(99), aproximando-se da *liberdade natural*(100). Assim, serão raríssimas as situações em que a formulação de juízos de valor desonrosos não estará protegida, *prima facie*(101), por essa liberdade.

---

(98) Como resulta da letra do segmento inicial do art. 37.º, n.º 1, da CRP, a liberdade de expressão somente assegura a manifestação do *pensamento próprio* («[t]odos têm o direito de exprimir e divulgar livremente *o seu pensamento* (…)» — itálico nosso).

(99) Como referiu a Conselheira Maria Lúcia Amaral, na declaração de voto que formulou no Acórdão do TC n.º 224/2010, de 02/06/2010, «[p]ela especial natureza dos bens jurídicos que protege, a norma do art. 37.º da Constituição deve ser vista, quanto ao âmbito de comportamentos a incluir na sua *fattispecie*, como uma norma de largo espectro. Na sua dimensão objectiva e institucional, a liberdade de expressão exerce uma função estruturante do sistema de direitos fundamentais e da arquitectura principal do Estado democrático. Por causa dessa sua função, não é legítimo que o Tribunal a entenda através dos apertados critérios que são defendidos pelas chamadas *teorias do âmbito restrito de protecção* das normas que consagram direitos. Tais teorias tendem a excluir *a priori*, e em termos gerais e abstractos, certos comportamentos do âmbito de protecção das normas constitucionais, sempre que esses comportamentos correspondam *ao cumprimento de deveres* que sejam decorrentes, ou de direitos dos outros, ou, simplesmente, da consagração objectiva de *outros* princípios constitucionais. Não está agora em discussão a questão de saber se tais teorias (as do âmbito restrito de protecção) devem ou não ser *sempre* afastadas, qualquer que seja o direito fundamental a que se reportem. Certo é que, no caso da liberdade de expressão, tudo, no sistema constitucional, parece recomendar o seu afastamento.» Discordamos, todavia, da conclusão vertida nesta declaração de voto.

(100) Adiante-se que, como referem Jónatas Machado e Iolanda de Brito, a liberdade de expressão nem sequer comete o (pretenso) "erro de Descartes", não compreendendo o indivíduo como uma razão objetiva desprovida de sentimento e emoção (cf. Machado, Jónatas E. M., e Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Difamação de Figuras Públicas, Tutela Jurídica e Censura Judicial, Reputação, Informação, Proteção Judicial, Política, Comunicação Social*, Lisboa, Juruá, 2016, p. 23). Tomando de empréstimo as palavras do primeiro desses autores, a referida liberdade cobre tanto a *razão comunicativa*, como a *emoção comunicativa* (*vd*. Machado, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão*…, *cit.*, p. 418).

(101) Sobre a distinção entre *direitos prima facie* e *direitos definitivos*, veja-se ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2014, p. 79, ss.; Canotilho, J. J. Gomes, «Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais», *in: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, n.os 3815, 3821, 3822 e 3823, Coimbra, Coimbra Editora, 1992/1993, p. 38.

Por sua vez, a imputação de factos tende a representar exercício do direito de informar. Porém, o espetro normativo deste direito é mais estreito do que o da liberdade de expressão. Atento o seu objeto — informação, factos —, o direito de informar não só pressupõe o interesse dos factos que se afirmam, como tem como limite intrínseco(102) a verdade desses factos, ou pelo menos a existência de fundamento para, em boa fé, o agente crer na sua veracidade(103). Em todo o caso, verificados estes requisitos, à partida e em abstrato, a imputação de factos desonrosos constitui exercício do referido direito.

Concomitantemente, as aludidas condutas comunicacionais compreendem potencialidades desonrosas muito distintas. Porque se traduz na exteriorização do pensamento, a formulação de um juízo valorativo carateriza-se pela subjetividade, impondo, consequentemente, a sua relativização. Já a imputação de um facto, dado que representa a afirmação de uma realidade concreta, é suscetível de envolver uma carga lesiva para a honra manifestamente superior(104). Por conseguinte, a gravidade e a censurabilidade destas condutas são substancialmente diferentes, sendo muito mais ténues no caso da primeira.

Acresce que, tratando-se de apreciações pessoais, os juízos de valor são indemonstráveis. Não pode, pois, averiguar-se a sua verdade ou falsidade e, portanto, exigir-se a respetiva demonstração. Sem prejuízo, como veremos mais à frente, de poder e dever averiguar-se se possuem alguma sustentação fáctica. Já os factos constituem realidades objetivas, sendo por isso demonstráveis. Por conseguinte, pode provar-se a sua verdade.

Como se não bastasse o que acaba de se dizer, não raramente, no mesmo discurso surgem misturados juízos de valor e factos, o que não só dificulta a identificação de uns e outros como atenua a gravidade e a censurabilidade da afirmação de factos desonrosos(105). Porém, a verdade é

---

(102) Por vezes, fala-se a este propósito de um *limite imanente*. Importa, porém, ter-se presente que, aqui, trata-se de um *limite imanente em sentido material*, isto é, de um limite que resulta do próprio objeto do direito em tema, e não de um *limite imanente em sentido jurídico*. Para uma distinção entre limites imanentes em sentido material e limites imanentes em sentido jurídico, os quais, adiante-se, recusamos, *vd*. Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 269-270.

(103) Aliás, justamente por virtude do requisito referido no texto, há mesmo quem sustente que a incriminação da imputação de factos desonrosos deve garantir a «verdade específica» dessa imputação, deixando assim de ser concebida exclusivamente como um delito contra as pessoas, para passar a sê-lo também como um delito contra interesses coletivos (cf. Jakobs, Günther, «La Misión de la Protección Jurídico-Penal del Honor», *in: Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 424).

(104) Cf. Matos, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil …*, *cit.*, p. 151.

(105) Cf. Machado, Jónatas E. M., e Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Curso de Direito da Comunicação Social*, Lisboa, Wolters Kluwer, 2013, pp. 81 e 111-112.

que não se mostra possível estabelecer uma delimitação clara e segura entre juízos de valor e factos(106), sendo muitas vezes tarefa inviável subsumir uma conduta comunicacional à afirmação de factos ou à formulação de juízos valorativos(107).

Bem se compreende, pois, que o movimento tendente à descriminalização da difamação sustente que, no mínimo, não se criminalize a comunicação de juízos de valor. Recorde-se, *v. g.*, que, segundo o já citado Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011, do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, as leis relativas à difamação, mormente as penais, «não devem ser aplicadas em relação às formas de expressão que, pela sua natureza, não sejam suscetíveis de comprovação».

Em suma, o art. 180.º, n.º 1, do CP equipara, submetendo-as à mesma moldura penal abstrata, condutas comunicacionais desonrosas muito distintas, sendo protegidas, *prima facie*, por direitos fundamentais diversos, com âmbitos normativos desiguais, e que encerram níveis de gravidade e censurabilidade muito diferentes. E esta opção, a nosso ver, atento o que deixámos dito, mostra-se contrária quer à CRP, quer à CEDH. Em face destes diplomas, do nosso ponto de vista, *no limite*, somente será de conceder relevância penal à imputação de factos.

Mas mais. A letra do art. 180.º, n.º 1, do CP parece referir-se a quaisquer juízos de valor desonrosos. O que igualmente se afigura insustentável, tanto perante a CRP, como em face da CEDH. À luz destes diplomas, se bem os lemos, cumpre que se distingam e se tratem diferenciadamente a chamada *crítica objetiva*, *lato sensu*, e os *juízos ad hominem*, por um lado, e os *juízos sem base fáctica* e os *juízos dotados de suporte factual*, por outro lado.

A crítica objetiva, a qual, *brevitatis causa*, compreende as apreciações valorativas e censórias sobre realidades objetivas, nomeadamente desempenhos, realizações, trabalhos, obras, comportamentos, propostas e

---

(106) Evidenciando as dificuldades da distinção entre factos, ou melhor, declarações de factos e juízos de valor, bem como alinhando alguns critérios para se proceder a tal distinção, veja-se Mᴀᴛᴏs, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil* …, *cit.*, p. 267, ss.

(107) A título meramente exemplificativo, recorde-se o Acórdão do TEDH de 30/08/2016, caso Medipress — Sociedade Jornalística, Lda c. Portugal. Em causa estava a condenação civil da requerente por ter sido publicado num periódico de que era proprietária um artigo de opinião no qual o respetivo autor, após criticar determinadas atuações do então Primeiro Ministro de Portugal, deixou a seguinte interrogação: «Será um delírio provocado por consumo de drogas duras, uma nova originalidade nacional ou apenas um disparate sem nome?» Ora, ao invés do que entenderam os Tribunais portugueses, STJ incluído, o TEDH considerou que, no caso, essas palavras deviam interpretar-se «como fazendo parte de apreciações críticas sobre assuntos de interesse público formuladas por um jornalista, consubstanciando, por isso, juízos de valor e não imputações de fatos».

opiniões([108]), integra o núcleo essencial da liberdade de expressão, encontrando-se sempre protegida por esta liberdade, ainda que atinja a honra de pessoas relacionadas com aquelas realidades, designadamente os seus autores([109]). Apenas os juízos de valor *ad hominem* desonrosos poderão perder a tutela da referida liberdade([110]). Assim, *no limite*, somente a formulação de juízos deste jaez poderá vir a ser penalmente relevante.

Mas também um juízo de valor com sustentação factual nunca perde a proteção da liberdade de expressão. Neste caso, o Estado, designadamente o seu poder judicial, não está credenciado para sindicar o juízo e sancionar o agente. Por isso tem reiterado o TEDH que somente juízos sem qualquer base fáctica poderão mostrar-se excessivos e, assim, legitimar ingerências dos Estados-partes no exercício da referida liberdade([111]). Orientação que, não obstante apenas uma vez por outra, igualmente se

---

([108]) Desenvolvidamente, veja-se Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa …*, *cit.,* p. 232, ss.

([109]) Cf. Acórdão do TEDH de 02/11/2006, caso Kobenter e Standard Verlags GmbH contra Áustria, sobretudo §§ 13 e 30, no qual estava em causa a condenação interna dos requerentes, além do mais, por o primeiro ter afirmado, num artigo publicado num periódico de que a segunda era proprietária, que determinada decisão judicial «pouco diferia das tradições dos julgamentos medievais das bruxas», tendo o Tribunal de Estrasburgo considerado que tal juízo fora dirigido à referida decisão e não à pessoa do magistrado seu autor, o que o levou a concluir que a aludida condenação interna violara o direito à liberdade de expressão consagrado no art. 10.º da CEDH. Do nosso ponto de vista, a jurisprudência portuguesa não tem dispensado a devida atenção ao tema da crítica objetiva. Veja-se, no entanto, por ter concedido a essa figura um alcance pouco habitual no nosso país, o Acórdão do STJ de 03/06/2009, Processo 08P0828, no qual foram consideradas *atípicas*, com referência à incriminação da difamação, justamente por terem sido subsumidas à crítica objetiva, as seguintes apreciações, que haviam sido vertidas num relatório de um inspetor do Ministério Público, relativo a um recurso hierárquico interposto por um Procurador da República: «agiu "sem pudor", produzindo uma "infame insinuação"»; «é "insensato e desrespeitador" na crítica que deduz»; mostrou-se «"ofuscado com os dinheiros públicos"»; rematou «com a "insolente imputação da violação das regras da boa-fé"»; «"o desaforo" não fica por aqui»; «na sua sanha, "com doentia e omnipresente obsessão", na intenção de divulgar ao máximo o sucedido, dirigiu (…) um "deplorável escrito", não resistindo (…) a uma "torpe e infame insinuação"»; «"maldosamente", "sem pejo", junta (…) ilicitamente cópia de correio electrónico»; atuou com «imodéstia» e «desnorte»; «acintosamente concluiu».

([110]) Defendendo um «direito de insulto», veja-se Clooney, Amal, e Webb, Philippa, «The Right to Insult in International Law», *in: Columbia Human Rights Law Review*, vol. 48.2, 2017, designadamente p. 52, disponível na *Internet*, *in:* <http://hrlr.law.columbia.edu>.

([111]) Cf. Acórdão do TEDH de 15/02/2005, caso Steel e Morris c. Reino Unido, § 87, no qual esse Tribunal recordou o seguinte: «Ao longo da sua jurisprudência, o Tribunal vem distinguindo entre afirmações de facto e juízos de valor. Enquanto a existência de factos pode ser demonstrada, a verdade de juízos de valor é insuscetível de o ser. Quando uma declaração corresponde a um juízo de valor, a proporcionalidade de uma ingerência pode depender da existência de uma base factual suficiente que a sustente, uma vez que mesmo um juízo de valor sem qualquer base factual que o suporte pode ser excessivo». Identificando diversos Arestos nos quais o TEDH considerou que juízos valorativos possuíam base factual, estando, por isso, protegidos pela liberdade de expressão, veja-se o Acórdão desse Tribunal de 04/10/2016, caso do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal, § 41.

manifesta na jurisprudência portuguesa([112]). Deste modo, a formulação de juízos assentes em factos verdadeiros, ou em cuja veracidade o agente tenha tido fundamento para, em boa-fé, acreditar, não pode assumir relevância criminal.

Acresce que esta conclusão, perante a absoluta omissão da lei penal portuguesa a tal respeito, coloca um segundo problema: a veracidade dos factos que sustentam juízos desonrosos constitui um elemento negativo, implícito, do tipo objetivo do crime de difamação, ou antes uma causa de justificação deste ilícito, *ex vi* do art. 31.º, n.º 2, al. *b*), do CP? Os regimes inerentes às respostas que sejam dadas a esta questão são, como se sabe, muito diferentes. A (escassa) jurisprudência que reflete sobre este assunto aponta para a segunda solução, ou seja, encara a veracidade dos referidos factos como excludente da ilicitude da difamação([113]). No entanto, se bem nos parece, esta solução não se adequa à CRP nem à CEDH. Desde logo porque faz recair sobre o arguido o "ónus da prova"([114]) da verdade dos factos com base nos quais formulou o juízo de valor objeto da acusação. Se a imposição ao arguido do "ónus da prova" da verdade da imputação de um facto desonroso, decorrente da previsão da *exceptio veritatis* como *excludente especial* da ilicitude desta conduta (art. 180.º, n.º 2, al. *b*), do CP)([115]), que adiante abordaremos, ainda poderá justificar-se, por o direito de informar, atento o seu objeto — informação, factos — ter como *limite intrínseco* a verdade do que se transmite([116]), tal não sucede no caso de se

---

([112]) Cf. Acórdãos do STJ de 13/01/2005, Processo 04B3924, e de 14/02/2012, Processo 5817/07.2TBOER.L1.S1, e Acórdão do TRL de 19/12/2019, Processo 704/12.5TVLSB.L1-2. De acordo com o segundo destes Arestos, «a prova da exactidão dos juízos de valor é impossível de realizar e seria atentatória da liberdade de expressão, importando, tão-só, que os mesmos não se encontrem, totalmente, desprovidos de base factual, sob pena de poderem ser considerados excessivos, devendo, então, ser sujeitos a apreciação, de acordo com um critério de proporcionalidade».

([113]) O próprio TC, nos seus Acórdãos n.º 201/2004, de 24/03/2004, e n.º 407/2007, de 11/07/2007, parece considerar ser essa a perspetiva mais ajustada, o que aliás não espanta, dada a parca amizade que este Tribunal tem mostrado pela liberdade de expressão. Também o Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) no respetivo Acórdão de 25/01/2012, Processo 412/10.1TACVL.C1, admite que «a imputação de juízos poderá sempre integrar a causa de exclusão da ilicitude ao abrigo do ao art. 31.º, n.º 2, al. *b*), do Código Penal, quando fiquem demonstrados factos concretos que sustentem os juízos ou que com base nos mesmos o agente tinha fundamento sério para, em boa fé, os reputar verdadeiros».

([114]) Em rigor, no processo penal inexiste o chamado *ónus da prova formal*. Todavia, mesmo aí, pode falar-se de um *ónus da prova material*.

([115]) É pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que a norma do art. 180.º, n.º 2, al. *b*), do CP apenas se aplica à imputação de factos, e não também à formulação de juízos de valor.

([116]) De todo o modo, como melhor veremos adiante, a solvabilidade constitucional da norma do n.º 2, al. *b*), do art. 180.º do CP é muito duvidosa (cf. Machado, Jónatas E. M., *Liberdade de Expressão …*, *cit.*, pp. 770-771).

sobrecarregar o arguido com o "ónus da prova" da verdade dos factos com base nos quais formulou um juízo de valor desonroso, uma vez que a liberdade de expressão não possui o referido limite. Deste modo, a sobredita orientação lesa desproporcionadamente a liberdade de expressão (arts. 37.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP). Ademais, tal orientação assume uma *presunção de falsidade* dos factos com base nos quais o arguido formulou o juízo de valor objeto da acusação, pelo que atenta igualmente contra o princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP).

É certo que, pese embora a literalidade do art. 180.º, n.º 1, do CP, que parece abranger a comunicação de quaisquer juízos de valor ou factos que ofendam ou ponham em perigo a honra, *lato sensu*, dos visados, grande parte da doutrina tem considerado que o tipo objetivo do crime de difamação não protege o referido bem na sua integralidade nem contra todos os ataques, encarando-o como um *tipo incongruente*(117). As mais das vezes, sustenta-se que a *tipicidade* da comunicação de juízos ou factos desonrosos importa a *contextualização* da conduta do agente(118). Nas palavras da Relação de Coimbra, «está fortemente dependente do lugar, do modo, do meio, da pessoa que pratica o acto ou daquela a quem é dirigido, do grau de educação e instrução, dos hábitos de linguagem, do relacionamento antecedente entre as pessoas, da disposição, das finalidades prosseguidas, enfim do contexto em que ocorre a prática dos factos»(119). De igual modo, tem-se recorrido nesta sede a diversas "*justificativas da tipicidade*". E, mais do que isso, as margens destas têm sido aqui grandemente ampliadas. É frequente neste domínio quer a invocação, quer a maximização da *adequação social do facto*, da *redução teleológica do tipo*, do *risco permitido ao agente*, da *prossecução de interesses legítimos pelo agente*, do *princípio vitimológico* e, até, da *ponderação de bens*, para se subtraírem comunicações atentatórias da honra ao *tipo objetivo* do crime de difamação(120).

Não obstante louváveis, estas propostas estão longe de permitir que se ultrapassem, sequer minimizem substancialmente, as dificuldades geradas pela norma do art. 180.º, n.º 1, do CP. Aliás, no quadro de uma cultura de sobrevalorização de direitos personalísticos, designadamente da honra, face aos direitos fundamentais da comunicação, o recurso a um horizonte de contextualização, que, como vimos, frequentemente se invoca para se

---

(117) Cf. Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão …*, *cit.*, p. 246.
(118) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º» …, *cit.*, p. 916.
(119) Cf. Acórdão do TRC de 28/10/2008, Processo 1376/06.1TACVL.C1.
(120) Cf. Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa …*, *cit.*, *passim*.

decidir da subsunção ou não de determinada conduta comunicacional ao tipo objetivo do crime de difamação, importa mesmo o risco de serem consideradas tipicamente relevantes condutas comunicacionais que, por si só, não preenchem esse tipo(121).

Em suma, tal como se encontra delineado no art. 180.º, n.º 1, do CP, o tipo objetivo do crime de difamação oferece um amplíssimo espaço para a punição criminal de condutas comunicacionais. E, na verdade, tem originado condenações criminais de cidadãos, designadamente jornalistas, intoleráveis num Estado de Direito Democrático. Acresce que este quadro dificulta e inibe excessivamente o exercício dos direitos fundamentais da comunicação. O que é dizer que afeta desproporcionadamente, quer estes direitos, quer princípios constitucionais estruturantes, nomeadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio democrático. Para além de ter levado já a um número elevadíssimo de condenações do Estado português pelo TEDH, o que envergonha o nome de Portugal nas instituições internacionais de Direitos Humanos.

A tudo o que fica dito importa aduzir que, em face das normas do art. 31.º, n.º 4, da Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro), do art. 65.º, n.º 3, da Lei da Rádio (Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro) e do art. 71.º, n.º 4, da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (Lei n.º 27/2007, de 30 de julho), *grosso modo*, no caso de serem corretamente reproduzidas nesses meios de comunicação social declarações — consubstanciem imputações de factos ou juízos de valor — prestadas por pessoas devidamente identificadas na peça jornalística respetiva, só essas pessoas podem ser responsabilizadas, a menos que o teor das declarações em causa constitua incitamento à prática de um crime. Nestes casos, portanto, a conduta de quem reproduza a informação não é, sequer, típica. Ora, segundo cremos, esta solução importa a inconstitucionalidade dos segmentos do art. 180.º, n.º 1, do CP que incriminam a reprodução da imputação de factos e de juízos, por violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), bem como dos direitos fundamentais básicos da comunicação (liberdade de expressão e direito de informação — art. 37.º, n.º 1, da CRP), estes em conjugação com o princípio da proporcionalidade

---

(121) Assim sucedeu, por exemplo, no Acórdão do STJ de 26/01/2011, Processo 417/09.5YRPTR.S2. Como bem surpreendeu o Conselheiro Santos Cabral, no voto de vencido que formulou nesse Aresto, se pode dizer-se que o art. 180.º, n.º 1, do CP exige «*um horizonte de contextualização para que se afirme a sua integração* (…)*, já não é admissível que seja o elemento externo a corporizar a outorga da ilicitude à conduta concreta, ou seja, que a tipicidade criminal do acto seja concedida por algo que lhe é exógeno e sem correspondência no acto ilícito. A conduta típica vale pelo que vale e não em função de outros elementos que não os que nela estão recenseados*».

(art. 18.º, n.º 2, da CRP). Efetivamente, aos "cidadãos comuns" não é de impor maiores restrições ao exercício desses direitos do que as impostas aos jornalistas e órgãos de comunicação social. Pelo contrário, uma vez que aqueles, ao contrário destes, não estão sujeitos aos deveres de se informarem e de informarem com rigor e isenção, não possuem formação nem estruturas para o efeito e, pelo menos por princípio, as suas comunicações não atingem um *público* vastíssimo.

Pelo que fica dito, consideramos que o crime base de difamação (tal como o crime base de injúria) deve ser abolido. A não se entender assim, importa circunscrever o respetivo tipo objetivo à imputação de factos desonrosos. Caso, todavia, se considere que esse tipo deve estender-se à formulação de juízos de valor atentatórios da honra, cumpre cingi-los a juízos gratuitos, sem qualquer sustentação fáctica.

Estas conclusões serão, no entanto, complementadas mais adiante, aquando da abordagem das excludentes especiais da difamação, porquanto também aí acabaremos por ter de refletir sobre o tipo objetivo deste crime. Na verdade, como sublinha Costa Andrade, os crimes contra a honra integram «uma área problemática em que as dificuldades de demarcação clara e segura entre a tipicidade e a ilicitude ganham uma dimensão pouco comum»([122]).

6.1.2.3. O tipo subjetivo

O crime base de difamação previsto e punido no art. 180.º, n.º 1, do CP é, sem dúvida, um crime doloso. No entanto, de um modo geral, a doutrina e a jurisprudência têm considerado que a realização desse crime não requer o chamado *animus difamandi*([123]). Não se exige, pois, este *dolo específico*, bastando o *dolo genérico*, em qualquer das respetivas modalidades (direto, necessário ou eventual — art. 14.º do CP). De todo o modo, mantém-se a exigência da presença quer do *elemento intelectual*, quer do *elemento volitivo* do dolo. É, assim, necessário que se verifique a represen-

---

([122]) Cf. Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa* …, *cit.*, p. 219.

([123]) Cf. Acórdão do STJ de 08/04/1999, Processo 99P104, de acordo com o qual: «I — Com a entrada em vigor do CP de 1982, o crime de difamação deixou de exigir dolo específico (…), o "animus difamandi", bastando para o preenchimento do seu elemento subjectivo o dolo genérico, em qualquer das suas formas. II — Este consubstancia-se na consciência do agente de que a imputação do facto ou o juízo formulado são ofensivos da honra ou da consideração do visado tal como a reprodução da imputação ou do juízo — e na vontade de imputar o facto ou formular o juízo, ou de reproduzir a imputação ou juízo, sabendo que a sua conduta é proibida por lei».

tação do facto ilícito e a vontade de o realizar por parte do agente. Porém, se à luz de padrões de normalidade a conduta do agente for suscetível de lesar qualquer das dimensões da honra, *lato sensu*, do visado, é quanto basta para se considerar preenchido o *tipo subjetivo* do referido crime.

Assim, pese embora não tanto como sucede em virtude da construção do tipo objetivo do crime de difamação, também a configuração do tipo subjetivo deste crime envolve o risco de os cidadãos que creem estar a exercer legitimamente direitos fundamentais da comunicação virem a cair nas malhas do Direito Penal. Realidade esta que igualmente concorre para a inibição do exercício desses direitos e, enfim, para um Estado de Direito Democrático diminuído.

6.1.2.4. As justificativas especiais

As causas gerais de justificação, previstas no art. 31.º do CP, têm aplicação no domínio dos crimes contra a honra. No entanto, o art. 180.º, n.º 2, deste diploma prevê justificativas especiais relativamente ao crime base de difamação, as quais, como melhor veremos adiante, se estendem a outros ilícitos de desonra. De acordo com esta norma, pressuposta a tipicidade da imputação de um facto desonroso, a conduta não é punível quando (*i*) for levada a cabo para realização de interesses legítimos e (*ii*) o agente provar a verdade da imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira.

Todavia, a nosso ver, num Estado de Direito Democrático, prosseguindo o agente interesses legítimos, *maxime* tratando-se de interesses públicos, seja ou não essa a sua intenção([124]), a imputação de factos verdadeiros ou em cuja veracidade o mesmo tenha fundamento sério para, em boa fé, acreditar, não deve assumir relevância típica. Tal conduta não só está protegida pelo direito de informar, como é inerente ao referido regime, nele representando mesmo, bastas vezes, um dever cívico. Por conseguinte, aí, essa atuação não deve ser desestimulada, muito menos por via do Direito Penal.

Mais: nesse regime, a existência e a integridade de uma amplíssima esfera pública de divulgação, conhecimento e discussão de factos e opi-

---

([124]) Considerando que, numa situação objetiva de prossecução de interesses legítimos, a intenção do agente é irrelevante, embora tendo em vista a exclusão da ilicitude da conduta, *vd*. Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa …*, *cit.*, pp. 386-387; Roxin, Claus, *Derecho Penal …*, p. 787.

niões constituem, *em si mesmas*, interesses da maior importância. Consequentemente, o Estado, designadamente através do seu poder judicial, deve abster-se de interferir nessa esfera até onde for possível. Deste modo, o interesse legítimo de quaisquer condutas comunicacionais deve não só ser compreendido amplissimamente como presumir-se.

Assim, a manter-se a incriminação da imputação de factos desonrosos, o que nos parece de todo desaconselhável, exceto no caso da calúnia, como melhor veremos adiante, não deve impor-se ao agente que demonstre a prossecução de interesses legítimos e a verdade dos factos que imputou, para evitar ser penalmente sancionado. *No limite*, para além da calúnia, reitere-se, apenas é de punir a imputação de factos desonrosos falsos sem que o agente tenha tido fundamento para, em boa fé, crer na veracidade dos mesmos.

Aliás, tenha-se presente que a Diretiva (UE) 2019/1937, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23/10/2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do Direito da União, tem por objetivos estimular, proteger e premiar a «divulgação pública», designadamente através dos *media*, por particulares, de factos criminalmente relevantes e das respetivas provas([125]). O que aponta, indubitavelmente, para que a imputação pública de factos desonrosos, que no caso daqueles a que se reporta essa Diretiva, dado o seu caráter criminal, são profundamente desonrosos, deva ser uma conduta *atípica*, a menos que, tomando de empréstimo as palavras da aludida Diretiva (considerando (32)), se trate de «denúncias de má-fé, levianas ou abusivas», para que não gozem de proteção «as pessoas que, no momento da denúncia, deliberadamente e com conhecimento de causa, comunicam informações erradas ou enganosas». Ou seja, em face do citado diploma europeu, apenas é de admitir a tipicidade da imputação de factos desonrosos realizada de má fé, constituindo esta elemento do tipo, o que, como melhor veremos adiante, consubstancia a prática do crime de calúnia, único ilícito penal de desonra que, a nosso ver, não deve ser descriminalizado.

Por outro lado, o regime do art. 180.º, n.º 2, do CP dá azo a dúvidas e divergências quanto ao tratamento da imputação de factos desonrosos a *figuras públicas*, cujo conceito vertido na Recomendação n.º 1165 (1998), da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 26/6/1998, aqui acolhemos, por facilidade de exposição — «pessoas detentoras de cargos

---

([125]) Não cumpre analisar aqui os termos em que a Diretiva citada no texto foi, ou devia ter sido, transposta para a ordem jurídica portuguesa. A sua transposição para a nossa ordem jurídica foi operada pela Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro.

públicos e/ou que utilizam dinheiros públicos e, genericamente, todos aqueles que desempenham um papel na vida pública, seja na política, na economia, nas artes, na esfera social, no desporto ou em qualquer outro domínio».

Não raras vozes têm considerado que o fundamento para se fazer recuar a tutela penal da honra de uma figura pública face ao direito de informar, verificando-se um conflito entre estes direitos, é ainda fornecido pelo *interesse público* dos factos imputados ao visado(126). Em tal perspetiva, também nestes casos se exige que o agente percorra a *via crucis* prevista no n.º 2 do art. 180.º do CP, a começar pela demonstração do referido interesse. Ou seja, pouco ou nada releva, afinal, aquele estatuto do visado.

Numa democracia como «forma de vida»(127), o relevo, duradouro ou episódico, de uma pessoa na sociedade, particularmente em dimensões importantes desta (política, económica, judiciária, religiosa, científica, cultural, desportiva, etc.), *só por si*, legitima e impõe a sindicância e a crítica a múltiplos aspetos da sua vida, do seu comportamento e da sua personalidade. Nesse quadro, deve-se procurar controlar as patologias inerentes a todas as formas de poder social, radicando aqui a proteção constitucional da discussão e crítica sobre a conduta, o estilo de vida e o caráter de titulares de cargos políticos e públicos e de outros protagonistas das várias esferas da sociedade, incluindo aqueles que, pelo seu exemplo, podem influenciar segmentos significativos da população(128). Os cidadãos cada vez mais têm de poder construir a sua opinião de forma esclarecida e livre sobre as pessoas que, continuada ou pontualmente, assumem papéis de relevo na sociedade, uma vez que disso depende, em grande medida, a tomada de múltiplas decisões de natureza política, económica, financeira, social, cultural, etc. Consequentemente, necessitam do máximo possível de informação sobre estas pessoas. Desde logo por isso, o estatuto de figura pública sujeita o indivíduo e o seu modo de vida a uma maior atenção, tanto pelos demais cidadãos como pela comunicação social.

Além disso, pelo menos relativamente a grande parte das figuras públicas, importa que se tenham em conta razões *vitimológicas*. De um modo geral, as figuras públicas decidem sê-lo, expondo-se elas próprias à publicidade e, consequentemente, ao risco particularmente elevado de

---

(126) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º» …, *cit.*, p. 922.

(127) Cf. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria…*, *cit.*, p. 288.

(128) Cf. Canotilho, J. J. Gomes, e Machado, Jónatas, «Constituição e Código Civil brasileiro, Âmbito de proteção de biografias não autorizadas», *in: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 143.º, n.º 3982, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 11.

ofensas aos seus direitos da personalidade moral(129). De resto, muitas delas retiram avultadas vantagens, de múltiplas naturezas, da sua notoriedade e da publicidade que as envolve(130). Mas ainda que assim não seja, não podem deixar de esperar um escrutínio mais intenso da sua vida e críticas mais fortes, quer por parte dos *media*, quer pela generalidade dos cidadãos.

Assim, por maioria de razão, exceto no que concerne à calúnia, o Direito Penal não deve proteger a honra das figuras públicas. Esta tarefa deve ficar exclusivamente a cargo do Direito Civil.

Por outro lado, é muito discutível a conformidade constitucional da imposição ao arguido do "ónus da prova"(131) da verdade da imputação de factos desonrosos, para lograr a exclusão da ilicitude da sua conduta comunicacional. Desde logo, tal solução aparenta restringir desproporcionadamente o direito de informar (arts. 37.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP)(132). Todavia, igualmente parece traduzir-se na consagração implícita de uma *presunção de falsidade* desses factos, o que poderá atentar também contra o princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP)(133).

Para além disso, constata-se que, não raramente, a jurisprudência densifica excessivamente o dever de informação sobre a veracidade da imputação de factos desonrosos, imposto ao agente pelas normas conjugadas dos n.os 2, al. *b*), e 4 do art. 180.º do CP, para lograr o afastamento da ilicitude dessa conduta. A título exemplificativo, tenha-se presente o Acórdão do STJ de 18/10/2007, segundo o qual, «[à] eficácia destes meios de publicação informativa na realização dos fins de comunicação corresponde, como contraponto, a exigência do máximo rigor e da máxima cautela na averiguação da realidade dos factos que divulgam, sobretudo quando essa divulgação, pela natureza do seu conteúdo, seja susceptível de afectar o direito ao bom nome e a reputação social das pessoas em geral, sem exclusão dos próprios falecidos»(134). Olvida-se, assim, ser indispen-

---

(129) Assim, Kübler, *apud* Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa* …, *cit.*, p. 191.

(130) Cf. Machado, Jónatas Eduardo Mendes, «A Glória, a Honra e o Poder …», *cit.*, p. 183.

(131) Como dissemos antes, no processo penal, pese embora, em rigor, inexista o chamado *ónus da prova formal*, pelo menos nalguns casos, pode falar-se de um *ónus da prova material*, sendo um desses casos o referido no texto.

(132) Para um aprofundamento da matéria, embora sobretudo no que concerne à imputação de factos desonrosos a figuras públicas, *vd*. Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão* …, *cit.*, p. 335, ss.

(133) Cf. Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão* …, *cit.*, p. 340.

(134) Cf. Acórdão do STJ de 18/10/2007, Processo 07B3555. Muito menos se deve acompanhar a orientação plasmada no Acórdão do mesmo Tribunal de 17/09/2009, Processo 832/06.6TVLSB.S1, segundo a qual, «[a] densificação do conceito de boa fé (…) é (…) composta dos

sável que na concretização do referido dever se tenham em conta inúmeros fatores, designadamente, a importância da divulgação célere de factos de interesse público, a concreta dificuldade da comprovação dos factos em apreço ou a realidade das redações dos *media* que os divulgaram. Num Estado de Direito Democrático, esse dever, para além de se dirigir apenas ao *núcleo central* da informação em causa, não já a aspetos acessórios da mesma, tem, necessariamente, de ser ténue. E se assim é relativamente aos jornalistas e órgãos de comunicação social, por maioria de razão deve ser no que concerne aos demais cidadãos, os quais não se encontram vinculados pelos deveres de informar com rigor e isenção e de procurar a diversificação das suas fontes de informação que recaem sobre aqueles (art. 14.º, n.º 1, als. *a*) e *e*), do Estatuto do Jornalista), nem possuem a formação e as estruturas dos mesmos.

A dificultar ainda mais o funcionamento da excludente especial da ilicitude da difamação prevista no n.º 2 do art. 180.º do CP, quer na jurisprudência, quer nalguma doutrina, tem-se entendido que tal justificativa tem como pressuposto a *necessidade do meio utilizado pelo agente*([135]). Sustenta-se, em síntese, que esta necessidade só existe quando a forma utilizada para a imputação do facto se mostra indispensável à realização dos interesses protegidos. Nessa perspetiva, entre vários meios igualmente eficazes, o agente deve escolher o que resultar *menos gravoso* para o visado. Tal "requisito" olvida que o direito de informar, além do mais, compreende o recurso a uma certa dose de exagero e, mesmo, de provocação, protegendo comunicações algo imoderadas. E, claro está, amplia o grau de insegurança e, consequentemente, o *chilling effect* do exercício desse direito.

Porém, o n.º 2 do art. 180.º do CP suscita ainda outra questão: a excludente especial nele prevista aplica-se também, *mutatis mutandis*, à

---

seguintes elementos fundamentais: 1 — Os factos inverídicos têm de ser verosímeis, ou seja têm de ser portadores de uma aparência de veracidade susceptível de provocar a adesão do homem normal e não só do informador; 2 — Por outro lado, o informador terá de demonstrar que procedeu a uma averiguação séria, segundo as regras e os cuidados que as concretas circunstâncias do caso razoavelmente exigiam, provando se necessário que a fonte era idónea ou que chegou a confrontar as informações com várias fontes; 3 — O informador terá também de demonstrar que agiu com moderação nos seus propósitos, ou seja, que se conteve dentro dos limites da necessidade de informar e dos fins ético-sociais do direito de informar, evitando o sensacionalismo ou os pormenores mais ofensivos ou com pouco valor informativo; 4 — Finalmente, o informador deverá demonstrar a ausência de animosidade pessoal em relação ao ofendido a fim de que a informação inverídica não possa considerar-se ataque pessoal». Note-se que neste Aresto o Supremo diz acompanhar um "estudo" de Martine Madoux, o qual de modo algum nos parece que sustente a referida orientação.

([135]) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 180.º» …, *cit.*, p. 924.

reprodução de imputações de factos atentatórios da honra feitas por terceiros e, enquanto facto que igualmente é, à reprodução de juízos desonrosos formulados por outrem? Seja qual for a resposta, será difícil compatibilizá-la com a CRP e com a CEDH, tanto mais que, como já vimos, em face das normas dos arts. 31.º, n.º 4, da Lei de Imprensa, 65.º, n.º 3, da Lei da Rádio, e 71.º, n.º 4, da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, *grosso modo*, no caso de serem corretamente reproduzidas nesses meios de comunicação social declarações (consubstanciem imputações de factos ou juízos de valor) prestadas por pessoas devidamente identificadas na peça jornalística respetiva, só estas pessoas podem ser responsabilizadas, a menos que o teor das declarações em causa constitua incitamento à prática de um crime, sendo certo que, como já dissemos, o exercício dos direitos fundamentais da comunicação por "cidadãos comuns" não deve ser submetido a maiores limitações do que se o for por jornalista.

Por fim, refira-se que o n.º 3 do art. 180.º do CP estabelece um limite à *exceptio veritatis*, mesmo que se verifique uma situação de prossecução de interesses legítimos. De acordo com este preceito, o disposto no n.º 2 do mesmo artigo não se aplica no caso de se estar perante a imputação de um facto desonroso relativo à intimidade da vida privada e familiar(136). Ora, esta norma sobrecarrega os cidadãos com nova dúvida: tal limite apenas se verifica se tiverem sido imputados factos relativos à *intimidade*, ou também no caso de o terem sido factos compreendidos na esfera da *privacidade*, *stricto sensu*(137)?

Em suma, perante o que deixámos dito, a manter-se a incriminação da imputação de factos desonrosos, o que nos parece de todo desaconselhável, exceto, reafirme-se, no caso da calúnia, *no limite*, apenas deve punir-se a imputação de factos desonrosos falsos sem que o agente tenha tido fundamento para, em boa fé, crer na sua veracidade.

---

(136) De todo o modo, o n.º 3 do art. 180.º do CP não afasta a possibilidade de exclusão da ilicitude da difamação perpetrada através da imputação de factos desonrosos respeitantes à intimidade da vida privada e familiar com base no disposto nas alíneas *b*), *c*) e *d*) do n.º 2 do art. 31.º do mesmo diploma. Aliás, o art. 14.º, n.º 2, al. *h*), do Estatuto do Jornalista admite que os jornalistas devassem a privacidade e, mesmo, se por razões de incontestável interesse público, a intimidade.

(137) Para uma síntese da teoria das esferas e dos conceitos de privacidade em sentido amplo, privacidade em sentido restrito e intimidade, veja-se Andrade, Manuel da Costa, «Comentário ao artigo 192.º», *in:* Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 1048, ss.

6.1.3. O crime de difamação cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação

Dispõe o art. 183.º, n.º 1, al. *a*), do CP que, se no caso dos crimes previstos nos arts. 180.º, 181.º e 182.º deste diploma, isto é, no caso dos crimes base de difamação e de injúria, a ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação, as penas respetivas são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Tipificam-se aqui crimes autónomos relativamente aos referidos crimes base, dado ser agora requerido que as ofensas à honra ou consideração de outrem que os mesmos importam sejam perpetradas, de forma indireta ou direta, respetivamente, por meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação.

Tendo em conta o que mais releva para este texto, deve sublinhar-se que não se mostra fácil identificar as situações a levar à conta de condutas comunicacionais praticadas através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação. Dada a tipificação do crime de difamação cometido através de meio de comunicação social (art. 183.º, n.º 2, do CP), sobre o qual nos debruçaremos adiante, os meios que facilitam a divulgação de comunicações desonrosas a que se refere o art. 183.º, n.º 1, al. *a*), do CP não são, seguramente, os *media*. No entanto, nem todas as demais difamações concretizadas através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação devem subsumir-se à previsão desta norma. Apesar de a difamação, *v. g.*, perante um qualquer círculo de pessoas facilitar a divulgação da ofensa, não é de aceitar que, tratando-se de um círculo reduzido, consubstancie o crime em apreço. Mas onde situar a fronteira? Dúvida que, atento o que já adiantámos, não deve existir no Direito Penal da Comunicação([138]) de um Estado de Direito Democrático.

Acresce que grande parte das situações suscetíveis de serem subsumidas ao referido segmento do art. 183.º, n.º 1, al. *a*), do CP — meios ou circunstâncias que permitam a divulgação da ofensa — traduzem-se no exercício não só de direitos fundamentais da comunicação, mas igualmente de outros direitos fundamentais. Pense-se, por exemplo, em afirmações feitas

---

([138]) Segundo alguns autores, o *Direito Penal da Comunicação* é constituído pelos tipos legais de crime que exigem a «utilização de determinado meio de comunicação, no sentido de instrumento técnico, no sentido de *corpus physicum*» (cf. Costa, José Francisco de Faria, *Direito Penal da Comunicação (Alguns Escritos)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 44-45). Porém, a nosso ver, deve adotar-se um entendimento mais amplo do referido conceito e, portanto, do conceito de crimes comunicacionais, neles se incluindo os tipos legais de crime que se realizam através de condutas comunicacionais.

num comício, em palavras de ordem proferidas numa manifestação ou na colocação, por um sindicato, diante das instalações de uma empresa, de uma faixa de pano com críticas a procedimentos de administradores desta. Tais condutas comunicacionais encontram-se também protegidas, *prima facie*, pelo direito de reunião (art. 45.º, n.º 1, da CRP), pelo direito de manifestação (art. 45.º, n.º 2, da CRP) e por direitos das associações sindicais (art. 56.º, n.º 1, da CRP), respetivamente. Por conseguinte, a incriminação em apreço é suscetível de limitar e inibir o exercício de plúrimos direitos fundamentais, designadamente políticos, de cidadania e sindicais, o que igualmente concorre para que não deva vigorar num Estado de Direito Democrático.

6.1.4. O crime de difamação caluniosa

De acordo com o art. 183.º, n.º 1, al. *b*), do CP, se no caso dos crimes previstos nos arts. 180.º, 181.º e 182.º deste diploma, isto é, no caso dos crimes base de difamação e de injúria, tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação, as penas respetivas são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Este crime só pode ser praticado por via da imputação de um facto falso desonroso, estando o agente conhecedor dessa falsidade. Tais requisitos são, pois, elementos essenciais do respetivo tipo objetivo.

Por sua vez, o tipo subjetivo do crime em causa requer que o agente represente inequivocamente os factos como falsos, não admitindo que o mesmo tenha a menor dúvida a tal propósito. A calúnia não pode, por isso, ser praticada com dolo eventual.

Neste caso, não se encontra subjacente um conflito entre o direito fundamental à honra e um direito fundamental da comunicação, designadamente o direito de informar. Como vimos, este direito, atento o seu objeto — informação, factos —, tem como limite intrínseco a verdade dos factos que se afirmam, pelo que a afirmação de um facto falso com consciência da sua falsidade não beneficia, sequer *prima facie*, da tutela do mesmo.

Assim, dada a inquestionável dignidade penal da honra, a elevada gravidade ético-social da calúnia, o enorme potencial lesivo desta conduta para aquele bem, a sua total desproteção por outros direitos fundamentais, nomeadamente pelo direito de informar, e a insusceptibilidade de se prosseguirem interesses legítimos, designadamente públicos, através da mesma, entendemos que a incriminação em apreço deve manter-se. Mais: a nosso ver, devem mesmo ser criados dois novos tipos, que incriminem,

respetivamente, a difamação caluniosa cometida através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa e a difamação caluniosa cometida através de meio de comunicação social, punindo-os com maior severidade, naturalmente o segundo mais do que o primeiro, já que, inexplicavelmente, os atuais n.os 1, al. *a*), e 2, uma vez mais respetivamente, do art. 183.º do CP não o fazem.

De todo o modo, a punição da calúnia somente deve abranger o núcleo da imputação falsa desonrosa, e não já exageros, ou inexatidões ou imprecisões relativas a aspetos acessórios. Reconhecemos, porém, que não compete ao legislador proceder a tal delimitação, a qual, como já hoje se impõe, deve ser assumida pelo intérprete.

6.1.5. O crime de difamação cometido através de meio de comunicação social

O art. 183.º, n.º 2, do CP determina que, se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa não inferior a 120 dias.

Embora o texto desta norma aparente reportar-se à difamação e à injúria, não nos parece que o segundo destes crimes possa ser praticado através dos *media*, porquanto exige que o agente se dirija *diretamente* à vítima, o que não se nos afigura concebível se for utilizado um meio de comunicação social, uma vez que neste caso, ainda que a vítima se encontre presente e seja qual for a forma que o agente adote, este estará sempre a dirigir-se aos respetivos leitores/ouvintes/telespetadores/seguidores virtuais.

Também aqui estamos perante um ilícito típico autónomo relativamente ao crime de difamação previsto no art. 180.º, n.º 1, do CP, distinguindo-se deste último por exigir que a ofensa seja executada através de um meio de comunicação social.

A incriminação autónoma da difamação perpetrada através de meio de comunicação social somente tem em vista a previsão de uma moldura penal mais grave para esta conduta. Tal opção decorre da perspetiva segundo a qual, quanto maior for a plateia de uma ofensa à honra, maior será a sua gravidade(139).

---

(139) Segundo o TC, a determinação de uma moldura penal mais grave para a difamação perpetrada através da comunicação social não é inconstitucional, não violando, nomeadamente, o princípio da igualdade (cf. Acórdão n.º 559/99, de 19/10/1999).

Mal se compreende, assim, que a jurisprudência portuguesa perfilhe a tese segundo a qual este crime, ainda que cometido através de publicação unitária, se consuma com a publicação de conteúdos desonrosos, e não apenas quando estes são lidos, ouvidos ou vistos, respetivamente, pelos destinatários([140]).

De todo o modo, enfatize-se, o crime de difamação cometido através de meio de comunicação social somente se autonomiza frente ao crime previsto e punido no art. 180.º, n.º 1, do CP por exigir que o agente utilize um meio de comunicação social. Assim, reiteramos aqui o que deixámos dito a propósito do crime base de difamação. Aliás, as críticas e preocupações que aí consignámos não só valem nesta sede como, atentas as superlativas funções dos *media*, assumem aqui especial intensidade.

Com efeito, num Estado de Direito Democrático, é imprescindível que os cidadãos sejam informados, através da comunicação social, da generalidade dos factos e opiniões (racionais e emotivas), suscetíveis de possuírem algum interesse público (e não apenas político), bem como do comportamento e da própria personalidade das figuras públicas, de modo a garantir-se, designadamente, a satisfação dos direitos fundamentais de todos a se informarem e a serem informados, a fiscalização, por parte do povo, do exercício dos poderes (não só públicos, mas também fácticos), a formação da vontade popular, a intervenção dos cidadãos na vida pública e a evolução da sociedade. Em suma, o exercício profuso da liberdade de comunicação social relativamente à generalidade das referidas questões e personalidades é indispensável à realização e legitimação do Estado de Direito Democrático.

Assim, resulta para o Estado, para todos os poderes estaduais, não só a obrigação de não impedirem ou dificultarem o exercício da referida liberdade, como também os deveres de a protegerem e, mesmo, de a promoverem. Além disso, as leis ordinárias que sejam suscetíveis de contender, de alguma maneira, com essa liberdade devem ser produzidas, interpretadas e aplicadas de modo a não a afetarem relevantemente, não devendo ser criados significativos constrangimentos ou inibições ao seu exercício([141]).

([140]) O STJ firmou jurisprudência no sentido de que «[a] difamação, mesmo que cometida através de publicação unitária, constituindo crime de abuso de liberdade de imprensa, não tem a natureza de crime permanente, consumando-se com a publicação do texto ou imagem, pelo que o prazo da prescrição do respectivo procedimento criminal tem início no dia da referida publicação, nos termos do art. 119.º , n.º 1, do Código Penal» (cf. Acórdão n.º 5/96, de 14/03/1996).

([141]) Dada a importância dos princípios do *efeito de irradiação* e do *efeito recíproco*, ou de *mútuo condicionamento*, na produção, interpretação e aplicação das *leis gerais* que contendem, de

Recorde-se que, de acordo com a jurisprudência do TEDH, a margem de liberdade dos Estados-partes para restringirem a liberdade de comunicação social é estreitíssima, atento o papel da comunicação social como «cão de guarda público»([142]) e a sua importância para a satisfação do direito do público a receber informações e ideias([143]), sendo fortíssimo o peso do interesse de uma sociedade democrática em assegurar a existência de uma comunicação social livre([144]), não devendo os *media* e os jornalis-

---

alguma forma, com direitos fundamentais da comunicação, importa deixar algumas notas a seu propósito. Segundo o princípio do *efeito de irradiação*, as normas consagradoras de direitos fundamentais, dado que contêm também princípios de caráter *objetivo*, repercutem-se em todos os ramos de Direito e fornecem diretrizes e impulsos ao legislador, à administração e aos tribunais. Consequentemente, todas as normas de Direito infraconstitucional devem ser produzidas, interpretadas e aplicadas tendo-se em conta o significado objetivo dos direitos fundamentais. Estes direitos tornam-se, assim, omnipresentes na ordem jurídica. Por sua vez, o princípio do *efeito recíproco*, ou *de mútuo condicionamento*, sustenta que entre os direitos fundamentais e as *leis gerais* estabelece-se um *efeito recíproco*, no sentido em que, se estas leis, por um lado, restringem *incidentalmente* aqueles direitos, por outro lado, têm de ser interpretadas de acordo com o significado axiológico dos direitos fundamentais num Estado de Direito Democrático, devendo, por isso, ser limitadas nos seus efeitos limitadores dos mesmos. Por conseguinte, as *leis gerais* que, de alguma forma, interfiram com direitos fundamentais devem ser interpretadas e aplicadas restritivamente, de modo a concederem espaço a estes direitos, não os afetando relevantemente. Atento o objeto deste texto, deve recordar-se que, apesar de já anteriormente terem tido alguns afloramentos, os referidos princípios foram sobretudo burilados pelo Tribunal Constitucional germânico na sua referencial decisão de 15/01/1958, proferida no caso "*Lüth*", no qual estava em causa, resumidamente, a *condenação civil*, por um tribunal comum, do cidadão alemão Erich Lüth a abster-se de promover o boicote de um filme dramático — *Unsterbliche Geliebte* (Amante Imortal) — e, assim, causar danos à produtora e à distribuidora do mesmo, em virtude do passado nazi e antissemita do respetivo realizador, Veit Harlan, e com vista a evitar que este pudesse vir a representar a cinematografia alemã. Nessa decisão, considerou o Tribunal Constitucional alemão que o alcance objetivo da liberdade de expressão, decorrente do seu significado primordial num Estado Democrático, não pode ser deixado à relativização resultante das *leis gerais* e, por via destas, das decisões dos tribunais que as interpretam e aplicam, devendo tais leis, no que tange aos respetivos efeitos limitadores da referida liberdade, ser interpretadas por forma a garantir-se que fique sempre assegurado o significado *axiológico* da mesma, impondo-se numa sociedade livre e democrática uma *presunção de princípio a favor da liberdade de expressão* [cf. BVerfGE 7, 198 (Lüth-Urteil), de 15/01/1958, disponível na *Internet*, *in:* <https://www.bundesverfassungsgericht.de>]. Sobre a importância dos princípios do *efeito recíproco* e do *efeito de irradiação* na interpretação e aplicação das *leis gerais* que contendem com direitos fundamentais da comunicação, veja-se Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa…*, *cit.*, pp. 47-49; Brito, Iolanda A. S. Rodrigues de, *Liberdade de Expressão…*, *cit.*, pp. 248-249; Canotilho, J. J. Gomes, e Machado, Jónatas, «Constituição e Código Civil Brasileiro …», *cit.*, p. 19. Criticando a tese do efeito de irradiação dos direitos fundamentais, à qual contrapõe a utilização destes direitos na sua função de *proibição de intervenção*, em conjugação com as exigências do princípio da proporcionalidade, veja-se Canaris, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 4.ª reimpressão da edição de julho de 2003, Coimbra, Almedina, 2016, p. 43, ss.

([142]) Cf. Acórdão do TEDH de 22/11/2012, caso Telegraaf Media e outros c. Holanda, § 125.

([143]) Cf. Acórdão do TEDH de 07/06/2007, caso Dupuis e outros c. França, § 35.

([144]) Cf. Acórdão do TEDH de 07/06/2007, caso Dupuis e outros c. França, § 36.

tas ser inibidos de exercer as suas funções por virtude de condenações judiciais, sobretudo penais([145]).

Por último, importa referir que, sendo elemento do tipo objetivo do crime previsto no art. 183.º, n.º 2, do CP a utilização pelo agente de um meio de comunicação social, não podem operar neste caso as normas do n.º 2 do art. 30.º da Lei de Imprensa ou do n.º 2 do art. 71.º da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, segundo as quais, sempre que a lei não cominar agravação diversa em razão do meio de comissão, os crimes cometidos através desses *media* são punidos com as penas previstas nas respetivas normas incriminatórias, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo. Todavia, adiante-se, o legislador não estabeleceu uma agravação análoga na Lei da Rádio. Deste modo, enquanto os crimes cometidos através da imprensa, da televisão e dos serviços audiovisuais a pedido são punidos com as penas previstas nas correspondentes normas incriminatórias, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo, os crimes cometidos através da rádio apenas são punidos com as penas previstas nas normas que os estabelecem. Ora, esta diferenciação não tem qualquer sustentação racional, já que os efeitos da violação de bens jurídico-penais através da rádio são equivalentes aos da violação dos mesmos bens através da imprensa, da televisão e dos serviços audiovisuais a pedido. Assim, por afronta aos princípios da igualdade (art. 13.º, n.º 1, da CRP) e da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP), as normas do n.º 2 do art. 30.º da Lei de Imprensa e do n.º 2 do art. 71.º da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido são materialmente inconstitucionais.

6.1.6. A agravação das penas dos crimes de difamação por virtude do estatuto funcional da vítima

Estabelece o art. 184.º do CP que as penas previstas nos arts. 180.º, 181.º e 183.º são elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo se a vítima for uma das pessoas referidas na al. *l*) do n.º 2 do art. 132.º, no exercício das suas funções ou por causa delas, ou se o agente for funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade. Por sua vez, o catálogo de vítimas constante do art. 132.º, n.º 2, al. *l*), do CP integra os membros de órgãos de soberania e do Conselho de Estado, os Representantes

---

([145]) Cf. Acórdão do TEDH de 07/12/2010, caso Público — Comunicação Social, S.A., e outros c. Portugal, §§ 54-55.

da República, os magistrados, os membros de órgãos do governo próprio das regiões autónomas, o Provedor de Justiça, os membros dos órgãos das autarquias locais ou dos serviços ou organismos que exerçam autoridade pública, os comandantes das forças públicas, os jurados, as testemunhas, os advogados, os solicitadores, os agentes de execução, os administradores judiciais, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, os agentes das forças ou serviços de segurança, os funcionários públicos, civis ou militares, os agentes das forças públicas ou cidadãos encarregados de serviços públicos, os docentes, os examinadores ou membros de comunidades escolares, os ministros de culto religioso, os jornalistas e os juízes ou árbitros desportivos sob a jurisdição das federações desportivas.

A norma em apreço agrava as penas dos crimes de difamação e de injúria por virtude do *estatuto funcional da vítima*. Ora, a honra não *aumenta* ou *diminui* em função do *status da vítima*, não dependendo deste. Além disso, como sai precípuo do que já deixámos dito, em grande parte dos casos, o estatuto funcional das pessoas importa a sujeição acrescida das mesmas à crítica e à sindicância, sob pena de não serem realizados princípios constitucionais estruturantes, a começar pelo princípio democrático. Consequentemente, não deve proteger-se a pretensa *honra funcional*, de modo a não se limitar ou inibir o exercício profuso dos direitos fundamentais da comunicação relativamente às pessoas que assumem, duradoura ou episodicamente, papéis de relevo na sociedade. Deste modo, mostra-se, no mínimo, muito discutível a conformidade constitucional da agravação em apreço. Tão discutível quanto a sua compatibilidade com o art. 10.º da CEDH, como de seguida melhor veremos. Aliás, também o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no seu já citado Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011 (ponto 38), com referência ao PIDCP, afirmou que «[a]s leis não devem estabelecer penas mais severas em função da pessoa criticada».

6.2. Dos crimes contra a honra funcional

O estatuto funcional da vítima fundamenta não só a agravação das penas dos crimes de difamação e de injúria, mas também incriminações autónomas. Como já adiantámos, assim sucede no que concerne à tipificação do crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional e dos crimes de ofensa à honra do Presidente da República. É, pois, chegada a hora de surpreendermos os aspetos destes ilícitos que mais jus-

tificam a sua descriminalização. Será, porém, uma abordagem ainda mais tópica do que as anteriores, dado que valem aqui, em grande medida, as considerações que aí registámos.

6.2.1. O bem jurídico protegido

Antes de mais, vejamos em que consiste a honra funcional, não obstante apenas de relance, dado que nos parece indispensável tornarmos à matéria aquando da abordagem de cada um dos referidos crimes.

Assim, para já, cumpre apenas sublinhar que a honra funcional é uma *honra de status*. O respeito que importa resulta da posição que a pessoa ocupa na sociedade, do estatuto que detém nesta. Consequentemente, varia de pessoa para pessoa.

6.2.2. O crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional

Segundo o art. 322.º, n.º 2, do CP, quem ofender a honra de pessoa que goze de proteção internacional, encontrando-se o ofendido em Portugal no desempenho de funções oficiais, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

No entanto, esta norma somente se completa por recurso ao n.º 3 do art. 322.º do CP, segundo o qual gozam de proteção internacional:

— Chefe de Estado, incluindo membro de órgão colegial que exerça, nos termos constitucionais, as funções de Chefe de Estado, Chefe de Governo ou ministro dos Negócios Estrangeiros, bem como membros de família que os acompanhem;

— representante ou funcionário de Estado estrangeiro ou agente de organização internacional que, no momento do crime, gozem de proteção especial segundo o Direito Internacional, bem como membros de família que com eles vivam.

Para além disso, o art. 324.º do CP estabelece as seguintes *condições de procedibilidade e de punibilidade*:

— salvo tratado ou convenção internacional em contrário, o procedimento criminal depende de participação quer do Governo Português, quer do Governo estrangeiro ou do representante da organização internacional;

— em relação a Estado estrangeiro, seu representante ou funcionário, é necessário à aplicação do art. 322.º, n.º 2, do CP que Portugal mantenha com o Estado estrangeiro relações diplomáticas e que haja reciprocidade no tratamento penal do facto, tanto no momento da sua prática como no do seu julgamento.

Este tipo legal de crime protege, pois, a honra de quem possua a qualidade e se encontre nas situações referidas no art. 322.º, n.º 2, do CP. O que vale por dizer que somente possui autonomia face aos crimes de difamação e de injúria por virtude do estatuto e da situação da vítima.

Se a compatibilidade constitucional da já referida agravação das penas dos crimes de difamação e de injúria devido ao estatuto funcional da vítima oferece seríssimas dúvidas, não nos parece que o mesmo suceda no que concerne à tutela penal especial da honra de pessoa que goze de proteção internacional, conferida pelo art. 322.º, n.º 2, do CP. Desde logo, não vemos como possa sustentar-se a dignidade constitucional e, consequentemente, penal da honra estatutária. Por outro lado, perante a proteção penal geral da honra pelos arts. 180.º e seguintes do CP, a incriminação agora em tema igualmente não passa no teste da necessidade ou carência de tutela penal. Acresce que, reitere-se, a CRP impõe um espaço de liberdade amplíssimo quer para a discussão de todos os assuntos de interesse público, quer para a crítica a quaisquer atores políticos, *lato sensu*, sejam internos ou internacionais, o qual não deve ser limitado por via da proteção reforçada da honra destes. Na verdade, a tutela penal especial da honra de pessoas que gozem de proteção internacional representa a consagração de um «elitismo penal»([146]), de todo inadmissível no quadro constitucional português.

Mas, como dissemos, o tipo legal de crime em análise igualmente contraria o art. 10.º da CEDH. Recorde-se, a este propósito, o Acórdão do TEDH de 25/06/2002, caso Colombani e outros c. França. Neste Aresto,

---

([146]) A expressão foi utilizada por Costa Andrade, na sessão de 05/06/90 da Comissão de Revisão do CP, justamente a propósito da introdução neste diploma do crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional. Mais referiu aí Costa Andrade que «as pessoas devem ser protegidas por serem pessoas e não por ostentarem qualquer qualificativo» (*apud* Leal-Henriques, Manuel, e Santos, Manuel Simas, *Código Penal …*, *cit.*, p. 1028).

reportando-se a uma norma, aliás entretanto revogada, da Lei de Imprensa francesa (art. 36.º), que criminalizava autonomamente ofensas à honra cometidas publicamente contra Chefes de Estado estrangeiros, Chefes de Governo estrangeiros e Ministros dos Negócios Estrangeiros de Governos estrangeiros, considerou o Tribunal de Estrasburgo que a aplicação desse dispositivo era suscetível de «conceder a chefes de Estado estrangeiros um estatuto legal especial, que os protege da crítica exclusivamente por virtude das suas funções ou estatuto», o que equivalia a conferir-lhes «um privilégio especial incompatível com as modernas práticas e conceções políticas», indo «além do que é necessário» para proteger os interesses subjacentes e tendendo «a inibir a liberdade de expressão sem qualquer "necessidade social premente" capaz de justificar essa restrição». Aliás, como é referido nesse Aresto do TEDH, desde 2001 que a própria jurisprudência francesa vinha considerando que as normas incriminadoras da difamação e da injúria eram suficientes para tutelar a honra dos chefes de Estado estrangeiros, como de qualquer outro cidadão, não aplicando o citado art. 36 da Lei de Imprensa desse país. Porém, estamos em crer que a jurisprudência portuguesa, incluindo a constitucional, dificilmente algum dia chegará tão longe.

Acresce que, como igualmente já notámos, também o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no respetivo Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011 (ponto 38), com referência ao PIDCP, consignou que os Estados não devem estabelecer penas mais graves em função das pessoas criticadas.

Para além disso, o ilícito em causa, também ele, consubstancia um crime de perigo abstrato-concreto. O que, como decorre do que deixámos dito relativamente aos crimes de perigo, igualmente é suscetível de levar a um juízo de inconstitucionalidade sobre a norma do art. 322.º, n.º 2, do CP.

Por fim, adiante-se que, dado tratar-se de um ilícito de *execução não vinculada*, o crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional pode ser praticado através dos *media*. Como vimos aquando da análise do crime de difamação cometido através da comunicação social, de acordo com o art. 30.º, n.º 2, da Lei de Imprensa e com o art. 71.º, n.º 2, da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, sempre que a lei não cominar agravação diversa, em razão do meio de comissão, os crimes realizados através destes meios de comunicação social são punidos com as penas previstas nas normas incriminadoras respetivas, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo. Uma vez que não é cominada agravação da pena no caso de o crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional ser praticado através da imprensa, da tele-

visão ou dos serviços audiovisuais a pedido, *prima facie*, dir-se-ia que as referidas agravações operam neste caso. Porém, como igualmente já dissemos, as normas do art. 30.º, n.º 2, da Lei de Imprensa e do art. 71.º, n.º 2, da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido são materialmente inconstitucionais, por violação dos princípios da igualdade (art. 13.º da CRP) e da proporcionalidade (art. 18.º, n. 2, da CRP).

Em suma, perante o que deixámos dito, parece-nos impor-se incontornavelmente a revogação do art. 322.º, n.º 2, do CP.

6.2.3. Os crimes de ofensa à honra do Presidente da República

Por sua vez, o art. 328.º, n.º 1, do CP pune, com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, quem injuriar ou difamar o Presidente da República, ou quem constitucionalmente o substituir(147).

Protege-se aqui a honra da pessoa que exercer as funções de Presidente da República ou que constitucionalmente o substituir(148). Assim, de novo estamos perante um caso de *tutela penal especial da honra*.

Pelas razões referidas a propósito do crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional, também a incriminação prevista no art. 328.º, n.º 1, do CP viola incontornavelmente o art. 18.º, n.º 2, da CRP. De igual modo, esta incriminação mostra-se inconciliável com o art. 10.º da CEDH. Como diz Monica Macovei, em face da jurisprudência do TEDH, qualquer lei interna que conceda a titulares de altos cargos públicos uma proteção especial contra a difamação é incompatível com a referida norma convencional(149).

Reitere-se ainda, aliás agora mais pormenorizadamente, que, segundo o supra citado Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011, do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ponto 38), «o simples facto de se

---

(147) De acordo com o n.º 3 do art. 328.º do CP, o procedimento criminal cessa se o Presidente da República expressamente declarar que dele desiste. Para uma crítica a esta solução, veja-se Caeiro, Pedro, «Comentário ao artigo 328.º», *in:* Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Artigos 308.º a 386.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 229-231.

(148) Considerando que o crime previsto no então art. 362.º (hoje, com algumas alterações, no art. 328.º) do CP protege o Estado de Direito, *vd*. Acórdão do TRL de 30/05/1989, *in:* Coletânea de Jurisprudência, ano XIV, 1999, Tomo 3, Coimbra, ASMJP, pp. 168-171. Criticando esta perspetiva, *vd*. Caeiro, Pedro, «Comentário ao artigo 328.º» …, *cit.*, p. 213, ss.

(149) Cf., *v. g*. Macovei, Monica, *Freedom of expression* …, p. 52.

considerar que uma declaração insulta uma figura pública não é suficiente para justificar a imposição de sanções, não obstante as figuras públicas também poderem beneficiar das disposições do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos]. Além disso, todas as figuras públicas, mesmo as que exercem os cargos políticos de maior importância, como os Chefes de Estado ou de Governo, podem ser objeto legítimo de críticas e oposição política. Por conseguinte, o Comité já manifestou a sua preocupação em relação às leis sobre questões como o *lesa-majestade*, o desacato, a falta de respeito pela autoridade, a falta de respeito para com as bandeiras e os símbolos, a difamação do Chefe de Estado e a proteção da honra dos funcionários públicos. As leis não devem estabelecer penas mais severas em função da pessoa criticada».

Por outro lado, também o ilícito em apreciação pertence à categoria dos crimes de perigo abstrato-concreto. O que, como resulta do que dissemos a propósito dos crimes de perigo, igualmente poderá importar a inconstitucionalidade da respetiva norma incriminadora.

Por fim, deve notar-se que, segundo o n.º 2 do art. 328.º do CP, se a injúria ou a difamação ao Presidente da República, ou a quem constitucionalmente o substituir, forem feitas por meio de palavras proferidas publicamente, de publicação de escrito ou de desenho, ou por qualquer meio técnico de comunicação com o público, o agente é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias. Trata-se, portanto, de um *tipo agravado*, que apenas assume autonomia frente ao crime base por virtude de exigir que os factos sejam praticados pelos meios referidos. Deste modo, por maioria de razão, vale relativamente a ele o que dissemos anteriormente a propósito quer do crime base, quer do crime de difamação cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação, quer do crime de difamação cometido através de meio de comunicação social.

Em suma, a nosso ver, pelo que deixámos dito, devem igualmente revogar-se as normas do art. 328.º do CP.

6.3. Os crimes de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva

O art. 187.º, n.º 1, do CP pune, com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 240 dias, quem, sem ter fundamento para, em boa fé, os reputar verdadeiros, afirmar ou propalar factos inverídicos, capazes de ofender a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a

organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa coletiva, instituição ou corporação.

Na sequência do que Figueiredo Dias afirmou na Comissão Revisora do CP(150), bem como da subsequente anotação àquela norma formulada por Faria Costa no *Comentário Conimbricense do Código Penal*(151), é recorrente dizer-se que tal disposição não assegura a honra das entidades coletivas mas, antes, um *bem jurídico heterogéneo*, que compreende a *credibilidade*, o *prestígio* e a *confiança* destas entidades, o que pode reconduzir-se, em síntese, ao seu *bom nome*. Bem este que, de acordo com a referida corrente, não encontra proteção, ao menos na sua integralidade, nas normas incriminadoras da difamação e da injúria.

Parece-nos seguro que a norma do art. 187.º, n.º 1, do CP protege a *credibilidade*, o *prestígio* e a *confiança*, ou se se quiser, o *bom nome* de entidades coletivas. Bem como temos por certo que estas atributos não esgotam o *conceito dual* de honra que as incriminações da difamação e da injúria acolhem e resguardam. Todavia, a nosso ver, compreendem-se na honra externa, a qual representa uma das dimensões desse conceito(152).

Deste modo, o bem protegido pela norma do art. 187.º, n.º 1, do CP encontra-se igualmente assegurado, *in totum*, pelas normas que tipificam os crimes de difamação e de injúria. Efetivamente, estas normas não deixam de fora qualquer parcela da honra em sentido amplo, na qual, reitere-se, se integra o *bom nome*(153).

Assim, se bem a compreendemos, a incriminação autónoma prevista no art. 187.º, n.º 1, do CP apenas se justifica por se mostrar necessário, tendo em conta, quer as caraterísticas do direito fundamental à honra, quer as especificidades das entidades coletivas, quer a proteção ancorada aos direitos fundamentais da comunicação, limitar a criminalização de ofensas

---

(150) Na sessão de 11/12/1990 da Comissão de Revisão do CP, afirmou Figueiredo Dias que no artigo em referência «se protege algo mais (ou algo de diferente) do que a honra» (cf. AA.VV., *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993, p. 504.

(151) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «*Comentário ao artigo 187.º*», *in:* Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 981, ss.

(152) Como afirma Albuquerque Matos, pese embora com referência ao Direito Civil, «as notas caracterizadoras» do bom nome ou reputação integram-se «na dimensão objectiva da honra». «Na verdade», conclui esse autor, «o bom nome tem necessariamente de ser entendido como uma espécie de um género mais amplo, ou seja, a honra» (cf. Matos, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil …*, *cit.*, pp. 137-138).

(153) De acordo com Costa Andrade, a *consideração* a que se reporta o art. 180.º, n.º 1, do CP integra o *bom nome*, a *reputação* e a *fama* (cf. Andrade, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa…*, *cit.*, p. 87).

à honra externa dessas entidades relativamente à criminalização de ofensas à honra em sentido amplo dos indivíduos. Limitação essa que foi efetivamente concretizada na norma em apreço, como veremos de seguida. Porém, em face do que já deixámos dito, não cremos que deva ser dispensada tutela penal à honra externa de entidades coletivas, exceto perante a calúnia, como melhor veremos adiante.

Seja como for, fica agora ainda mais claro que, na ordem jurídica portuguesa, as entidades coletivas não podem ser sujeitos passivos dos crimes de difamação e de injúria. Com efeito, tais entidades não possuem honra interna, a qual é exclusiva do indivíduo(154). E a sua honra externa, *rectius*, as dimensões desta que o legislador penal entendeu dever proteger encontram-se tuteladas pelo art. 187.º, n.º 1, do CP. Acresce que o tipo delineado neste artigo não protege essas dimensões da honra externa das entidades coletivas contra qualquer agressão que, na inexistência do mesmo, não fosse subsumível aos tipos da difamação ou da injúria. Não sendo, de modo algum, a nosso ver, sustentável a orientação segundo a qual a formulação de juízos de valor desonrosos para entidades coletivas, dado que não se encontra tipificada no art. 187.º, n.º 1, do CP, poderá representar os crimes de difamação ou de injúria. Se assim fosse, a proteção penal da honra externa das entidades coletivas perante a manifestação de juízos de valor seria mais extensa do que a tutela penal desse bem de tais entidades relativamente à afirmação ou propalação de factos, ou seja, a uma conduta mais agressiva para a honra, uma vez que os tipos objetivos da difamação e da injúria são claramente menos exigentes do que o tipo objetivo do crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva. Deste modo, tal solução não seria constitucionalmente solvente. Assim, reitere-se, não há hoje espaço para a orientação vertida no Assento do STJ n.º 1/1960, de 24/02/1960, de acordo com o qual, «[a]s pessoas colectivas podem ser sujeito passivo nos crimes de difamação e de injuria». Porém, o certo é que não falta quem sustente o contrário(155), não podendo, portanto, os cidadãos estar seguros da referida conclusão.

---

(154) Como evidencia Albuquerque de Matos, igualmente no Direito Civil, sobretudo em face dos arts. 70.º, n.º 1, 160.º e 484.º do CC, não é de admitir a proteção da honra interna das pessoas coletivas (cf. Matos, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil…*, *cit.*, *maxime* pp. 375-376). Esta orientação é igualmente acolhida no domínio da jurisprudência jus-civilista (cf., *v. g.*, Acórdão do STJ de 08/03/2007, Processo 07B566). Ora, adiante-se, por força do *princípio da subsidiariedade do Direito Penal*, imposto pelo art. 18.º, n.º 2, da CRP, aquilo que é lícito para outros ramos de Direito não pode ser penalmente sancionado. Consequentemente, sob pena de inconstitucionalidade material, o Direito Penal jamais poderia sancionar ofensas à (pretensa) honra interna de entidades coletivas.

(155) Admitindo a orientação criticada no texto, *vd*. Carvalho, Alberto Arons de, Cardoso,

Por outro lado, mostra-se muito discutível a solvabilidade constitucional da tutela da honra externa de entidades coletivas que *exerçam autoridade pública*, isto é, poderes de *imperium*. Como adiantámos acima, a doutrina constitucional tem-se dividido no que concerne a saber se também as entidades coletivas de Direito Público gozam de direitos fundamentais([156]). E como dissemos então, a nosso ver, o gozo de direitos desta categoria por essas entidades depende de as mesmas possuírem um elevado grau de autonomia e representarem, de algum modo, um contrapoder face ao Estado. Consequentemente, só é de admitir a tutela penal da honra externa das referidas entidades se as mesmas possuírem estas caraterísticas. Assim, no que concerne a ofensas a organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, a norma do art. 187.º, n.º 1, do CP apenas pode resistir a um juízo de inconstitucionalidade se interpretada no sentido de essas entidades terem de possuir as aludidas caraterísticas.

De todo o modo, importa ter-se presente que, por princípio, mesmo as entidades coletivas privadas representam centros de poder, muitas vezes fortíssimos. Por conseguinte, cumpre que sejam alvo permanente de profusa sindicância, tanto por parte dos *media* como pelos cidadãos. O que, quer em face do programa jus-constitucional português, quer à luz da CEDH, não deve ser limitado ou desestimulado por via da tutela penal da honra externa dessas entidades. Na verdade, a incriminação em causa é um instrumento de enorme aptidão para refrear a fiscalização de poderes sociais.

Para além disso, estamos uma vez mais perante um *crime de perigo abstrato-concreto*, já que apenas se exige, mas exige-se, que os factos afirmados ou propalados pelo agente sejam idóneos a ofender as dimensões da honra externa de entidade coletiva protegidas pela norma incriminadora. Assim, atento o que já deixámos dito quanto aos crimes de perigo, também por esta razão a legitimidade constitucional da incriminação em apreço se mostra discutível.

Por sua banda, o *tipo objetivo* do crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva apresenta alguma complexidade, integrando diversos elementos de difícil clarificação. Aqui, porém, apenas nos interessa considerar algumas questões suscitadas por esse tipo.

António Monteiro, e Figueiredo, João Pedro, *Direito da Comunicação Social*, 3.ª ed. revista e atualizada, Alfragide, Texto, 2012, p. 360. Afirmando-a sem tibiezas, veja-se Faria Costa («Comentário ao artigo 187.º» …, *cit.*, pp. 980-981), bem como Figueiredo Dias (cf. AA.VV., *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão* …, *cit.*, p. 279).

([156]) Para um resumo da discussão sobre o assunto, *vd*. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria*…, *cit.*, p. 422, ss.

Antes de mais, deve sublinhar-se que o art. 187.º, n.º 1, do CP somente tipifica a afirmação ou propalação de *factos*. Tal preceito não incrimina a comunicação de juízos de valor. Do mal o menos. No entanto, por um lado, já o vimos, nem sempre é fácil distinguir estas condutas comunicacionais, pelo que também este tipo de ilícito é suscetível de limitar e inibir o exercício da própria liberdade de expressão. Por outro lado, como decorre do que já dissemos, é indispensável que os cidadãos possam afirmar e propalar factos suscetíveis de agredir a honra externa de entidades coletivas, sem terem receio de vir a ser penalmente sancionados.

Acresce que o art. 187.º, n.º 2, do CP remete para as normas do art. 183.º e dos n.os 1 e 2 do art. 186.º desse Código, mas não já para a norma do art. 182.º do mesmo diploma, a qual, como vimos oportunamente, amplia as margens de punibilidade da difamação e da injúria, equiparando à difamação e à injúria verbais as feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão. Destarte, a nosso ver, procedendo à harmonização entre o direito à honra externa das entidades coletivas e o direito de informar do agente, o tipo em apreço apenas pune a afirmação ou propalação de factos desonrosos através da *palavra* (dita, falada)([157]), e não já por via de condutas não verbais. Assim, adiante-se, a incriminação em apreço não importa restrições para a liberdade de imprensa, podendo, no entanto, limitar as demais liberdades de comunicação social. Todavia, a verdade é que também esta perspetiva está longe de ser pacífica, tendo o STJ, no Acórdão n.º 14/2023, de 11/12, acabado por fixar jurisprudência no sentido de que «(o) crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, previsto e punível pelo art. 187.º do Código Penal, pode ser cometido através de escrito». Uma vez mais, portanto, a jurisprudência portuguesa se assume como instrumento de limitação e inibição do exercício do direito fundamental de informar.

Por outro lado, reitere-se, segundo o art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP, é correspondentemente aplicável nesta sede o disposto no art. 183.º do mesmo diploma. Surpreendem-se, assim, três novos tipos legais de crime: o *crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação* (arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *a*), *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP); o *crime de ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva*

([157]) O conceito de *palavra* corresponde apenas à transmissão de mensagens acusticamente, compreendendo, portanto, tão-só a voz (cf. Sousa, Nuno e, *A Liberdade de Imprensa*, Separata do Vol. XXVI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Almedina, 1984, p. 140).

(arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP); o *crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva cometido através de meio de comunicação social* (arts. 187.º, n. 1, e 183.º, n.º 2, *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP)(158). Relativamente a estes crimes vale, em grande medida, *mutatis mutandis*, o que dissemos anteriormente, quer quanto ao crime base de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, quer no que concerne ao crime de difamação cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação, quer relativamente ao crime de difamação caluniosa, quer no que respeita ao crime de difamação cometido através de meio de comunicação social. Razão pela qual não os abordamos separadamente e nada mais dizemos a seu propósito, a não ser que, do nosso ponto de vista, deve manter-se a incriminação de ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, dada a elevada gravidade ético-social desta conduta, a sua enorme agressividade para a honra externa das referidas entidades, a ausência de proteção da mesma pelo direito de informar e a insusceptibilidade de se prosseguirem interesses legítimos, designadamente públicos, através dela. Mais: a nosso ver, devem ser criados dois tipos agravados de ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, que incriminem as ofensas cometidas através, respetivamente, de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação e de meio de comunicação social.

6.4. Os crimes de ofensa à memória de pessoa falecida

O art. 185.º, n.º 1, do CP pune, com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias, quem, por qualquer forma, ofender gravemente a memória de pessoa falecida.

Como adiantámos supra, apesar de inserida no Capítulo do CP destinado aos crimes contra a honra, a citada norma não tutela este bem. Segundo a generalidade da doutrina e da jurisprudência, o bem que nela se encontra protegido é a *memória dos mortos*. Na linha de Faria Costa, tem sido afirmado que esta se traduz no património do passado individual do defunto, compreendido, especificamente, como matéria operante

(158) Porém, do nosso ponto de vista, recorde-se, apenas condutas verbais poderão representar o tipo objetivo do crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, pelo que este crime não pode ser praticado por via da imprensa escrita. No entanto, pode sê-lo através de outros meios de comunicação social.

no âmbito espiritual do presente([159]). Adianta o citado autor que tal bem não tem qualquer proteção, de maneira direta, na ordem jus-constitucional, o que, do seu ponto de vista, evidencia e reforça o que considera ser a desejável *autonomia intencional* do Direito Penal perante o Direito Constitucional e as *curvas de (in)diferença* entre estas duas ordens jurídicas([160]).

Porém, a nosso ver, o bem jurídico protegido pela incriminação em apreço é o *direito fundamental atípico ao respeito pela memória dos entes falecidos*, do qual são titulares os familiares mais próximos do defunto([161]). Direito este que compreende as dimensões de bens persona-

---

([159]) Cf. Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 185.º», *in:* Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 963-964. Na jurisprudência, veja-se, *v. g.*, Acórdão do TRC de 18/05/2010, Processo 293/06.0TAPMS.C1.

([160]) Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 185.º» …, *cit.*, p. 964.

([161]) Não obstante em nota de rodapé e em breves pinceladas, cumpre justificar a *fundamentalidade* e o âmbito do direito ao respeito pela memória dos entes falecidos. De acordo com o art. 16.º, n.º 1, da CRP, os direitos fundamentais consagrados nesta Lei Básica não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional. Em face desta *cláusula aberta*, devem considerar-se direitos fundamentais todos os direitos constantes dos atos legislativos internos e das regras aplicáveis de Direito Internacional que *materialmente* assumam essa relevância. Dado que não se encontram tipificados na Constituição, parece-nos adequado designá-los por *direitos fundamentais atípicos*. A assunção de *direitos fundamentais atípicos* suscita sobretudo dois problemas: a identificação destes direitos e a determinação do respetivo regime. Em nossa opinião, o critério a adotar com vista à eleição de *direitos fundamentais atípicos* exige que estes constituam posições jurídicas que protejam dimensões fundamentais da dignidade da pessoa humana em termos substancialmente equivalentes aos dos direitos elencados no Diploma Básico português. Por sua vez, o regime jurídico aplicável a tais direitos, pese embora não possa ser exatamente o mesmo que a Constituição estabelece para os direitos formalmente fundamentais, deve ser tão próximo deste quanto possível. No caso de se estar perante *direitos fundamentais atípicos* de *natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*, deve aplicar-se-lhes igualmente o regime jus-constitucional destes últimos, até onde for possível. Como vimos acima, não obstante a sua deficiente redação, o art. 71.º, n.º 1, do CC consagra o *direito subjetivo ao respeito pela memória dos entes falecidos*, o qual nasce na esfera jurídica dos familiares ou herdeiros do *de cujus* enunciados no n.º 2 desse preceito, aquando da morte deste. O respeito pela memória do defunto é fundamental ao desenvolvimento da personalidade dos seus familiares mais próximos. A sua preservação é necessária à integridade psicológica e moral destes. Agredida a memória do defunto, sai direta e imediatamente afetada a dignidade dos seus familiares mais chegados. Deste modo, o direito ao respeito pela memória dos entes falecidos é um *direito materialmente fundamental*, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 16.º, n.º 1, da CRP. Constitui, portanto, um *direito fundamental atípico*. E tem *natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*, uma vez que confere aos respetivos titulares um espaço de liberdade a preencher pelos mesmos com autonomia. Tal direito não se reporta, pois, aos bens da personalidade do defunto enquanto tais, muito menos à totalidade das dimensões desses bens. A vida, a saúde ou mesmo a honra *interna* não merecem tutela depois da morte do seu portador. Contudo, igualmente se nos afigura que não cabe proteger *post mortem* os demais bens personalísticos enquanto tal, uma vez que a personalidade cessa com o óbito. Na verdade, o direito ao respeito pela memória dos entes falecidos refere-se apenas a dimensões de bens da persona-

lísticos do falecido que, após a sua morte, se autonomizem e assumam relevância para os seus familiares mais chegados. Aliás, como dissemos oportunamente, os bens jurídico-penais têm de possuir respaldo constitucional direto, pelo que, a entender-se que tal não sucede no caso do bem tutelado pela norma do art. 185.º, n.º 1, do CP, esta não seria constitucionalmente solvente(162).

Todavia, importa sublinhar que a *memoria defuncti* não é a mesma relativamente a todos os defuntos, sendo suscetível de valoração em função da vida que a pessoa levou, da notoriedade que teve, dos cargos que ocupou, das obras que produziu, etc. Logo, a sua proteção jurídica tem de variar em função destes fatores.

Como já deixámos dito no ponto 4 e aqui reiteramos, ao menos quanto a condutas comunicacionais, com exceção da calúnia, a tutela civilística da *memoria defuncti* mostra-se suficiente, não devendo este bem ser penalmente protegido. Tanto mais que a mobilização do Direito Penal para o efeito é suscetível de influir negativamente no exercício não só de direitos fundamentais da comunicação, como também da liberdade de criação artística, da liberdade de criação científica e do direito à história, podendo importar custos de elevada monta para os inestimáveis interesses subjetivos e objetivos subjacentes a todos estes direitos.

---

lidade do defunto que após a morte deste se autonomizem e assumam relevância para os seus familiares mais chegados. Partindo da ideia, comummente aceite, de que os bens da personalidade são *modos de ser ou de estar da própria pessoa*, a doutrina tem proposto diversas classificações desses bens. Parece-nos, todavia, que assiste razão a Capelo de Sousa, quando afirma que não é possível, nem desejável, uma enumeração taxativa dos referidos bens (cf. Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral …*, *cit.*, pp. 202-203). Por maioria de razão, não se mostra aconselhável, tampouco viável, a identificação dos bens da personalidade do defunto, muito menos das dimensões desses bens, suscetíveis de, após a sua morte, se autonomizarem e continuarem a assumir relevância, agora para familiares e herdeiros do mesmo. De todo o modo, parece-nos de considerar que, na sua plenitude, a memória do defunto compreenderá fundamentalmente dimensões da honra *externa*, da privacidade/intimidade, da imagem, da palavra e da identidade do mesmo.

(162) Faria Costa tem, efetivamente, defendido uma elevada autonomia do Direito Penal relativamente ao Direito Constitucional. Do seu ponto de vista, a exigência de se encontrar um arrimo constitucional para a eleição dos bens jurídico-penais pode, além do mais, «vir a revelar-se uma limitação inaceitável sempre que a Constituição deixe de estar exactamente coincidente ou quase coincidente com o espírito dos tempos» (cf. Costa, José Francisco de Faria, *Direito Penal Especial, Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 32). Trata-se, a nosso ver, pelo que deixámos dito no ponto 1 deste texto, de uma orientação insustentável num Estado de Direito Democrático e legitimadora de um Direito Penal conjunturalista, o que se mostra particularmente perigoso nos tempos que correm, marcados por derivas *securitaristas* e *punitivistas*, que o próprio Faria Costa tanto critica (cf., *v. g.*, Costa, José Francisco de Faria, «A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário», *in: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 135.º, N.º 3934, setembro-outubro 2005, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 26, ss.).

Deve, no entanto, reconhecer-se que a proteção da *memoria defuncti* pelo art. 185.º, n.º 1, do CP se mostra substancialmente comprimida, desde logo por punir tão-só ofensas *graves* a esse bem.

Quer na doutrina, quer na jurisprudência, tem sido entendido que uma ofensa *grave* é aquela que destrói *o núcleo essencial da memoria do defunto*([163]). Considera-se, assim, que o tipo objetivo do art. 185.º, n.º 1, do CP somente poderá ser preenchido se for agredida *a parte nuclear ou essencial da memória da pessoa falecida*([164]).

Contudo, importa ter-se presente que o próprio *núcleo essencial* da memória do *de cujus* é relativo. Depende, em grande medida, designadamente, da pessoa que este foi, da vida que levou, das obras que produziu, etc.

De todo o modo, do nosso ponto de vista, a ofensa penalmente relevante tem de ser dirigida a dimensões da *honra externa* ou da *intimidade* do defunto. Quaisquer ofensas a segmentos de outros bens personalísticos deste, designadamente da privacidade, da imagem, da palavra ou da identidade, apenas serão suscetíveis de assumir a *gravidade* requerida pelo tipo objetivo previsto no art. 185.º, n.º 1, do CP *se e na medida em que agredirem a sua honra externa ou a sua vida íntima*.

Além disso, a nosso ver, a exigência da *gravidade da ofensa* importa a subtração da formulação de *juízos de valor* ao tipo objetivo em tema. Recorde-se que um *juízo valorativo* consubstancia uma *convicção*, uma *apreciação subjetiva*, possuindo, por isso, ainda que seja *ad hominem*, um reduzido potencial lesivo para os bens antagónicos, designadamente para a *memoria defuncti*.

Todavia, a contrastar com a contenção da tutela penal da *memoria defuncti* operada pela referida exigência da *gravidade* das ofensas, o art. 185.º, n.º 1, do CP prevê um *crime de realização livre*. Em face desta norma, assumem relevância criminal as ofensas (típicas) praticadas *por qualquer forma*. Destarte, aqui sim, ao contrário do que sucede no caso do crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, podem ser levadas à conta de atos típicos ofensas realizadas verbalmente, por escrito, por gestos, por imagens ou por outra qualquer forma, conquanto se verifique um *nexo de causalidade* entre a conduta do agente e o efeito ofensivo. O que implica limitações acrescidas para o exercício de direitos fundamentais da comunicação.

([163]) Cf. Carvalho, Alberto Arons de, Cardoso, António Monteiro, e Figueiredo, João Pedro, *Direito da Comunicação Social …*, *cit.*, p. 357.

([164]) Cf. Acórdão do TRC de 18/05/2010, Processo 293/06.0TAPMS.C1.

Por outro lado, importa notar que o art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP remete em bloco para o art. 183.º do mesmo diploma([165]). Donde resultam, a nosso ver, três novos tipos criminais: o *crime de ofensa à memória de pessoa falecida cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa* (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *a*), *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP); o *crime de ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida* (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP); o *crime de ofensa à memória de pessoa falecida cometido através de meio de comunicação social* (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 2, *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP). Vale, em grande medida, relativamente a estes crimes, *mutatis mutandis*, o que deixámos dito a respeito não só do crime base de ofensa à memória de pessoa falecida, como também, respetivamente, do crime de difamação praticado através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa, do crime de difamação caluniosa e do crime de difamação realizado através de meio de comunicação social. Razão pela qual não os tratamos separadamente e nada mais dizemos a seu respeito, a não ser que, do nosso ponto de vista, deve manter-se o crime de ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida, previsto e punido pelas normas conjugadas dos arts. 185.º, n.º 1 e n.º 2, al. *b*), e 183.º, n.º 1, al. *b*), do CP, dada a elevada gravidade ético-social desta conduta, a sua enorme agressividade para a *memoria defuncti*, a ausência de proteção da mesma por qualquer dos direitos colidentes e a insusceptibilidade de se prosseguirem interesses legítimos, designadamente públicos, através dela. Aliás, a nosso ver, devem ser criados dois tipos agravados de ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida, que incriminem as ofensas cometidas através, respetivamente, de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação e de meio de comunicação social.

Por sua vez, o art. 185.º, n.º 2, al. *a*), do CP manda aplicar no domínio dos crimes de ofensa à memória de pessoa falecida as excludentes especiais da ilicitude da difamação, previstas nos n.os 2, 3 e 4 do art. 180.º desse Código. Remetemos, pois, para o que já dissemos a respeito destas justificativas, sendo certo que também aqui a aplicabilidade das mesmas não afasta a das causas de exclusão gerais, previstas no art. 31.º do CP. Deve, aliás, sublinhar-se o papel que, *ex vi* do n.º 2, al. *b*), deste normativo, assumem a liberdade de criação artística, a liberdade de criação científica e o direito à história na justificação da ilicitude do crime de ofensa à memória

([165]) Criticando, com total justeza, a técnica legislativa adotada, veja-se Costa, José Francisco de Faria, «Comentário ao artigo 185.º» …, *cit.*, pp. 960-961.

de pessoa falecida, impondo-se, a nosso ver, que se tenham por justificadas ofensas típicas à *memoria defuncti* sempre que se esteja perante uma obra de arte ou um trabalho científico, designadamente de natureza historiográfica. De todo o modo, reitere-se, a nosso ver, num Estado de Direito Democrático, a *memoria defuncti* não deve ser penalmente tutelada, exceto em relação à calúnia.

Já o n.º 3 do art. 185.º do CP afasta a punição da ofensa quando tiverem decorrido mais de 50 anos sobre o falecimento da pessoa em causa. Trata-se de uma *condição objetiva de* (*não*) *punibilidade*, estabelecida em homenagem ao princípio segundo o qual o tempo apaga a memória. Todavia, nas sociedades hodiernas, que se mostram cada vez mais aceleradas e complexas, um período de nojo de meio século de modo algum se ajusta ao referido princípio, sendo manifestamente excessivo.

Conclusões

O percurso que trilhámos permite-nos formular as seguintes conclusões/propostas:

1.ª — Devem ser abolidos os crimes de difamação (crime base — arts. 180.º, n.º 1, e 182.º do CP; crime de difamação cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa — arts. 180.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *a*), do CP; crime de difamação cometido através de meio de comunicação social — arts. 180.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 2, do CP), com exceção do crime de difamação caluniosa (arts. 180.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *b*), do CP), bem como os crimes de injúria (crime base — arts. 181.º, n.º 1, e 182.º do CP; crime de injúria cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa — arts. 181.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *a*), do CP), com exceção do crime de injúria caluniosa (arts. 181.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *b*), do CP).

2.ª — A não se abolirem os referidos crimes, devem os mesmos cingir-se à imputação de facto desonroso falso, não tendo o agente fundamento sério para, em boa fé, a reputar verídica.

3.ª — Caso esses crimes se estendam à formulação de juízos de valor desonrosos, somente devem assumir relevância típica juízos sem sustentação fáctica.

4.ª — Em qualquer caso, a agravação das penas dos crimes de difamação e de injúria por virtude do estatuto funcional da vítima (art. 184.º do CP) deve ser revogada.

5.ª — Deve ser abolido o crime de ofensa à honra de pessoa que goze de proteção internacional (art. 322.º, n.º 2, do CP).

6.ª — Devem ser abolidos os crimes de ofensa à honra do Presidente da República (art. 328.º, n.os 1 e 2, do CP).

7.ª — Devem ser abolidos os crimes de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva (crime base — art. 187.º, n.º 1, do CP; crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa — arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *a*), *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP; crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva cometido através de meio de comunicação social — arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 2, *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP), com exceção do crime de ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva (arts. 181.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP).

8.ª — Devem ser abolidos os crimes de ofensa à memória de pessoa falecida (crime base — art. 185.º, n.º 1, do CP; crime de ofensa à memória de pessoa falecida cometido através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa — arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *a*), *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP); crime de ofensa à memória de pessoa falecida cometido através de meio de comunicação social — arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 2, *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP, com exceção do crime de ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP).

9.ª — Não só deve manter-se a incriminação da difamação caluniosa (arts. 180.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *b*), do CP), da injúria caluniosa (arts. 181.º, n.º 1, 182.º e 183.º, n.º 1, al. *b*), do CP), da ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva (arts. 187.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 187.º, n.º 2, al. *a*), do CP) e da ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida (arts. 185.º, n.º 1, e 183.º, n.º 1, al. *b*), *ex vi* do art. 185.º, n.º 2, al. *b*), do CP), como devem ser criados os seguintes tipos agravados de calúnia:

— difamação caluniosa através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa;
— difamação caluniosa através de meio de comunicação social;
— injúria caluniosa através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa;
— ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa;
— ofensa caluniosa a organismo, serviço ou pessoa coletiva através de meio de comunicação social;
— ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida através de meios ou em circunstâncias que facilitem a divulgação da ofensa;
— ofensa caluniosa à memória de pessoa falecida através de meio de comunicação social.

REGRA DA LOCALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

Locality rule and medical professional negligence

Pelo Doutor Renato Lovato Neto([1])

Sumário:

1. Introdução: O impacto das características particulares de determinado profissional. **2.** Considerações gerais sobre a diligência profissional dos médicos. **3.** A regra da localidade e a diligência médica: o exemplo do direito norte-americano. **4.** A regra da localidade como fator de individualização do padrão de diligência na responsabilidade civil. **5.** Síntese conclusiva. **Bibliografia citada**.

Resumo: O direito da responsabilidade civil tem como um dos seus requisitos a culpa, que no regime-regra é averiguada por meio de um padrão de cuidado de uma pessoa razoável. Esse critério é objetivo, porém deve ser verificado diante das circunstâncias de cada caso. O artigo tem como finalidade estudar se dentro desse quadro é possível considerar se a localização onde o médico exerce a sua profissão poderá modular esse padrão de qualidade.

Palavras-chave: Diligência médica; responsabilidade civil do médico; padrão de cuidado; culpa; prestador de serviços de saúde.

([1]) Professor Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Doutor em Direito (Doutoramento Europeu) pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Mestre em Direito Privado (*magna cum laude*) pela Universidade Católica Portuguesa do Porto; Investigador Integrado do Instituto Jurídico Portucalense (IJP); Investigador Colaborador do Centro de Investigação Jurídica (CIJ); Advogado (Brasil/Portugal). Endereço para contacto: <renato.neto@upt.pt>.

Abstract: Professional negligence requires the violation of a duty of care, which is verified via a reasonable person standard of care. This criterion is objective, although the circumstances of the case can be taken in consideration. This paper aims to understand if in this framework the locality rule can be used to modulate the medical standard of care.

Keywords: Medical diligence; medical malpractice; standard of care; fault; health care provider.

1. Introdução: O impacto das características particulares de determinado profissional

O tema da análise em concreto ou em abstrato da culpa do médico exige a ponderação sobre os limites do padrão-regra objetivo da diligência do bom pai de família (do profissional razoavelmente competente, da pessoa razoável ou média, ou qualquer outra nomenclatura apontada na lei)([2]). Alguma personalização do padrão de cuidado se daria em relação à

([2]) A diligência médica tem um desenho próprio em relação a outras faces da culpa na responsabilidade civil: "A obrigação de prestação de cuidados assistenciais, para os que lhe atribuem natureza contratual (…), é uma obrigação de prestação de serviços, de meios, em contraposição com a de resultado, em que o médico se obriga a prestar cuidados ao doente, minorar-lhe a dor, proporcionar-lhe bem estar, saúde, aliviá-lo do padecimento, restitui-lo à vida, se em perigo, envidar todos os esforços ao seu alcance, por em prática os seus conhecimentos de acordo com a ciência e a executá-los conforme os seus meios técnicos disponíveis, de acordo com as *leges artis*, um especial dever objectivo de cuidado, tendo como padrão um médico minimamente cuidadoso, diligente, sensível ao sofrimento alheio e aos bens jurídicos da vida e saúde, tal como suposto pela ordem jurídica, que nas condições do caso concreto agiria de forma diferente, como um *bonus pater familias*. E não se trata de uma obrigação de resultado, de assegurar a todo o custo, a cura, mas a prestar os seus serviços, incluindo cuidados e conselhos, esclarecimentos dos riscos usuais e comuns em certos tratamentos, mas não já produzir um resultado esperado, porque na prestação de serviço podem interferir variáveis absolutamente incontroláveis e imprevisíveis, mesmo que empregues toda diligência. O médico apenas se compromete a empregar a diligência e a prudência típica da sua especialidade em ordem a conseguir certo efeito, tratar o doente, para evitar o mal iminente" — cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.02.2015 (Armindo Monteiro). É o mesmo no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.03.2017 (Tomé Gomes), no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.03.2018 (Maria da Graça Trigo), no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.02.2019 (Oliveira Abreu) e no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.2020 (Ricardo Costa), entre outros. Foi esta posição traduzida para o Estatuto da Ordem dos Médicos (Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto), no art. 135.º, dentro dos princípios gerais de conduta: "1 — O médico deve exercer a sua profissão de acordo com a *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade. (…) 8 — O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica".

localidade da prestação de serviço, da especialização e da reputação do profissional, do valor do preço dos seus serviços, da qualidade de sua educação e qualificação formal, entre outros fatores.

Em princípio, os graus de conduta, de diligência e de cuidado a serem seguidos pelos médicos são os mesmos para todos os profissionais de dada área: se devem ser comparados numa avaliação *objetiva e impessoal*, tendo somente as circunstâncias do caso como variantes. Todos estão inscritos no mesmo quadro profissional e o regime por trás das associações profissionais é o tratamento igualitário entre os seus membros.

Ignoram-se as particularidades dos sujeitos envolvidos, sendo sempre o padrão do profissional médio ou do profissional razoavelmente competente e cuidadoso. Cabe indagar se pode haver alguma individualização desse *standard*([3]), de acordo com as partes envolvidas.

Um grande questionamento sobre a determinação de um nível de diligência médio a ser exigido de um profissional razoavelmente capaz está no que deve-se considerar em termos de *local* em que a atividade se desen-

---

([3]) No direito italiano, ver Mauro Bussani, *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1991, pp. 27-29, ss., indagando se a individualização da valoração da culpa é uma exceção à regra geral ou se comporta um regime autónomo. O autor chama atenção não somente para a individualização em caso de profissionais que apresentam capacidades acima da média, que têm, *e.g.*, especialização, experiência e formação universitária superiores, mas de igual modo para sujeitos que são *inferiores à média* nesses e noutros aspetos — cf. Mauro Bussani, *La colpa soggettiva…*, *op. cit.*, pp. 31-39, entretanto destacando a figura do *handicap* e do *soggetti deboli* que apresentam capacidades reduzidas que de alguma forma são observadas e merecem tutela jurídica. Não está a se referir a indivíduos que não continuaram os seus estudos a nível de pós-graduação, que frequentaram um ensino superior de qualidade questionável ou médicos novatos, por exemplo, o que não nos impede de considerarmos essas situações, denominado de "*uomo senza qualità*" (Mauro Bussani, *La colpa soggettiva…*, *op. cit.*, p. 218). Por outro lado, se tratando da superioridade subjetiva (*superiorità soggettive*), Mauro Bussani, *La colpa soggettiva…*, *op. cit.*, pp. 215-218, 235-251, trata da relevância no direito italiano da experiência anterior como relevantes para a responsabilidade civil em atividade profissional. Sobre uma consideração mais individualizada da diligência aplicada pelo médico na responsabilidade profissional perante o seu paciente, há de se operar diferentes critérios, nos quais o juiz deve: primeiramente, desenhar qual a conduta esperada no caso concreto, diante dos factos e direito aplicável (especialmente para avaliar qual a conduta profissional que um médico prudente deveria ter na condução da causa); em segundo momento, adequar a exigibilidade do *standard* ao caso concreto, tanto para abaixar o nível do dever de cuidado como para elevá-lo. Acerca dessa posição, cf. Selma Pereira de Santana, *Negligência grosseira: a sua autonomia material*, Lisboa, Quid Juris, 2005, pp. 147-156, que conclui: "[s]ob a perspectivação, agora, da negligência grosseira, os mesmos critérios *generalizador* e *individualizador* hão-de ser utilizados. Assim, para aquele agente que possua capacidades inferiores à média, e que tenha procedido dessa maneira, não se considera que fique excluída a tipicidade, mas uma análise individualizadora que será relegada para o âmbito da culpa. Para aqueles, contudo, possuidores de capacidades superiores ao padrão médio, e que tenham agido semelhantemente, as suas capacidades deverão ser tomadas em conta, no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito negligentemente grosseiro".

volve, isto é, se tal *standard of care* é o localmente verificado ou se é racionalizado de modo global a todos os profissionais que exercem no território em questão.

Ainda que um estatuto da ordem profissional seja o mesmo para todo o território e o poder regulamentar das secções territoriais seja limitado — muitas vezes referindo-se somente a questões formais e administrativas — as diferenças que nos importam para o critério da culpabilidade estão nas circunstâncias factuais em que a medicina é exercida.

A adaptação do padrão de cuidado às peculiaridades locais é a "regra da localidade" (*locality rule* ou *standard*).

Por exemplo, há de analisar se um médico que atua numa cidade grande tem os mesmos níveis de dever de cuidado que o que atua numa cidade pequena — ou, ainda, se o que atua em zonas rurais ou remotas terá o mesmo dever de cuidado que os que vivem em zonas urbanas e com maior acesso ao conhecimento e formações específicas.

A localização é relevante para determinar os níveis de cuidado e diligência esperados em dado contexto, avaliando a circunstância do caso, mas esse critério pode ser empregado de modo abstrato ou na situação concreta.

Ora:

— pode-se avaliar de forma geral o dever requerido na prestação de *todos os médicos naquele local* como vinculantes a todos;

— ou pode-se ponderar qual o *grau de diligência de um médico individualizado* nas circunstâncias que envolviam a prática do ato específico em dado tempo e local.

Por um lado, também as expetativas que um paciente tem perante o médico que contrata em prática particular ou a um determinado estabelecimento hospitalar podem exercer um papel nesta análise, isto é, se a localidade é um elemento determinante em relação ao que o paciente espera de seu médico, a verificação da diligência poderia ser feita de acordo com um certo e delimitado espaço.

2. Considerações gerais sobre a diligência profissional dos médicos

Quando se fala de especialidades(4) que um médico professa ter a um paciente ou ao mercado de serviços em geral, a ponderação sobre o grau de cuidado num caso concreto suscita dúvidas. Ora, um médico especialista pode ter sua conduta avaliada pelo juiz pelo padrão de diligência de um prático com as suas qualificações, conhecimentos e experiência, ou então se o *standard of skill and care* será o exigido para a sua profissão em geral(5).

No direito inglês, há alguma adoção da primeira corrente, mas a aceitação ampla está do lado do tratamento *generalístico* do grau de diligência, que é ponderado sobre um *profissional devidamente qualificado praticando aquela profissão*, num teste objetivo com base num médico *ideal e imaginário*, e não um teste *subjetivo* com relação ao profissional em particular(6).

Disto entendemos que na responsabilidade civil profissional outra regra que pode se estabelecer é que aos *especialistas* será exigido um grau de diligência maior do que aos *generalistas*, nomeadamente na responsabilidade médica, segundo qual o médico especialista e que tem um determinado cargo (numa clínica ou hospital) será responsabilizado se causar

---

(4) Jacques Hamelin e André Damien, *Les règles de la profession d'avocat*, 8.ème ed., Paris, Dalloz, 1995, pp. 332 e 334, mencionam que, se no *milieu* do século XIX apenas existiam profissionais com algumas especialidades, a realidade era diferente ao fim e início do século XX, cf. *Art. Ier de l'arrêté* de 8 de Junho de 1993, J.O. 12 de Junho de 1993, p. 8407.

(5) John L. Powell e Roger Stewart (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*, 7.th ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012, p. 78. No Japão, por exemplo, um médico generalista possui os mesmos deveres de cuidado que possui um especialista na área em questão, embora um *grande* hospital possui deveres de diligência mais acentuados e devem obedecer padrões de qualidade mais elevados (Katsunori Kai, Yuichiro Sato e Yuko Nagamizu, *Medical Law in Japan*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014, p. 33).

(6) Cf. John L. Powell e Roger Stewart (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*…, *op. cit.*, p. 79, que critica tanto as posições sobre um teste objetivo quando sobre um teste subjetivo: A abordagem subjetiva é irreal e impraticável, pois não seria adequado elaborar um padrão de conduta com base nas qualificações e capacidades assumidas pelo profissional, e, posteriormente, verificar se a conduta dele atingiu esse padrão no caso concreto. Em outra mão, também não é pertinente a abordagem objetiva, porque desta se exige padrões de competência iguais a todos os membros daquela profissão, algo que cria problemas mais graves quando se trata de profissionais com posições diferentes na hierarquia (*e.g.*, médicos em começo de carreira e médicos de elevando *rank* numa sociedade), cf. John L. Powell e Roger Stewart (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*…, *op. cit.*, p. 79. Os autores propõem uma solução em que o juiz deve apreciar a conduta do profissional lesante em referência a um padrão de cuidado (*standard of skill and care*) apropriado a todos os membros de sua profissão que, entretanto, tenham o mesmo *status*, qualificação e posição formal numa estrutura hierárquica (John L. Powell e Roger Stewart (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*…, *op. cit.*, p. 79).

danos exercendo a profissão além de sua competência real(7). Isso porque anuncia que é mais capacitado por ser especialista ou ocupar uma posição.

Questiona-se se é possível exigir maior diligência e cuidado de um médico especialmente bem preparado e experiente (o especialista)(8), comparativamente com médico menos preparado e inexperiente (o generalista em início de carreira), isto é, se aquele poderá responder por ter atuado abaixo do *standard of care* que sua particular qualificação lhe permite, mas que ainda assim atuou com cuidado superior ao de um médico razoavelmente competente, numa situação em que um médico médio não responderia. Isso se dará em questões médicas de alta complexidade e de dificuldade elevada, para as quais um médico comum não tem a habilidade e conhecimento para resolver com simplicidade. Há um dever de integridade do médico que pressupõe que o dever de cumprir pontual e escrupulosamente os deveres consignados nos estatutos profissionais e todos os demais que as regras da profissão, a lei, os usos, costumes e tradições profissionais lhe impuserem(9).

Nesse sentido, *o cumprimento dos deveres legais abrangeria tão somente a diligência do bom pai de família*, que nada mais seria que a preparação e cuidado médio pela avaliação da culpa em abstrato. Esse quadro teórico parte de uma presunção legal de que todos os médicos são igualmente competentes para prestar todo e qualquer serviço típico e generalista dessa atividade profissional (algo que é comum em diversos ordenamentos jurídicos quanto à medicina generalista), com atenção então apenas às especialidades. Isso permite que qualquer médico se obrigue a prestar qualquer serviço de caráter geral e, fazendo, deverá executar o contrato com um padrão de um médico razoavelmente competente, entretanto *aplicando os conhecimentos técnicos e empíricos que o profissional possua em sua qualidade individual e que lhe instrumentalizem para resolver problemas de especial dificuldade*(10).

---

(7) Hugh Evans, *Lawyers' Liabilities*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 6.

(8) Cf. em José Lebre de Freitas, "A responsabilidade dos profissionais liberais", *in Estudos sobre direito civil e processo civil, Vol. II*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 692. Para Fabrício Zamprogna Matiello, *Responsabilidade civil do advogado*, São Paulo, LTr, 2014, pp. 62-63, seria impossível aplicar o critério do bom pai de família aos profissionais, pois suas obrigações se revestem com as demandas da perícia e conhecimento técnicos, que qualificam o padrão de conduta esperado para a correta aplicação e manuseio dos instrumentos das ciências. Em Portugal, L. P. Moitinho de Almeida, *Responsabilidade…*, *op. cit.*, p. 31, entende que, além da diligência profissional ser mais elevada que a do bom pai de família, também será ainda *mais rigorosa* quando o prestador de serviços for *especialista*.

(9) L. P. Moitinho de Almeida, *Responsabilidade civil dos advogados*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 16.

(10) José Lebre de Freitas, "A responsabilidade…", *op. cit.*, p. 693.

Apesar de a medicina receber aquele tratamento igualitário em diversos ordenamentos, é cabível que sejam exigidos esforços e conhecimentos acima do padrão médio. Uma pessoa que dirige-se ao profissional ou a clínica/hospital em específico tem o direito de receber uma prestação com maior diligência se eles professarem possuir competência maior que a média, o que não se dará com a nomeação de um médico em situações como emergências hospitalares, cuja escolha não compete ao doente individual. Isso porque há um contrato entre o médico e o doente que permite que o credor demande que o devedor execute sua prestação com o *skill and care* que lhe atraiu para a celebração do contrato de prestação de serviços médicos, ou seja, que aplique diligência acima do que se considera razoavelmente ou medianamente competente, se assim for possível extrair do escopo do contrato entre as partes([11]).

Na medicina, a diferença entre especialistas ganha relevante papel, na medida em que há diferenciações formais([12]) de formação acadêmica e prática em todos os casos, ainda que a profissão se dirige cada vez mais para um exercício coletivo, por meio associações e cooperativas, sendo a prática isolada cada vez menor.

Não só o médico pode postar-se aos seus pacientes como especializado em determinada área quando exerce a profissão ou dentro de uma sociedade, como a própria associação de médicos pode ser inteiramente especializada numa determinada área. Quando um paciente procura um estabelecimento especializado na área na qual o seu problema está inserido, está a procurar o melhor cuidado possível que poderá ser empregado na defesa de seus interesses e não espera que os profissionais envolvidos atuem com a diligência média de um profissional geral ou que atua em diversas áreas, de um generalista.

O doente espera e procura tal profissional porque este oferece seus serviços no mercado — ainda que não do mesmo modo que outros profissionais liberais podem fazer no mercado de consumo, mas dentro do limitado espaço de publicitação de seus serviços, como com o uso de cartões ou sinais indicativos na porta de sua clínica — alegando e anunciando que tem determinada habilidade. Neste caso, há dois anúncios de especializa-

---

([11]) Ver José Lebre de Freitas, "A responsabilidade…", *op. cit.*, p. 693, que sustenta esse entendimento pela avaliação da diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso, tal como está no art. 487.º, n.º 2, Código Civil português, e seguindo a tradição do art. 717.º, §3.º, do Código Civil português de 1867, que exigia a apreciação abstrata da culpa, temperada pelo conteúdo do contrato e às partes envolvidas ("A qualificação da culpa ou da negligencia depende do prudente arbitrio do julgador, conforme as circunstancias do facto, do contracto e das pessoas").

([12]) Hugh Evans, *Lawyers…*, *op. cit.*, p. 6.

ção perante o público. Primeiramente, o médico alega que goza das capacidades, conhecimentos e habilidades de uma determinada profissão (licenciado em medicina e com inscrição em vigor nos quadros da ordem profissional pertinente). Em segundo, anuncia ao público que tem a capacidade, conhecimento e habilidades específicos para exercer aquela profissão numa determinada área, o que implica a formação e experiência especiais que lhe permitem se postar como um especialista.

Em caso de conduta negligente que cause dano ao paciente, o profissional será responsabilizado não somente pelas lesões que resultarem de sua atuação *fora da margem de especialização que anuncia*, mas também por faltar com o devido cuidado que se pressupõe dos *especialistas daquela área*, que ao contrário não se esperaria de um médico generalista ou um médico de família.

O princípio da boa fé tem aqui uma relevância extrema na fixação das obrigações profissionais do médico e o nível de exigência que se imporá sobre o desenvolvimento da sua atividade. O médico cria uma *confiança* no paciente com base na sua qualidade técnica e moral([13]). Ora, o doente médio([14]) nada conhece sobre as regras aplicáveis ao prestador de serviço que contrata, pelo que a confiança de um interesse delicado e sensível requer uma *fidúcia* particular e justificada na prestação do serviço do profissional, porque a sua margem de controlo sobre a execução do contrato é quase inexistente, ou ao menos é inferior que à de que dispõe o médico([15]).

Aqui se dá destaque à necessidade de cumprir corretamente e em tempo os deveres de informação exigidos pelos estatutos profissionais. Vale ressaltar que o princípio da boa fé demanda que o médico atue com lealdade especial, em razão — não só da confiança que a sua própria capacidade individual na intervenção no direito de personalidade à proteção de integridade física desperta, mas também — dele ser um perito numa matéria e numa profissão que, para o seu exercício, requer a inscrição no *albo*

([13]) Giovanni Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè Editore, 1958, p. 90.

([14]) Considerando que não se tratem de casos excecionais de um médico que contrata outro médico para cuidar de determinado assunto, visto que somente se aplicará este critério de diferenciação quando forem de *profissões, áreas* e *capacidade* diferentes, pois pode-se, por exemplo, um médico endocrinologista contratar um cardiologista ou contratar outro da mesma área, mas com conhecimentos superiores para tratar de um assunto específico ou conhecimento especializado acerca de um tema (por exemplo, um tratamento ou uma técnica diferenciada). O que será equiparável será a capacidade e ciência sobre a técnica e regras profissionais, mas não substanciais sobre a atividade, na medida em que há algum conhecimento sobre o que se espera do médico contratado.

([15]) Giovanni Cattaneo, *La responsabilità*…, *op. cit.*, p. 90.

de profissionais habilitados (após o cumprimento de requisitos para tanto), o que atesta publicamente a sua qualidade para prestar aquele serviço([16]).

Quanto maior a especialização que o médico ou o grupo de profissionais alegar que possui para desempenhar a sua profissão, maior é o grau de diligência e cuidado que aplica-se ao teste da violação de deveres de proteção perante o paciente. Isto não depende e não está relacionado ao valor a ser pago acordado entre o paciente e o médico de acordo com as regras e costumes locais e os usos do mercado. Mesmo que o profissional especialista acabe por oferecer os serviços em contrapartida de uma renumeração menor do que um generalista cobraria, o facto de postar-se perante a sociedade como portador de conhecimentos, técnica e competência numa determinada área elevam o nível de cuidado que deverá observar. Nesse contexto se demonstra a importância que uma *boa formação profissional* dará para o bom desempenho da arte, nomeadamente pelo aproveitamento e dedicação no decorrer do curso numa faculdade de medicina de qualidade reconhecida pelos pares (ou pelo mercado)([17]). Mas a boa formação não resume o problema, que deverá também ser influenciado pela ética e moral do médico (e seu caráter), experiência após o fim de sua formação básica em medicina e suas próprias capacidades e características naturais ou desenvolvidas no meio social([18]).

Os médicos passam por controlos de formação iguais e são tratados como de idêntica capacidade pelas respetivas ordens profissionais, independentemente de seu percurso acadêmico e da faculdade na qual estudaram, sendo este fator relevante somente quando o médico anuncia isso ao

---

([16]) Giovanni Cattaneo, *La responsabilità…*, *op. cit.*, p. 91.

([17]) PA Cartens, "The locality rule in cases of medical malpractice", *in De Rebus*, Junho, 1990, pp. 421-423, p. 422, observa a tendência da *locality rule* perder importância diante da uniformização das instituições de ensino e celeridade dos meios de comunicação, de transporte, de educação e de qualificação formal. No mesmo sentido, cf. Lynda K. Zimmerman, "Medical Malpractice: Locality Rule Abandoned in Massachusetts", *in Southwestern Law Journal*, Vol. 23, 1969, 585-589, p. 588. Ver também Garland Benton Woodward, "Medical Malpractice — Locality Rule — State of New York Rejects Locality Standard of Professional Care", *in Texas Tech Law Review*, Vol. 9, 1978, pp. 786-790, pp. 788-789, observando que, entretanto, nem sempre nessas comunidades rurais ou afastadas (justamente as que a regra da localidade visa tratar) os profissionais tem acesso a essas facilidades para a prática ou, ainda, que não necessariamente resultam em médicos mais habilidosos e cuidadosos: "Periódicos de medicina oferecem artigos que enriquecem o conhecimento médico do profissional, mas é questionável se um artigo pode melhorar as habilidades de alguém. (…) Mesmo que informação suficiente esteja disponível aos médicos rurais, nem sempre estes têm tempo para tirar vantagem disto. Assim, não é necessariamente verdade que os médicos rurais de hoje têm recursos iguais às suas contrapartes urbanas".

([18]) Adrian Evans, *The good lawyer*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2014, pp. 1-22, 62-68, 85-107.

paciente como um elemento que o distingue dos demais. Esta é uma característica integrada no conceito das profissões organizadas em algum tipo de associação, na qual a inscrição como membro tem como de igual capacidade e competência todos aqueles que possuem a qualificação, perante um princípio de equidade e isonomia, ignorando os reflexos concretos e individualizados que a formação formal teve no desempenho da atividade de determinado médico.

Podem ser distinguidas duas regras para compreender o dever de cuidado diferenciado que é exigido ao médico especialista, de acordo com o caso concreto. Primeiramente, o dever de diligência do perito e do não especialista pode ser comparado na prestação de exatamente o mesmo tipo de trabalho, no qual há que se demandar um padrão mais elevado no desenvolvimento da atividade do especializado, sobretudo se o paciente pagar mais por isso e isto estiver no âmbito de proteção do contrato (como para um grande consultório especializado numa matéria)([19]), quando esperará uma maior qualidade do serviço([20]).

Pelo lado do não especialista, se deve esperar também que excecionalmente recuse o tratamento quando evidentemente não possuir a capacidade para isso, ou seja, um médico razoavelmente prudente não assumirá um caso se não tiver os conhecimentos para isso.

Se o paciente contrata um médico reputado e experiente em determinado assunto, a verificação do dever de cuidado no caso concreto será problemática, visto que pode ocorrer de o profissional não exercer a atividade com o cuidado e a habilidade que o doente espera dele, mas mesmo assim a sua atuação ficar acima do grau de diligência de um médico razoavelmente competente([21]). A pessoa que contrata um médico especialista para cuidar de sua saúde normalmente paga uma retribuição relativamente con-

---

([19]) Cf. Luiz Guilherme Marinoni e L.A. Becker, "Influência das relações pessoais sobe a advocacia e o processo civil brasileiros", *in* L.A. Becker (org.), *Qual é o jogo do processo?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, pp. 449-480, p. 465, escrevem sobre a diferenças entre *grandes* e *pequenos* escritórios de advocacia no Brasil.

([20]) Hugh Evans, *Lawyers…*, *op. cit.*, p. 7. É preciso cautela nessa diferenciação, pois é verdade que quem tem mais recursos financeiros pode contratar uma gama maior de médicos e, naturalmente e como esperado, os médicos mais qualificados cobrarão mais pelos seus serviços, impedindo ou dificultando que pessoas mais vulneráveis economicamente tenham acesso a tal serviço (Luiz Guilherme Marinoni e L.A. Becker, "Influência…", *op. cit.*, p. 466). Se o grau de diligência for afetado diretamente pelo valor cobrado pelo médico, poderá resultar em distorções indesejadas. Ora, pressupondo que as pessoas com menos condições financeiras contratam médicos que cobram menos do que de pessoas com mais recursos, aquelas teriam direito a um *standard of care* menos robusto que as últimas. Por isso, o preço do serviço jamais pode ser o único índice para determinar os deveres de cuidado do médico.

([21]) Hugh Evans, *Lawyers…*, *op. cit.*, p. 7.

digna a essa competência específica certamente está a contratar um serviço diferenciado que não recairá somente no que o médico médio faria: ele espera e paga por mais por esta tutela especial(22).

Essa especialização não se refere somente a uma determinada área da medicina pela formação e pela prática de somente (ou repetidamente) atuar nessa seara. Ser especialista envolve igualmente aquele que tem mais experiência(23) e maiores habilidades, não só comparativamente com não especialistas, mas também em relação a outros profissionais que praticam o direito na mesma área e são de reputação mais tímida e menos experientes(24).

Embora todos os médicos sejam hipoteticamente de igual capacidade, sendo todos inscritos na mesma ordem profissional, na realidade há médicos de maior reputação entre pares e mais renomados que outros. Isso mesmo que o reconhecimento público de seu nome não corresponda necessariamente com a sua verdadeira capacidade, visto que isso cria uma legítima expectativa no médico de que seu interesse e seu direito de ação ou defesa serão devidamente administrados.

Também deve ser relevante o enquadramento orgânico do médico ou do próprio grupo de médicos. Há desde consultórios individuais até internacionais, com gabinetes em grandes capitais e em diferentes continentes. Este contexto não pode ser ignorado. Em se tratando de um grupo pequeno, com poucos médicos que dividem os trabalhos em igual — ou com pequenas diferenças de — responsabilidade, o cuidado devido pelos médicos não será tão diferente, desde que tenham especialidades semelhantes ou não atuem fora destas, invadindo a competência dos colegas.

O quadro muda em grandes estabelecimentos hospitalares que possuam departamentos especializados não somente em determinadas gran-

---

(22) Hugh Evans, *Lawyers…*, *op. cit.*, p. 7.

(23) A experiência é algo que uma pessoa somente pode alcançar por dois meios, geralmente comutativos, quais sejam o exercício reiterado de uma atividade em questões de *intensidade, quantidade e repetição*, mas também pelo *passar do tempo*. Um profissional pode alcançar frutos da experiência em menos tempo com uma atuação muito intensa, assim como outro pode não conseguir os frutos que a longevidade traz por diversos motivos (*e.g.*, pouco acesso a casos, poucas habilidade e reduzida procura de doentes, etc.), ainda que permaneça a praticar a profissão por muitos anos. Nem sempre a *esperienza* resultará numa superioridade individual (*superiorità individuali*), mas quando assim for, os tribunais devem ser mais rigorosos na análise do grau de diligência que o médico deve seguir, colocando mais o *standard* mais alto do que o de uma pessoa razoável, justamente porque deveria dispor de informação e potencialidade psíquica superior — cf., sobre o assunto, Mauro Bussani, *La colpa soggettiva…*, *op. cit.*, pp. 17-20, que observa que isso só deve seguir se a experiência for de tal modo que seja relevante ao caso e adquira conotação não usual.

(24) *Duches of Argyll v. Beuselinck*, [1972] 2 Lloyd's Rep., p. 172, ss., p. 183.

des áreas, mas também em serviços, isto é, ainda que na mesma seara profissional.

Em tais situações, o cargo do médico dentro da estrutura é demarcado e não pode ele assumir outras funções que não as que está habilitado e capacitado para realizar, quer dizer, é vedado a um médico em início de carreira fazer serviços de maior complexidade e que originariamente seriam próprios a um médico mais experiente e em grau de carreira superior (e, portanto, com funções mais exigentes e maiores competências).

Se o fizer, a sua diligência perante o cliente será analisada de acordo com a esperada de alguém em seu estágio de carreira, porém, as consequências para o estabelecimento serão muito mais graves. Como esta possui os instrumentais para fornecer ao cliente os profissionais que façam o serviço, ela não pode se escusar de cumprir com essa diligência adequadamente, devendo exercer as atividades no melhor interesse do cliente. No caso de deixar que tal situação ocorra, o estabelecimento deverá arcar com as consequências dessa falha funcional, e o padrão de cuidado e competência da sociedade deverá ser julgado de acordo com o grau exigido para o médico de *rank* e competência mais elevados.

Quer dizer, quando se tratar de uma organização coletiva de qualquer natureza a prestar o serviço (e não um médico individual), esta associação possui dentro do seu quadro o pessoal e os meios suficientes para cumprir com o *standard of skill and care* superior — porque conta com profissionais especialistas e generalistas, com profissionais seniores e em início de carreira, devendo *sempre* empregar esses recursos quando necessário, com o cuidado apropriado exigido de um professional que deveria efetuar aquele serviço, ainda que não o tenha feito([25]).

O médico especialista pode ter o padrão de diligência a seguir determinado pelo padrão do *médico especialista razoavelmente competente*([26]), o que eleva a prudência e o cuidado requeridos em sua ativi-

---

([25]) John L. Powell e Roger Stewart (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*…, *op. cit.*, p. 80, que defende que o mesmo deve ocorrer com sujeitos habilitados para uma profissão, que assumem serviços que deveriam ser destinados a outras, pelo que aqueles deverão ser submetidos ao crivo do *standard of skill and care* aplicáveis à *profissão que seria competente para aquela tarefa ou encargo*.

([26]) Hugh Evans, *Lawyers*…, *op. cit.*, p. 8. Para John L. Powell e Roger Stewart (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*…, *op. cit.*, p. 79, assim deveria ser a formulação do *standard of care* para profissionais: *"[…] the standard of skill and care which a professional person is required to exercise may be defined as follows: that degree of skill and care which is ordinarily exercised by reasonably competent members of the profession, who have the same rank and profess the same specialization (if any) as the defendant. If the standard is formulated in this way, it is fair to both parties. The professional person will not be held liable in the absence of personal fault on his part. The client is adequa-*

dade, mas o diferencia dos generalistas, sem criar profundas distorções na comparação de diferentes rigorosidades de diligências([27]).

Entretanto, o padrão de conduta deve ser uniforme, mas pode ser individualizado, dependendo do caso. O dever de cuidado a ser seguido pelo profissional de acordo com um padrão objetivo — sem dar conta das qualidades pessoais do lesado e do lesante, como idade, experiência, formação escolar e currículo, especialidades, etc. — e *inflexível* deve ser criticado, na medida em que cria um fardo e onera os lesados (muitas vezes os membros da sociedade mais fracos) diante de lesantes portadores de conhecimentos e habilidades especialmente qualificados([28]).

Quando o profissional gozar de características relevantes ao serviço que presta ao cliente — além disso, se pressupõe maior rigor, quando se apresentar como um profissional mais competente, cuidadoso e formalmente mais qualificado que outros prestadores do mesmo serviço, e ainda refletir no valor da contraprestação —, será essencial que o elemento da culpa e do grau de diligência requerido pelo sistema jurídico seja elevado (em comparação com outros profissionais no mercado), postado como superior ao grau exigido de um profissional diligente e razoavelmente capaz de acordo com as circunstâncias presentes no caso.

3. A regra da localidade e a diligência médica: o exemplo do direito norte-americano

Se a localidade for considerada, esse espaço deve ter uma delimitação geográfica *relevante* e não deve ser feita somente tendo em conta a localização individual e específica em que o médico prestou o serviço para determinar qual o nível de habilidade e capacidade a se exigir dele. É pressuposto que capacidade reduzida do médico seja consequência da localidade e não seja absolutamente censurável pelos padrões de qualidade profissional da medicina: apenas assim o cuidado esperado numa região

---

tely protected, because it is normally actionable negligence if a professional person undertakes work beyond his competence".

([27]) Esse critério foi rejeitado no direito inglês, cf. *Locke v. Camberwell Health Authority* [1990] 1 Med Law Review, p. 253, ss., p. 253.

([28]) Michele Graziadei, "Liability for fault in Italian Law: the development of legal doctrine from 1865 to the end of the twentieth century", *in* Jansen, Nils (ed.), *The development and making of legal doctrine*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 126-163, p. 153.

relevante será significante para determinar o padrão de diligência exigido([29]).

O demarcador seria um local ou um conjunto de localidades que apresentem condições particularmente desfavoráveis para o exercício da medicina, tendo evidente menor atratividade de profissionais e distanciamento considerável de centros de formação e qualificação médica.

Diante disso, faz-se imprescindível a verificação da circunscrição da proposta regra da localidade.

Tratando indiretamente sobre a obrigação típica no ato médico ser de meio e não de resultado, a regra foi criada nos Estados Unidos da América em *Small v. Howard*([30]), num caso de erro médico no tratamento de uma lesão provocada pelo profundo corte nos pulsos do paciente, que cortou todos os tendões e artérias, atingindo os ossos. O caso ocorreu entre George S. Small e Levi Howard na pequena cidade de Chemrsfold (com apenas 2200 habitantes na época) e decidido pela *Massachusetts Supreme Judicial Court* em 19 de Janeiro de 1880:

> "[u]m médico ou cirurgião sem um contrato em especial com seu paciente não é nunca considerado como garante da cura. O seu contrato, como implicado pela lei, é:
>
> 1. Que ele possui aquele grau razoável de conhecimento, habilidade e experiência que é ordinariamente apresentado por outros de sua profissão, considerando o atual estado de avanço da ciência da cirurgia.
>
> 2. Que ele usará o cuidado e a diligência razoáveis e ordinários no tratamento do caso comissionado a ele.
>
> 3. Que ele usará o seu melhor julgamento em todos os casos de dúvida quanto ao melhor curso a seguir no tratamento do caso.
>
> *O réu, que se comete a praticar como médico ou cirurgião numa cidade de população comparativamente pequena, está vinculado a apresentar apenas a habilidade que comumente possuem médicos ou cirurgiões de habilidade e perícia ordinárias, praticando em localidades semelhantes, sem oportunidades de experiências mais alargadas*; e ele não está vinculado a possuir aquele elevado grau de arte e competência que apenas são havidas por eminentes cirurgiões que praticam em maiores cidades, e que fazem a prática de uma cirurgia uma especialidade."

A decisão concluiu que a habilidade esperada de um médico nessas condições (*e.g.*, numa pequena vila, onde não há oportunidades de aprendizado substanciais como numa cidade grande) é a de *profissionais razoavelmente competentes e habilidosos em localidades do mesmo tipo*. Esta

---

([29]) Cf. Acórdão da *Supreme Court of the State of South Dakota* em *Roger Hamilton v. Richard A Sommers*, *Melissa E. Neville and Bantz, Gosch & Cremer*, [2014] S.D. 76, p. 15.

([30]) *Small v. Howard* 128 Mass. (1880), pp. 131-136, pp. 132-133.

ponderação segue um dever secundário (que, todavia, está sempre presente e não é especial a esses casos) de recomendar um profissional mais competente se entender que o serviço está além de sua capacidade([31]).

Apoiamos o entendimento de que o nível de cuidado exclusivamente limitado de acordo com a localização pode fomentar um *baixo grau de execução do serviço* em certas áreas do país. Isso mostrará ser inaceitável.

Se em determinado estado ou território de um país *todos* os médicos (considerados em média) não tiverem determinada habilidade, conhecimento ou experiência para cuidar de um tipo de caso, na análise pericial, técnica e posterior do problema — verificando que realmente naquele município ou região o médico razoavelmente competente não tem erudições para tratar do assunto em causa (*e.g.*, por ser imperito) — o teste apenas servirá para perpetuar um nível de cuidado médio exigível tão baixo que será inaceitável sob o ponto de vista da profissão([32]).

Esse nível diminuto não pode ser incentivado por um menor dever de cuidado([33]), mas deve ser remediado pelo sistema educacional e pela ordem profissional, que possui um dever público de atentar ao problema.

Todavia, ainda é autoridade em casos recentes.

Em Carolina do Norte houve o caso *Swink v. Weintraub*([34]), em que se decidiu que o médico faltou em providenciar os cuidados de saúde de acordo com os padrões de prática esperado dentro os membros da mesma profissão de cuidados de saúde com treinamento e experiência semelhan-

---

([31]) Cf. *Small v. Howard* 128 Mass. (1880), p. 136. Cf. Marc D. Ginsberg, "The locality rule lives! Why? Using modern medicine to eradicate and unhealthy Law", *in Drake Law Review*, Vol. 61, 2013, pp. 321-373, e Michelle Huckaby Lewis, John K. Gohagan e Daniel J. Merenstein, "The locality rule and the physician's dilemma: local medical practices vs the national standard of care", *in JAMA*, jun., Vol. 297, 2007, n.º 23, pp. 2633-2637. Cf. Também os Acórdãos mais recentes em *Swink v. Weintraub*, 672 S.E.2d 53 (N.C. Court of Appeals 2009), e *McClure v. Inova Medical Group*, JAMA, 2004, Jan., Vol. 7;291(1):15-6. Na responsabilidade civil do advogado, cf. Dwain E. Fagerlund, "Legal Malpractice…", *op. cit.*, p. 675, ss.

([32]) Dwain E. Fagerlund, "Legal malpractice: the locality rule and other limitations of the standard of care: should rural and metropolitan lawyers be held to the same standard of care?", *in North Dakota Law Review*, Vol. 64, 1988, p. 661, ss., p. 686-687.

([33]) John F. King e Ward B. Coe III, "The Wisdom of the Strict Locality Rule", *in Baltimore Law Review*, Vol. 3, n.º 2, 1974, pp. 221-233, p. 232, apontam que não é de qualquer modo possível defender um padrão nacional de conduta em áreas científicas como a médica: haverá sempre diferentes protocolos e tratamentos, assim como diferentes opiniões para casos semelhantes — isso seria demonstrado pela própria dificuldade em provar esse padrão nacional de conduta médica. Em suporte, cf. Brian K. Cooke, Elizabeth Worsham e Gary M. Reisfield, "The Elusive Standard of Care", *in The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 45, n.º 3, 2017, pp. 358-364, pp. 359-361.

([34]) *Swink v. Weintraub*, 672 S.E.2d 53 (N.C. Court of Appeals 2009).

tes, e também *situados nas mesmas ou similares comunidades*([35]) no tempo da prestação do serviço.

No caso referido, uma paciente procurou um médico para realizar a troca de um marca-passo — o marido Paul Swink (individualmente e como gestor do espólio de Margaret Swink) ajuizou a demanda contra o médico Richard A. Weintraub e o *Southeastern Heart and Vascular Center*. Em 1994 ela havia passado por uma outra troca com o mesmo cirurgião e estava com receio de fazer novamente a mesma cirurgia (pois ela teve uma parada cardíaca enquanto o cirurgião realizava a *lead extraction*), pedindo para que, se possível, deixasse o *lead* que não funcionava mais no mesmo lugar, evitando o mesmo procedimento. Agendado para 16 de Junho de 2003, a paciente teve complicações cinco dias antes e teve que adiantar a intervenção, onde seria necessário exatamente retirar o cabo o qual a paciente solicitou que deixasse. Ela havia assinado um formulário de consentimento informado sobre a troca do marca-passo, mas não sobre a retirada da sonda. No procedimento, foi encontrado tecido cicatrizado em volta do *lead* enquanto da sua retirada, o que foi seguido de complicações que levaram a uma parada cardíaca e o médico verificou que a paciente parou de respirar (*coded*). O médico solicitou a presença de um outro cirurgião especialista, que compareceu apenas uma hora depois que o cirurgião original havia constatado a parada e, quando ele conseguiu estabilizá-la, seu quadro já era de morte encefálica. Foi provado que esse segundo médico estava no mesmo corredor em que se levava a cabo o procedimento, embora isso não teve relevância no julgamento.

A decisão seguiu o precedente anterior da *Supreme Court of North Carolina* em *Wall v. Stout*([36]). Nesse sentido, decidiu que a responsabilidade civil do médico por não cumprir ou cumprir defeituosamente a prestação de serviços médicos apenas surgiria com a demonstração desses termos presentes nos factos pelos meios de prova a serem analisados nos mais elevados níveis de exigência. Essas posições seguem uma disposição do *North Carolina General Statute* §90-21.12, alínea *a*), que traz precisamente o texto citado pela *Supreme Court* estatal. Refere a previsão que o prestador de serviços de saúde não será responsável pelo pagamento de danos se da análise dos factos for verificado maior peso probatório no sentido de que o cuidado do prestador não estava de acordo com os padrões de prática: *a*) entre os membros da mesma profissão de cuidados de saúde

---

([35]) Cf. John R. Waltz, "The Rise and Gradual Fall of the Locality Rule in Medical Malpractice Litigation", *in Paul Law Review*, Vol. XVIII, 1969, pp. 408-420, p. 412.

([36]) *Wall v. Stout,* 311 S.E.2d 571 (N.C. 1984).

com treinamento e experiência similares; *b*) situados na mesma ou em comunidades semelhantes; e *c*) dentro das mesmas ou em semelhantes circunstâncias no tempo do ato em causa.

Assim também foi decidido em *Dale B. Weatherford v. Stuart Glassman*([37]) da *Court of Appeals of North Carolina*. Em Dezembro de 1989, o lesado consultou o médico sobre uma dor abdominal, sendo realizada uma cirurgia exploratória na região no mesmo mês. O doente permaneceu no hospital por mais cinco dias e foi liberado para viajar e visitar a sua filha. No seu destino, começou a sentir novamente dores e foi admitido a um hospital. Após os exames, foram constatadas uma infeção bacteriana e peritonite. Em ação judicial contra o médico, o lesado alegou que a baixa pelo médico foi feita enquanto estava gravemente infetado com estreptococos, e a peritonite e a infeção eram evidentes nas notas das enfermeiras no seu prontuário. Peticionou que o médico teria liberado o doente sem ler os documentos. Na análise pericial, foi apresentado um relatório por um perito que era familiarizado com os padrões de prática de médicos em comunidades similares com o mesmo ou semelhante treinamento e experiência que o lesante. Concluiu o perito que o médico não atuou em violação aos seus deveres de cuidado e diligência, com base nas provas documentais. No caso, isso foi o suficiente para inverter o ónus da prova em desfavor do lesado, que então deveria demonstrar em matéria de facto que o médico não agiu com a diligência aplicável naquelas circunstâncias.

4. A regra da localidade como fator de individualização do padrão de diligência na responsabilidade civil

Muitas pessoas residentes em localidades com reduzido acesso a profissionais especializados não possuem recursos, disponibilidade ou mesmo interesse em buscar os serviços de profissionais fora de sua zona. Seria exagerado esperar que os particulares (na maioria das vezes leigos) sempre procurassem o atendimento hospitalar mais adequado e qualificado, não sendo sempre uma alternativa viável a eles. Portanto, não é apenas uma questão de escolha do paciente, mas também de diminuta oferta de serviços em dada área.

([37]) *Dale B. Weatherford v. Stuart Glassman* (1998) n.º COA97-885, *Court of Appeals of North Carolina*.

O doente não poderia estar sujeito a um padrão de cuidado menos rigoroso num pequeno município sob o argumento de que poderia ter optado por outro profissional mais reputado e qualificado.

Esse contexto deve ser levado em consideração na análise de um dever de diligência padrão para todo o território nacional ou um de dever mutável.

Entendemos que a "regra da localidade" pode entretanto ser aplicada na verificação do grau de cuidado pressuposto quando a localização deve ser considerada como um fator ou circunstância especial para avaliar se o médico atingiu esse *standard* num caso concreto, bem como se *regras locais*, *práticas* ou *costumes* são relevantes para verificar se houve uma violação do dever contratual de proteção e cuidado que o médico deve observar.

Deve ser um quesito excecional e de rara aplicação.

Não é somente a redução média e verificação de como os médicos atuam naquela área, mas também *como* os profissionais de capacidade razoável exerceriam a atividade naquelas circunstâncias(38).

Não se pode ignorar a flexibilização que a regra da localidade pode oferecer na verificação da diligência profissional exigida ao praticante, que pode não só ser mais baixa em face das posições em que se encontra, como também pode (e deve) ser mais elevada quando o médico exerce a sua profissão em condições mais favoráveis que a média (por exemplo, em estabelecimentos de alto padrão de qualidade e assim reconhecidos).

Evidente que essas mudanças e individualizações no *standard of care* devem condizer com os factos que o tribunal encontra no caso concreto, quer dizer, se não houver motivo relevante para essa composição excecional, a regra geral será sempre a do *profissional razoavelmente diligente*. O mesmo será diante de dúvida sobre a relevância da localidade para o critério da culpa.

As considerações da localidade (regras, práticas e costumes) podem ser importantes para determinar qual a conduta apropriada do médico, que deverá ser avaliada por perito imparcial(39), possivelmente advindo ou com conhecimento daquela área geográfica(40).

Sem estar imune às críticas, a *locality rule* na medicina é entendida por alguns como algo incongruente e arcaico e que vai contra todo o

---

(38) Ronald E. Mallen e Jeffrey M. Smith, *Legal Malpractice*, Vol. 2., 4.th ed., St. Paul, West Publishing Co., 1996, p. 568.

(39) Adrian Keane e Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 9.th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 535.

(40) Ronald E. Mallen e Jeffrey M. Smith, *Legal Malpractice*…, *op. cit.*, p. 568.

esforço da profissão em uniformizar a qualidade do serviço([41]) a nível nacional (e, no caso de ciências como da medicina, em âmbito global), consubstanciado em organizações públicas profissionais, códigos de conduta, fiscalização das escolas de formação, exames de qualificação, entre outros aspetos.

5. Síntese conclusiva

Sob o prisma da equidade material, um médico especializado de alto *ranking* numa organização numa grande zona urbana não pode ser tratado como igual a um médico em início de carreira numa pequena cidade do interior, acostumado a tratar de quadros de diferentes áreas e de baixa complexidade, sendo muitas vezes um médico em formação, mais apto a prestar cuidados primários.

A localidade pode ser vista como um modo de *especialização*, mas sob o ponto de vista da igualdade e dos padrões utilizados para determinar o grau de diligência necessária a ser observada na atividade, é pressuposto que a habilidade e o conhecimento mínimo exigidos para a prestação de serviços pelo médico não deveriam variar geograficamente. O médico que trabalha, por exemplo, na zona rural, *não está imediatamente liberto* para ser menos cuidadoso, menos capaz e nem menos habilidoso que o médico da zona urbana([42]).

Nessa perspetiva, a importância desse fator deve ser limitada e somente exercer um papel subsidiário, quando o juiz entender ou as partes provaram que as conjunturas do local foram fundamentais para autorizar a diminuição da diligência que o médico de facto empregou no caso.

A regra da localidade não se confunde com defeitos nas instalações e condições da prestação do serviço, tais como faltas de equipamentos (aparelhos, materiais descartáveis e instrumentos) e de recursos humanos, especialização inexistente na zona, etc.

Se relaciona especificamente com as deficiências de formação, especialidade e competência do profissional ou do grupo de profissionais que

---

([41]) Ver C. G. Veljanovski e C. J. Whelan, "Professional negligence and the quality of legal services: an economic perspective", *in Modern Law Review*, Vol. 46, n.º 6, Nov., 1983, pp. 700-718. Cf. também Harold N. Bynum, "Torts — Medical Malpractice — Rejection of 'Locality' Rule", *in North Carolina Law Review*, Vol. 46, n.º 3, 1968, pp. 680-687, p. 682, ss.

([42]) Ronald E. Mallen e Jeffrey M. Smith, *Legal Malpractice*…, *op. cit.*, p. 569.

ofertam uma atividade médica numa zona mais afastada de regiões centrais com maior disponibilidade de qualificação e atualização dos profissionais.

Por outro lado, secundariamente também serve para guiar a escolha do perito em casos em que as características do local de prática são relevantes, com a escolha de um médico perito que tenha conhecimento das peculiaridades do local para ponderar as circunstâncias do caso([43]). Será esse *expert* a pessoa apta a balancear a importância da localidade na diligência esperada.

A tendência a seguir deve ser a determinação de padrões *nacionais* de conduta([44]) — especialmente em ordenamentos de direito codificado, onde as regras profissionais passam aos poucos a integrar o direito legislado e a apresentar força de lei em todo o território nacional, com um órgão associativo profissional centralizado e com divisão nacional e regional em todo o país. Porém, podem essas regras não representar a realidade da prática profissional.

Somente se deve considerar o fator localidade se for de extrema relevância para a particular negligência do médico no caso concreto, após robusta prova apresentada pela parte interessada na importância desse elemento.

([43]) David D. Armstrong, "Medical Malpractice — The 'Locality Rule' and the 'Conspiracy of Silence'", *in South Carolina Law Review*, Vol. 22, n.º 5, 1970, pp. 810-821, p. 818, chama a atenção do risco de uma "conspiração de silêncio", em que estes profissionais que pratiquem em ambientes similares se recusariam a testemunhar contra outros médicos na mesma situação. Ver o Acórdão da *Supreme Court of Tennessee*, *Donna Faye Shipley et al. v. Robin Williams*, n.º 02C-3204 [2011].

([44]) Ronald E. Mallen e Jeffrey M. Smith, *Legal Malpractice*…, *op. cit.*, p. 574.

Bibliografia citada

Almeida, L. P. Moitinho, *Responsabilidade civil dos advogados*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

Armstrong, David D., "Medical Malpractice — The 'Locality Rule' and the 'Conspiracy of Silence', *in South Carolina Law Review*, Vol. 22, n.º 5, 1970, pp. 810-821.

Bussani, Mauro, *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1991.

Bynum, Harold N., "Torts — Medical Malpractice — Rejection of 'Locality' Rule", *in North Carolina Law Review*, Vol. 46, n.º 3, 1968, pp. 680-687.

Cartens, PA, "The locality rule in cases of medical malpractice", *in De Rebus*, Junho, 1990, pp. 421-423.

Cattaneo, Giovanni, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè Editore, 1958.

Cooke, Brian K., Worsham, Elizabeth e Reisfield, Gary M., "The Elusive Standard of Care", in *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 45, n.º 3, 2017, pp. 358-364.

Evans, Adrian, *The good lawyer*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2014.

Evans, Hugh, *Lawyers' Liabilities*, London, Sweet & Maxwell, 1996.

Fagerlund, Dwain E., "Legal malpractice: the locality rule and other limitations of the standard of care: should rural and metropolitan lawyers be held to the same standard of care?", *in North Dakota Law Review*, Vol. 64, 1988, pp. 661-718.

Freitas, José Lebre de, "A responsabilidade dos profissionais liberais", *in Estudos sobre direito civil e processo civil, Vol. II*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Ginsberg, Marc D., "The locality rule lives! Why? Using modern medicine to eradicate and unhealthy Law", *in Drake Law Review*, Vol. 61, 2013, pp. 321-373.

Graziadei, Michele, "Liability for fault in Italian Law: the development of legal doctrine from 1865 to the end of the twentieth century", *in* Jansen, Nils (ed.), *The development and making of legal doctrine*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 126-163.

Hamelin, Jacques e Damien, André, *Les règles de la profession d'avocat*, 8.ème ed., Paris, Dalloz, 1995.

Kai, Katsunori, Sato, Yuichiro e Yuko, Nagamizu, *Medical Law in Japan*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014.

Keane, Adrian e McKeown, Paul, *The Modern Law of Evidence*, 9.th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

King, John F. e Coe III, Ward B., "The Wisdom of the Strict Locality Rule", *in Baltimore Law Review*, Vol. 3, n.º 2, 1974, pp. 221-233.

Lewis, Michelle Huckaby, Gohagan, John K., e Merenstein, Daniel J., "The locality rule and the physician's dilemma: local medical practices vs the national standard of care", *in JAMA*, jun., Vol. 297, 2007, n.º 23, pp. 2633-2637.

Mallen, Ronald E., e Smith, Jeffrey M., *Legal Malpractice*, Vol. 2., 4.th ed., St. Paul, West Publishing Co., 1996.

Marinoni, Luiz Guilherme e Becker, L.A., "Influência das relações pessoais sobe a advocacia e o processo civil brasileiros", *in* L.A. Becker (org.), *Qual é o jogo do processo?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, pp. 449-480.

Matiello, Fabrício Zamprogna, *Responsabilidade civil do advogado*, São Paulo, LTr, 2014.

Powell, John L. e Stewart, Roger (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*, 7.th ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.

Santana, Selma Pereira de, *Negligência grosseira: a sua autonomia material*, Lisboa, Quid Juris, 2005.

Veljanovski, C. G., e Whelan, C.J., "Professional negligence and the quality of legal services: an economic perspective", *in Modern Law Review*, Vol. 46, n.º 6, Nov., 1983, pp. 700-718.

Waltz, John R., "The Rise and Gradual Fall of the Locality Rule in Medical Malpractice Litigation", *in Paul Law Review*, Vol. XVIII, 1969, pp. 408-420.

Woodward, Garland Benton, "Medical Malpractice — Locality Rule — State of New York Rejects Locality Standard of Professional Care", in *Texas Tech Law Review*, Vol. 9, 1978, pp. 786-790.

Zimmerman, Lynda K., "Medical Malpractice: Locality Rule Abandoned in Massachusetts", in *Southwestern Law Journal*, Vol. 23, 1969, 585-589.

ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA E INDEMNIZAÇÃO PÚBLICA: A RESPONSABILIDADE POR ACTOS LÍCITOS E A INDEMNIZAÇÃO PELO SACRIFÍCIO EM ANGOLA

Pelo Doutor Ricardo Pedro

Sumário:

1. Introdução. 2. Estado de necessidade administrativa. 3. Indemnização civil pública, em particular a responsabilidade por atos lícitos e a indemnização pelo sacrifício. 3.1. Indemnização civil pública. **3.2.** Responsabilidade por atos lícitos. *3.2.1.* Introdução. *3.2.2.* Pressupostos. **3.3.** Indemnização pelo sacrifício. *3.3.1.* Introdução. *3.3.2.* Pressupostos. **4. Indemnização pelo sacrifício: estado de necessidade. 4.1.** Introdução. **4.2.** Estado de necessidade e indemnização. **5. Causas de exclusão da indemnização civil pública extracontratual, em particular em estado de necessidade administrativa. 6. Conclusões.**

Resumo: O presente artigo analisa o novo quadro jurídico angolano referente ao estado de necessidade administrativa com destaque para o regime de indemnização publica que deve ser convocado nestas situações de excecionalidade jurídica. Este quadro inclui uma noção legal de estado de necessidade administrativa e um regime de indemnização pública pelos danos causados por atuações públicas em estado de necessidade. Explora-se o regime da responsabilidade civil por atos lícitos e da obrigação de indemnizar pelo sacrifício imposto aos particulares, assim como as causas de exclusão da indemnização civil pública extracontratual, em particular, em estado de necessidade administrativa, fazendo-se uma análise crítica das recentes soluções adotadas pelo legislador.

Palavras-chave: Estado de necessidade administrativa; Indemnização pública; Responsabilidade civil por atos lícitos; Indemnização pelo sacrifício; causas de exclusão da indemnização pública.

1. Introdução

O estado de necessidade administrativa ganhou grande notoriedade com a pandemia de provocada pelo Covid-19, desencadeando uma série de desafios para os Estados em todo o mundo e exigindo respostas rápidas e enérgicas para proteger a saúde e a vida da população. Destarte, o estado de necessidade administrativa tem sido invocado por diversas autoridades administrativas como justificação para a adoção de medidas restritivas, tais como o confinamento obrigatório, a proibição de aglomerações, o encerramento de estabelecimentos comerciais e o uso obrigatório de máscaras.

Neste contexto, assumem especial importância as questões relativas à eventual indemnização pelos danos causados neste cenário de estado de necessidade em particular tendo em conta que, em Angola, recentemente foi aprovada uma noção legal de estado de necessidade administrativa e um novo regime de indemnização pública com referências específicas à indemnização de danos causados por atuações públicas em estado de necessidade.

Assim, torna-se essencial analisar o referido novo quadro jurídico em particular no que tange à responsabilidade civil por atos lícitos e à eventual obrigação de indemnização pelo sacrifício imposto aos particulares. Para o efeito, enquadra-se o estado de necessidade administrativa no contexto mais amplo dos regimes jurídicos públicos de excecionalidade **(2)**; analisam-se os regimes de indemnização civil pública extracontratual, em particular, responsabilidade por atos lícitos e indemnização pelo sacrifício previstos pelo legislador angolano **(3)**; trata-se de forma crítica o regime de indemnização pelo sacrifício no contexto de estado de necessidade **(4)**; abordam-se ainda as causas de exclusão da indemnização civil pública extracontratual com destaque no âmbito do estado de necessidade administrativa **(5)** e, por fim, apresentam-se umas breves conclusões **(6)**.

2. Estado de necessidade administrativa

O estado de necessidade administrativa insere-se no contexto mais amplo dos regimes jurídicos públicos de excecionalidade (a par dos regimes de normalidade)([1]). De notar que a admissão destes regimes não é uma

([1]) Segue-se a linha de investigação avançada em: Ricardo Pedro, "Traços gerais da indemni-

novidade — antes de todos os tempos(2) —, bastando atentar no brocardo latino "*Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*". Era este brocardo que justificava no direito romano poderes extraordinários, exercíveis nos casos em que era necessário enfrentar uma situação imprevisível e que exigia uma decisão de ação imediata, sem possibilidade de adiamento.

A necessidade de uma juridicidade de excecionalidade e, portanto, a sua mobilização, tem-se tornado mais evidente nos tempos recentes. Para tal, muito contribui a configuração da atual *sociedade de risco*(3) e o facto de vivermos num *mundo globalizado* (económica e socialmente)(4) em que apesar da distância física tudo parece estar próximo, como, aliás, revela a crise sanitária provocada pelo surto de Covid-19 — que no prazo

---

zação civil extracontratual pública em contextos de excecionalidade", *in Impactos da Pandemia da Covid-19 nas Estruturas do Direito Público*, Carlos Blanco de Morais, Miguel Nogueira de Brito, Miguel Assis Raimundo (Coord.), São Paulo: Almedina, 2022, pp. 379-413.

(2) Entre muitos, ver Carlos Blanco de Morais, *O estado de excepção*, Lisboa: Cognitio, 1984, *passim*; Vittorio Angiolini, *Necessita ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1986, *passim*; Pietro Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano: Giuffre, 1988, *passim*; António Damasceno Correia, *Estado de sítio e de emergência em democracia*, Lisboa: Vega, 1989, *passim*; Fernando Paulo da Silva Suordem, "Os estados de excepção constitucional: problemática e regime jurídico", *Scientia iuridica*, Braga, t.44n.256-258(Jul.-Dez.1995), p. 246, ss; Vicente Alvarez Garcia, *El concepto de necesidad en derecho publico*, Madrid: Civitas, 1996, p. 31, ss; Jorge Bacelar Gouveia, *O Estado de excepção no direito constitucional: entre a eficiência e a normalidade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, 2 volumes, *passim*; José Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade", *in Estudos de Direito Público*, I, Francisco Paes Marques, José Duarte Coimbra, Tiago Fidalgo de Freitas (Coord.), Coimbra: Almedina, 2019, pp. 135-162; AA. VV., *Direito administrativo de necessidade e de excepção*, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Lisboa: AAFDL, 2020, *passim*; Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção na constituição da República de Angola de 2010*, CEDIS, 2020. Acessível em: <https://research.unl.pt/ws/portalfiles/portal/17978918/CEDIS_working_papers_DSD_JBG1.pdf> consultado em 2 de março de 2023.

(3) Cf., entre muitos, Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Modern*, Suhrkamp Verlag KG, 1986, *passim*; Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna: Il Mulino, 1999, *passim*; Carla Amado Gomes, *A prevenção à prova no Direito do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 15, ss; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma — Bari: Laterza, 2001, *passim*; A. G. Freitas Martins, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, Lisboa: AAFDL, 2002, p. 12, ss.; Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari: Laterza, 2002, *passim*; Carla Amado Gomes, «Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o "princípio da precaução"», *in Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa: AAFDL, 2005, p. 147 ss; S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari: Laterza, 2006, *passim*; W. Sofsky, *Rischio e sicurezza*, Torino: Einaudi, 2005, p. 16, ss.

(4) Pode ainda pensar-se no risco dos atentados terroristas, agravado pela grande mobilidade das pessoas e pelas enormes possibilidades de comunicação oferecidas pela telemática, que obrigam os Estados contemporâneos a procurar um difícil equilíbrio entre segurança e liberdade, entre a proteção dos direitos adquiridos e a emergência de novos direitos e exigências sociais, mantendo firmes os princípios e as garantias constitucionais. Em geral, sobre a globalização, ver Serge Latouche, *L'occidentalizzazione del mondo*, Torino: Bollati Boringhieri, 1992, *passim*; Jeremy Brecher/Tim Costello, *Contro il capitale globale*, Milano: Feltrinelli, 1996, *passim*.

de poucos meses se alastrou do seu foco de origem (China — cidade de Wuhan) para todo o mundo.

Perante calamidades deste tipo, o direito público *não podia e não pode* ficar indiferente, ou seja, perante os efeitos nefastos que as calamidades públicas representam para a "*salus populi"* é facilmente compreensível que os entes públicos tenham de desencadear todos os meios à sua disposição para repor a normalidade(5). Portanto, de modo a que se garanta a "*rule of law"* torna-se imprescindível a previsão de regimes que apresentem a *flexibilidade necessária para acudir aos interesses públicos que se encontram ameaçados* — regimes que permitam responder a estados de necessidade pública, ou, por outras palavras, regimes de direito público da excecionalidade.

Num quadro de *normalidade real*, o direito público rege-se, desde logo, pelo princípio da legalidade (juridicidade) da atuação pública — a que corresponde, portanto, um quadro de *normalidade jurídica*. O problema surge sempre que a realidade se altera temporariamente de forma radical, criando situações de perigo iminente ou real para a comunidade e em que o direito público da normalidade não oferece resposta adequada, surgindo, por imposição da ideia de *manutenção* do Estado de direito democrático, a necessidade de entrarem em ação *regimes de juridicidade excecional* — "*jus extremae necessitatis*" — de modo a que a curto prazo se reponha a normalidade e voltem a vigorar os regimes de juridicidade da normalidade.

Estes regimes de juridicidade excecional, que revelam *poderes públicos de excecionalidade*(6), por um lado, *tornam lícitas certas atuações públicas* que em contextos de juridicidade de normalidade seriam ilícitas, por outro, para fazer face às situações de estados de excecionalidade, podem criar situações de desigualdade entre os cidadãos e, em particular, impondo, por exemplo, *encargos especiais aos agentes de certos sectores da atividade económica ou social privada* que melhor se encontram posicionados para auxiliar na resposta à eliminação do contexto temporário de excecionalidade. Por fim, não raro, acresce que, nestes contextos de excecionalidade, os entes públicos se veem obrigados a apoiar as populações e empresas mais afetadas pela calamidade pública, concedendo apoios de diversa ordem (financeira, fiscal, etc.)(7), seja por razões de solidariedade, seja por razões

---

(5) Vicente Alvarez Garcia, *El concepto de necesidad*..., p. 49, ss.

(6) Entre muitos, ver José Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade…", pp. 135-162.

(7) Sobre alguns destes tipos de apoios, ver Ricardo Pedro, *Fundos Europeus Estruturais e de Investimento e Auxílios Públicos: Estudos de Direito Administrativo Nacional e Europeu*, Lisboa: Almedina, 2020, *passim.*

de fomento económico. Estes apoios devem ser considerados aquando da atribuição de uma eventual indemnização pelo sacrifício sofrido.

A situação pandémica causada pelo Covid-19 representa uma dessas situações de "necessidade pública"([8]) ou de "Estado", que surge como fonte de direito([9]) no sentido de que os poderes públicos devem atuar ao abrigo de uma normatividade adequada à situação excecional, sob pena do desfasamento da atuação pública ser revelador da incapacidade de os poderes públicos responderem adequadamente à proteção dos interesses públicos em crise([10]).

Ou seja, as situações de excecionalidade ditam a sua própria juridicidade, impondo aos competentes poderes públicos que respondam de modo adequado, substituindo a "legalidade da normalidade" por uma "legalidade da excecionalidade". O estado de necessidade pública está abrangido pela ideia de Direito, por um princípio da juridicidade([11]), desde logo, pelo disposto no art. 198.º, n.º 1, da Constituição da República de Angola (de ora em diante CRA ou Constituição), que habilita, muitas vezes, um agir sem a mediação da lei.

Está em causa uma legalidade alternativa([12]), uma legalidade excecional([13]), *rectius*, uma juridicidade de excecionalidade([14]) — uma *juridicidade substitutiva e temporária* — a que Administração (e restantes poderes públicos) "fica[m] sujeita[os], em estado de necessidade, a uma mais ampla, mas paradoxalmente mais rigorosa, forma de atuação jurídica — a obediência ao Direito ou à ideia de Direito que emana do ordenamento jurídico no seu todo"([15]).

Esta juridicidade substitutiva pode resultar da aplicação de alguns princípios gerais da atuação pública previstos na Constituição, por via da

---

([8]) Vicente Alvarez Garcia, *El concepto de necesidad…*, p. 31, ss.

([9]) Vittorio Angiolini, *Necessita ed emergenza nel diritto pubblico…*, p. 86, ss.

([10]) Subjacente está a ideia de que os poderes públicos devem assegurar as funções para que foram criados, mesmo que para tal não encontrem cobertura numa lei positiva. Neste sentido, ver Vicente Alvarez Garcia, *El concepto de necesidad…*, p. 299.

([11]) Diogo Freitas do Amaral/Maria da Glória F. P. D. Garcia, "O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.59 n.2 (Abr. 1999), p. 482.

([12]) Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 998; Juliana Gomes Miranda, *Teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 116.

([13]) José Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade…", p. 139.

([14]) José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Lisboa: Almedina, 1987, pp. 283 e 768.

([15]) Diogo Freitas do Amaral/Maria da Glória F. P. D. Garcia, "O estado de necessidade…", p. 462.

imediata obediência à Constituição sem que haja necessidade de uma mediação legislativa ou em cumprimento do estado de necessidade administrativa previsto no art. 15.º do Código do Procedimento Administrativo([16/17]) e, quando a situação de necessidade estadual tiver sido declarada formalmente, resultará dos regimes criados para o efeito, como acontece nos casos de estados de emergência ou de sítio ou situação de calamidade pública.

3. Indemnização civil pública, em particular a responsabilidade por atos lícitos e a indemnização pelo sacrifício

3.1. Indemnização civil pública

O regime jurídico da responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas (de ora em diante Regime)([18]) prevê vários regimes de indemnização pública. Centrando a atenção apenas na função administrativa, é regulado o regime da responsabilidade civil por facto ilícito (arts. 7.º a 10.º), a responsabilidade pelo risco (art. 11.º) e embora aplicável a todas as funções públicas e, por isso, também à administrativa, o regime de responsabilidade civil por atos lícitos e indemnização pelo sacrifício (art. 16.º). Sem prejuízo do que adiante se referirá, caso as atuações públicas violem os limites do estado de exceção/necessidade pode haver lugar a responsabilidade civil por violação da juridicidade de excecionalidade. Ou seja, *pode entrar em cena o regime da responsabilidade civil por facto ilícito*, pois a juridicidade de excecionalidade apenas tem o condão de "*juridificar*" as ilegalidades diretamente causadas pela excecionalidade real e não as ilegalidades culposas([19]) ou, se se preferir, as *situa-*

([16]) Aprovado pela Lei n.º 31/22, de 30 de agosto.

([17]) Ou por via de outros regimes, como acontece com os regimes previstos na Lei n.º 17/91, de 11 de março (Lei sobre Estado de Sítio e Estado de Emergência).

([18]) Aprovado pela Lei n.º 30/22, de 29 de agosto. Sobre este regime em geral, ver Ricardo Pedro, *Introdução à responsabilidade civil extracontratual pública angolana e à sua efectivação*, Lisboa: AAFDL, 2023, e no que tange à responsabilidade civil pela administração da justiça, ver Ricardo Pedro, State liability for administration of justice in Angola: "the King can do wrong"?, *Lex Humana*, v. 15, n. 1, 2023, pp. 90-117.

([19]) A verificação de uma ilicitude culposa resultante, ainda que no contexto de uma situação de excecionalidade, releva ainda — para além da responsabilidade civil dos entes públicos — para efeitos de determinação da *responsabilidade civil do servidor público e do direito de regresso*.

ções excecionais subjetivas, isto é, criadas pelo servidor público por culpa sua ou por culpa do serviço.

Situações, aliás, que no enquadramento correto do estado de necessidade administrativa, levam a que este esteja afastado se for criado pela Administração — constituindo um requisito negativo do estado de necessidade administrativa*: não ter a ocorrência sido provocada pelo agente público*([20]). Por outras palavras, na distinção entre *estado de necessidade objetivo* e *estado de necessidade subjetivo* só o primeiro é causa de exclusão da ilicitude e causa de justificação da culpa([21]).

A apreciação do requisito *ilicitude* deve merecer um especial cuidado nas situações de excecionalidade jurídica, o que, por consequência, impõe uma especial atenção à jurisprudência. Aliás, no contexto da crise pandémica criada pelo Covid-19, o julgador deve ter um especial cuidado na aferição deste requisito indemnizatório seja *por ação ou por omissão administrativa*, podendo, em concreto, revelar-se necessário atender ao estado de desenvolvimento da ciência ou técnica existente no momento da produção dos danos, assim como aos eventuais deveres de precaução que a atuação pública em concreto reivindica.

A ilicitude pode emergir a vários títulos, seja na sequência de um estado formal de exceção, de um estado de necessidade administrativa ou até ao abrigo de um princípio geral de necessidade/excecionalidade pública, desde logo, por violação (direta ou indireta) do princípio da proporcionalidade na adoção de medidas administrativas e pode verificar-se em todas as funções estaduais.

Para além da eventual serventia da responsabilidade civil por factos ilícitos, é de destacar que a figura da indemnização pública surge muito frequentemente associada aos estados de excecionalidade jurídica enquanto mecanismo regulador da Justiça que um sistema de justiça de um Estado de Direito não pode esquecer. Tal acontece uma vez que a ideia subjacente ao direito público de excecionalidade é de convocar sobretudo uma *lógica de justiça material*, pois a exceção dá-se mal com o tempo (normal) de resposta jurídica que exige a forma e o procedimento (normal). Aliás, não por outra razão, o princípio da legalidade em sentido estrito é, muitas das vezes, posto de parte para dar lugar a um direito de exceção animado por um princípio de necessidade pública com severas consequências na atuação pública.

([20]) Cf. Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade…", p. 150, ss.

([21]) No âmbito do direito privado, cf. Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpr., Coimbra: Almedina, 1995, p. 252.

Neste contexto são de destacar duas figuras da indemnização pública, previstas no Capítulo V do Regime sob a designação de "Responsabilidade por Actos Lícitos ou Indemnização pelo Sacrifício" previstas no art. 16.º, que surge epigrafado de "Responsabilidade por actos lícitos e indemnização pelo sacrifício" e que prevê, por um lado, a responsabilidade civil por atos lícitos e, por outro, a indemnização pelo sacrifício(22). Como se verá mais adiante, trata-se de categorias da indemnização pública sujeitas a alguma controvérsia e muitas das vezes substitutivas. Talvez por essa razão o legislador se tenha descuidado ao prever na epígrafe do Capítulo V uma relação de alternatividade ("ou") e na epígrafe do art. 16.º uma relação de cumulatividade ("e") entre responsabilidade por atos lícitos e indemnização pelo sacrifício.

Numa primeira análise, será de ter em conta que o número 1 do art. 16.º do Regime se refere à responsabilidade civil por atos lícitos e o número 2 à indemnização pelo sacrifício.

Neste estudo interessa, sobretudo, a figura da indemnização pelo sacrifício. De todo o modo para a melhor compreensão do regime em crise, importa dar nota ainda da figura da responsabilidade civil por atos lícitos.

3.2. Responsabilidade por atos lícitos

3.2.1. Introdução

O art. 16.º, n.º 1 do Regime vem prever um regime de responsabilidade civil pública por atos lícitos, ao determinar que "[s]em prejuízo do disposto em legislação especial, o Estado e outras pessoas colectivas públicas são responsáveis perante os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado".

A primeira ideia a reter é que está em causa um regime de responsabilidade civil pública alheia ao modelo aquiliano — em que não se procura

---

(22) No contexto do direito comparado, ver Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro, *Direito da responsabilidade civil extracontratual administrativa…,* p. 97, ss.

um culpado(23), uma responsabilidade objetiva(24) em que se centra a atenção no dano sofrido pelo lesado. Portanto, os pressupostos indemnizatórios a ter em conta são: o dano, a atuação pública e o nexo de causalidade entre aqueles dois elementos.

Por sua vez, o seu fundamento deve encontrar-se na ideia de justa repartição dos encargos públicos — por rutura do princípio da igualdade previsto art. 23.º e assente na ideia de Estado de Direito, prevista no art. 2.º, ambos da CRA.

3.2.2. Pressupostos

Aproximando-nos do teor literal da norma em apreciação constata-se que a responsabilidade civil é perante (*i*) "particulares", ficando afastada a indemnização por atos lícitos provocados a outras entidades públicas (mesmo que se encontrem numa situação de danos causados pelo Poder Central ao Poder Local e vice-versa).

Segue-se que (*ii*) a atuação pública deve resultar no "interesse geral"; no entanto, não está coberta toda a atuação pública, desde logo, a administrativa, uma vez que se circunscreve à atuação mediante "actos administrativos legais" ou "actos materiais lícitos" e (*iii*) esta atuação administrativa ato-cêntrica (jurídica e material) tenha imposto "encargos ou causado prejuízos especiais e anormais", ou seja, por um lado, recorta-se desta expressão a exigência da necessidade de um nexo de causalidade e, por outro, os danos indemnizáveis são qualificados não sendo indemnizável todo e qualquer dano — o que impõe a consideração da noção legal de tais danos — especiais e anormais — tal como prevista no art. 2.º do Regime.

Por fim, a letra da norma impõe ainda que (*iv*) para o cálculo da indemnização se deva atender "designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado", apresentando, assim, uma cláusula aberta — "designadamente" —, com o elenco de duas situações que o juiz deverá ter em conta — embora deva

---

(23) No contexto do direito comparado, ver António Dias Garcia, "Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas", *in Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, coordenação de Fausto de Quadros, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 199.

(24) Carla Amado Gomes, *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 415, ss.

notar-se que o último trecho da norma é mais próximo da teoria da indemnização pelo sacrifício do que da responsabilidade civil por atos lícitos.

Apesar de o Regime não o prever expressamente, não se deve desconsiderar que, caso, em concreto, as hipóteses típicas([25]) previstas no art. 16.º, n.º 1 — "actos administrativos legais" ou "actos materiais lícitos" — não cubram todas as situações da vida em que se justifique a assunção de responsabilidade civil pública se deve ponderar a aplicação, na medida em que se encontrem preenchidos os pressupostos, do regime da indemnização pelo sacrifício — que se tratará de seguida.

3.3. Indemnização pelo sacrifício

3.3.1. Introdução

A indemnização pelo sacrifício prevista no art. 16.º, n.º 2 do Regime assume uma terminologia distinta (e figura?), referindo-se a *indemnização pelo sacrifício*. Ora, esta diferente terminologia, a ter algum cabimento dogmático, põe em causa a denominação oferecida pelo Regime, que parece arvorar a *responsabilidade civil* como um género capaz de incluir diferentes espécies (ilícito, lícito, risco e indemnização pelo sacrifício).

A diversidade terminológica usada pelo Regime não deixa de refletir a variedade de posições doutrinais. Por um lado, encontra-se a posição daqueles que consideram que a figura da responsabilidade se apresenta como um *super-conceito* capaz de abarcar diferentes regimes, nomeadamente a indemnização pelo sacrifício([26]) e, por outro, os que distinguem a *responsabilidade* da figura da *indemnização pelo sacrifício*([27]).

Apesar de todos os dissensos — que poderão ser superados através da figura *umbrella* do *direito geral à reparação de danos* —, a compreensão da indemnização pelo sacrifício deve orientar-se pela racionalidade que lhe subjaz. Ou seja, por imposição do princípio do Estado de Direito e de igualdade de tratamento deve considerar-se que em caso de conflito entre

---

([25]) Diogo Freitas do Amaral, *A responsabilidade da administração no direito português*, Lisboa, [s.n.], p. 41.

([26]) Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, *Responsabilidade civil administrativa*, Lisboa: Dom Quixote, 2008, p. 42.

([27]) José Carlos Vieira de Andrade, "A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3969, julho-agosto de 2011, p. 345, ss.

interesses públicos e privados e no caso de aqueles deverem prevalecer, sacrificando legitimamente estes, devem os particulares ser compensados. Trata-se de uma figura prevista noutros ordenamentos jurídicos([28]).

A indemnização pelo sacrifício tem em vários ordenamentos jurídicos o seu principal âmbito de aplicação na atividade administrativa, podendo elencar-se algumas das situações típicas que convocam a aplicação do regime previsto no art. 16.º, n.º 2, nomeadamente, as resultantes: (*i*) de atos impositivos de sacrifício, (*ii*) da revogação de atos constitutivos de direitos por razões de interesse público, (*iii*) do estado de necessidade. Na economia do art. 16.º, n.º 2 do Regime, a indemnização pelo sacrifício centra-se no dever de indemnizar por razões de interesse público ou em estado de necessidade.

3.3.2. Pressupostos

De acordo com o disposto no art. 16.º, n.º 2 do Regime, fica a dúvida sobre quais os danos indemnizáveis, desde logo, porque a letra do Regime não estabelece qualquer limitação relativamente aos danos indemnizáveis — todos? ou como é comum em sede de teoria geral da indemnização pelo sacrifício apenas os danos especiais e anormais([29])?

Ou seja, tendo em conta os requisitos essenciais da indemnização pelo sacrifício: (*i*) licitude; (*ii*) danos; (*iii*) nexo de causalidade([30]), fica claro que a imposição de sacrifício deve resultar de razões de interesse público ou de estado de necessidade administrativa. No entanto, fica a dúvida sobre a configuração legal dos danos e do nexo de causalidade.

A propósito do dano, a questão coloca-se porque a letra da lei nada oferece em seu abono e em sede de teoria geral seria de considerar uma noção de *danos especiais e anormais* — o que tendo presente a noção legal oferecida pelo disposto no art. 2.º do Regime, danos especiais serão os que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas e danos anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do

---

([28]) Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro, *Direito da responsabilidade civil extracontratual administrativa…,* p. 97, ss.

([29]) Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, II, 10.ª ed., Lisboa, Almedina, 1990, p. 1241.

([30]) Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro, *Direito da responsabilidade civil extracontratual administrativa…,* p. 101, ss.

direito. Apesar da dúvida que a letra da lei possa causar, parece-nos que os requisitos da especialidade e da anormalidade devem ser exigidos, pelo que não serão indemnizáveis os danos comuns e normais.

No que tange ao nexo de causalidade, a dúvida coloca-se por falta de referência legal do Regime, podendo ponderar-se, por aplicação subsidiária o regime previsto no art. 563.º do Código Civil ou se a opção de a aplicação da teoria da causalidade adequada se revelar insatisfatória enquanto teoria geral deverá ser feito um juízo casuístico à luz dos circunstancialismos concretos([31]).

4. Indemnização pelo sacrifício: estado de necessidade

4.1. Introdução

A indemnização pelo sacrifício é ainda convocada para a reparação dos danos causados em situações de estado de necessidade. Verificando-se um estado de necessidade e tendo em vista ultrapassar esta situação real de necessidade administrativa devem ser tomadas medidas excecionais de modo a retomar no mais curto espaço de tempo a normalidade administrativa.

Destarte, podem ser praticados atos administrativos com preterição das regras estabelecidas no CPA, sendo aqueles válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo. Portanto, entra em cena uma legalidade de exceção ou extraordinária — um direito administrativo de necessidade, que visa o combate à situação real de não normalidade e o retorno à normalidade.

4.2. Estado de necessidade e indemnização

O princípio da necessidade administrativa surge como um *princípio geral de direito administrativo* — para alguns Autores "*princípio do estado de necessidade administrativo*" — um "*contra-princípio*", que fundamenta a dispensa da aplicação das disposições legais, sobretudo formais, em situa-

---

([31]) Ricardo Pedro, *Estudos sobre administração da justiça e responsabilidade civil do Estado*, Lisboa: AAFDL, 2016, p. 30.

ções de exceção(32). Um princípio umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade da Administração(33) e que integra a juridicidade estadual(34). Alguma doutrina mais moderna entende que o estado de necessidade pode e deve ser tratado não como uma exceção ao princípio da legalidade, mas antes como uma legalidade de exceção — "legalidade excecional"(35).

No ordenamento jurídico angolano a atuação administrativa em estado de necessidade administrativa beneficia de uma habilitação legal prévia — que consta do art. 15.º do CPA — que legitima qualquer atuação administrativa em estado de necessidade.

O estado de necessidade pode ser entendido como *um princípio geral de direito administrativo*(36), atribuindo-se-lhe utilidade como "norma de competência" — expressando uma ideia de justiça material sobre a justiça formal — para efeitos de "preterição de exigências formais ou procedimentais"(37) ou de conteúdo(38) e revelando a entrada em jogo de uma nova e distinta legalidade — que não a legalidade dos estados administrativos de normalidade, isto é, uma legalidade de exceção ou extraordinária — um direito administrativo de excecionalidade, que visa o combate à situação real de não normalidade e que num certo sentido legaliza o que seria ilegal numa situação de normalidade.

A compreensão sobre como se deve entender o que representa um estado de necessidade beneficia de um vasto contributo doutrinal e apresenta algumas variações dogmáticas(39). O trabalho doutrinal tem incidido — para o que aqui interessa — na definição dos pressupostos do estado de

---

(32) José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de direito administrativo*…, p. 54.

(33) Pedro Costa Gonçalves, *Manual de direito administrativo*…, p. 388.

(34) Ou para alguns, princípio da legalidade em sentido amplo, ver Vicente Alvarez Garcia, *El concepto de necesidad en derecho publico*, p. 303.

(35) Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 999; José Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade", p. 139; Paulo Otero, *Direito do procedimento administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 127, ss.

(36) A. Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade do acto administrativo*, Lisboa, Ática,1962, p. 75; José Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade", p. 139; Paulo Otero, *Direito do procedimento administrativo*, p. 277, ss; Pedro Costa Gonçalves, *Manual de direito administrativo*…, p. 388, ss.

(37) Pedro Costa Gonçalves, *Manual de direito administrativo*…, p. 388.

(38) Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*…, p. 999.

(39) Diogo Freitas do Amaral/Maria da Glória F. P. D. Garcia, "O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo", p. 447, ss; José Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade", pp. 135-162; Carla Amado Gomes, "O estado de necessidade administrativo", *in* AA. VV., *Direito administrativo de necessidade e de excepção*, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro (Coord.), Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 23-46.

necessidade administrativa(40), ou seja, na caracterização da excecionalidade administrativa. Tais pressupostos cingem-se à:

(*i*) Ocorrência de uma circunstância real de excecionalidade;

(*ii*) Que conduza a uma situação de perigo grave, atual e eminente de ameaça ou ofensa a bens protegidos pela ordem jurídica;

(*iii*) Que exige uma atuação administrativa adequada a salvaguardar os bens ou interesses referidos em (*ii*) decorrência do referido em (*i*);

(*iv*) Afastando, por consequência, as regras administrativas de normalidade;

(*v*) Não ter a ocorrência sido provocada pelo agente público(41).

Acresce que de um ponto de vista do direito positivado é de ter em conta o disposto no CPA que, no art. 15.º, sob a epígrafe "Princípio do estado de necessidade administrativa", prevê no número 1 que "[n]as situações de perigo iminente e actual para o interesse público causado por circunstância excepcional não provocada pelo agente, à Administração Pública é conferido o poder para praticar os actos necessários e urgentes para repor a situação e evitar danos maiores".

Por sua vez, o número 2 prevê que "[o]s actos administrativos e operações materiais praticados ou executados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos desde que os seus resultados não tivessem podido ser alcançados de outro modo, tendo os lesados direito a ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos".

---

(40) Sobre o tema e para outros desenvolvimentos, ver Diogo Freitas do Amaral/Maria da Glória F. P. D. Garcia, "O estado de necessidade…", p. 473, ss; Pedro Costa Gonçalves, *Manual de direito administrativo*…, p. 388, ss.

(41) José Manuel Sérvulo Correia, "Revisitando o estado de necessidade…", p. 150, ss. No sentido da não autonomização deste requisito, ver Pedro Costa Gonçalves, *Manual de direito administrativo*…, p. 395, ss. A relevância deste requisito leva a que se distinga entre o *estado de necessidade objectivo* e o *estado de necessidade subjectivo*. Esta distinção no âmbito do direito privado leva a que só o primeiro seja causa de exclusão da ilicitude e causa de justificação da culpa. Ver Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimpr., Coimbra, Almedina, 1995, p. 252. Aliás, o elemento culpa no âmbito do direito privado releva ainda no que tange ao critério indemnizatório, ver Diogo Freitas do Amaral/Maria da Glória F. P. D. Garcia, "O estado de necessidade…", p. 459. No âmbito do direito público a sua relevância revela-se, desde logo, para efeitos de determinação a responsabilidade civil do agente público, mas ainda para a determinação do regime de indemnização pública que deve ter lugar.

É no referido contexto que — verificando-se uma situação de estado de necessidade e daí surjam danos — se deve ter em conta o regime de indemnização pelo sacrifício, previsto no art. 16.º, n.º 2 do Regime, que determina a obrigação de indemnizar, nas situações em que o Estado e outras pessoas coletivas públicas, em estado de necessidade administrativa, sacrificarem, no todo ou em parte, coisa ou direito de terceiro.

Apesar de o legislador do CPA apresentar uma denominação relativamente distinta ("responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos" — da prevista no Regime ("responsabilidade civil do Estado e de outras pessoas colectivas públicas") tudo converge no sentido de o art. 15.º, n.º 2 do CPA remeter para o disposto no art. 16.º, n.º 2 do Regime.

Por fim, deve ter-se em conta que a alegação e a prova do estado de necessidade cabe ao ente público, sob pena — no caso de existirem danos dignos de indemnização — ser convocado o regime da responsabilidade administrativa, desde logo, por factos ilícitos e que esta prova se pode revelar relativamente árdua em razão de o legislador do CPA, no art. 15.º, n.º 1, parte final, exigir na definição legal de estado de necessidade que, para além de outros elementos, o estado de necessidade vise "evitar danos maiores".

5. Causas de exclusão da indemnização civil pública extracontratual, em particular em estado de necessidade administrativa

O Estado (e outras pessoas coletivas públicas) deixará de ser responsável sempre que se verifique uma *causa de exclusão de indemnização pública*. Ou seja, podem ter lugar causas de isenção de responsabilidade civil ou pressupostos negativos da indemnização civil(42).

Embora estas causas de exclusão não resultem de forma expressa do Regime, emergem do tratamento harmonioso da responsabilidade civil no contexto da unidade de todo o ordenamento jurídico(43).

Estas causas podem incidir sobre a *ilicitude*, nomeadamente, quando (*i*) o servidor público esteja perante o cumprimento de um dever, (*ii*) o ser-

---

(42) Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos*…, p. 56.

(43) No contexto português, ver Paulo Otero, "Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da administração pública por facto ilícito", *in* Jorge Miranda (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 965, ss.

vidor público esteja perante estado de necessidade, (*iii*) haja consentimento do lesado e (*iv*) o servidor público esteja a atuar em legítima defesa(44). Posto isto, e apesar da não verificação do requisito ilicitude, pode ocorrer responsabilidade civil por facto lícito(45).

Face ao tema que nos ocupa, um dos aspetos a ter em particular atenção é o relativo ao *estado de necessidade objetivo* uma vez que este exclui a ilicitude(46). Os limites estabelecidos para o *estado de necessidade objetivo* — o servidor púbico que aja em estado de necessidade só está legitimado a atuar nos limites da necessidade pública — revelam que logo que tal limite seja ultrapassado se estará perante um excesso, podendo o Estado e o servidor responder por esse excesso.

As causas liberatórias de responsabilidade civil podem incidir ainda sobre o requisito *culpa*, como sejam: (*i*) erro desculpável ou (*ii*) estado de necessidade desculpante. Porém, face ao carácter cada vez menos impressivo do requisito culpa, estas duas últimas causas de exclusão tornam-se menos relevantes, podendo implicar, em algumas situações, a apurar caso a caso, a irresponsabilidade do servidor público, mas não a do Estado(47).

Pode ainda verificar-se alguma causa de exclusão da causalidade(48). Começamos pela figura da *culpa do lesado* que, na nossa opinião, expressa um princípio de autorresponsabilidade (processual, procedimental e substantiva) e de não inculpação de outrem pelos danos causados a si próprio — que se revela num princípio de concorrência dos comportamentos danosos, a que o juiz terá de atender para efeitos de identificação do património responsável (público e/ou privado). Por outras palavras, a conduta do lesado surge como um ónus para o lesado e uma válvula geral de escape para o sistema, de modo a permitir a consideração de todos os comportamentos (justificadores de indemnização) na justiça a arbitrar no caso concreto(49).

A *culpa* (conduta danosa) *do lesado* está prevista no art. 4.º do Regime. A terminologia usada pelo legislador é infeliz(50) não só dada a cada vez menor utilidade prática do conceito de culpa, como pela perda de

---

(44) Michel Paillet, *La responsabilité administrative*, Paris: Dalloz, 1996, pp. 47-54.

(45) Paulo Otero, "Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual…", p. 965.

(46) Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos…*, p. 252, Diogo Freitas do Amaral/Maria da Glória F. P. D. Garcia, "O estado de necessidade…", p. 493.

(47) Rebelo de Sousa/Salgado Matos, *Responsabilidade civil administrativa…,* p. 21, ss.

(48) Paulo Otero, "Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual…", p. 981, ss.

(49) Já anteriormente, ver Ricardo Pedro, *Estudos sobre Administração da Justiça…,* p. 31, ss.

(50) Sobre a multiplicidade de terminologias, ver José Carlos Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual,* Coimbra: Almedina, 1997, p. 81, ss.

peso deste conceito no direito público — que, segundo nos parece, assim como a outra doutrina, se coaduna melhor, em muitas situações, com *standards* de funcionamento(51). O Regime inclui esta figura nas disposições gerais — pelo que se deverá aplicar a todas as modalidades de responsabilidade/indemnização pública extracontratual aí previstas. De acordo com alguma doutrina, este regime encontra a sua *atividade privilegiada* na função administrativa(52).

Nesta função teria aplicação mais frequente na responsabilidade por condutas ilícitas. Pode ainda, de acordo com o disposto no art. 11.º, n.º 1 do Regime, aplicar-se à responsabilidade pelo risco (embora a letra do preceito não o diga expressamente, em muitas situações pode estar-se já perante uma conduta *perigosa* do lesado). Por fim, poderá ainda aplicar-se à indemnização pelo sacrifício(53).

A conduta do lesado surge como um conceito amplíssimo, que vai além da adequada reação jurisdicional (seja cautelar ou definitiva e urgente ou normal), incluindo a reação adequada para a evitação de danos, nomeadamente, por condutas materiais(54). Esta conduta do lesado, culposa (e perigosa) deve ter concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, ou seja, terá de ser causa adequada da produção/agravamento de danos. Perante a emergência, por um lado, de danos e, por outro, da *encruzilhada de comportamentos culposos,* o juiz terá de ponderar, ao abrigo do critério da gravidade das culpas (negligência, culpa grave e dolo) de ambas as partes e das consequências que delas tenham resultado, que indemnização é devida ao lesado, desvendando-se três cenários: reparação integral, redução parcial e exclusão.

Ainda sob o desígnio da exclusão da causalidade emerge a figura da *força maior ("damnum fatale")* que, apesar de expressamente prevista no art. 11.º, n.º 1, do Regime, a propósito da responsabilidade civil pelo perigo, se deve estender também à responsabilidade civil por facto ilícito(55). Como será fácil de perceber, a força maior é uma das causas de exclusão de

---

(51) José Carlos Vieira de Andrade, "A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3951, julho/agosto de 2008, p. 366.

(52) Carla Amado Gomes, "A *culpa* (ou a *conduta*?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto", *Revista do Ministério Público,* n.º 139, julho/setembro de 2014, p. 12.

(53) Carla Amado Gomes, "A *culpa* (ou a *conduta*?) do lesado…", pp. 26-28.

(54) Filipa Calvão, "Anotação ao artigo 4.º", *in Comentário ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 107-109.

(55) Paulo Otero, "Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual…", p. 981, ss.

indemnização que surge frequentemente em contextos de excecionalidade. Apesar de o Regime não lhe fazer referência geral, a verdade é que a figura não é desconhecida do ordenamento jurídico angolano a propósito da responsabilidade civil, como se pode recortar dos arts. 505.º e 509.º, n.º 2(56), do Código Civil. Assim, como é admitida expressamente em sede de responsabilidade civil pública em outros ordenamentos jurídicos(57).

No âmbito da indemnização civil pública o efeito da força maior é no sentido de não serem indemnizáveis os danos decorrentes de eventos ou circunstâncias que não poderiam ter sido previstos ou evitados de acordo com o estado da ciência ou técnica existente no momento da produção daqueles. Numa síntese, *estaria em causa um evento imprevisível e inevitável provocado por uma causa que escapa à esfera de ação do agente em questão*. Esta exclusão de indemnização seria justificada pelo facto de que, nesses contextos, se poder considerar que os danos não foram realmente causados pela atuação de serviços públicos — que escapam ao controlo humano —, mas pelo facto que constitui força maior(58).

6. Conclusões

Os contextos de excecionalidade fática tendem a reivindicar um regime de excecionalidade jurídica — exemplo recente disso encontra-se nas medidas jurídicas de exceção adotadas em vários países no contexto de Covid-19. Caso as referidas medidas públicas causem danos, coloca-se a questão do dever público de indemnizar. A este propósito assume especial relevância o novo regime de estado de necessidade administrativa previsto pelo legislador angolano e ainda algumas modalidades da indemnização pública também recentemente previstas.

A noção legal de estado de necessidade administrativa prevista no art. 15.º, número 1 do CPA, para além de outros elementos, impõe que o

---

(56) De acordo com este artigo *"considera-se de força maior toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa"*.

(57) Daniel Cuadrado Zuloaga, "Fuerza mayor como causa eximente de la responsabilidad patrimonial", *Actualidad administrativa*, n.º 19, 2005, pp. 2380-2392; Concepción Barrero Rodríguez, Fuerza mayor y responsabilidad administrativa extracontractual, Navarra: Aranzadi, 2009, *passim*.

(58) Cf. Gabriel Domenech Pascual, "Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid 19", *El cronista del Estado Social y de Derecho*, n.os 86/87, Marzo/Abril 2020: Corona vírus y otros problemas…, p. 105, disponível em: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-número-86-87-Coronavirus.pdf>, consultado em 1.11.2022.

estado de necessidade vise "evitar danos maiores". No âmbito da admissibilidade de indemnização de eventuais danos causados em contexto de estado de necessidade, tal como admitido no número 2 da referida norma, deve sublinhar-se que, à luz das regras gerais de distribuição do ónus da prova, caberá ao ente público alegar e provar que tais danos ocorreram ao obrigo do estado de necessidade administrativa o que se poderá tornar difícil nas situações em que não haja evidências concretas dos danos maiores a evitar.

É também de sublinhar que o art. 16.º, n.º 2 do Regime que regula o dever público de indemnizar em contexto de estado de necessidade administrativa não qualifica os tipos de danos indemnizáveis, ficando a dúvida sobre quais os danos indemnizáveis, isto é, todos ou apenas os que afetem uma pessoa ou um grupo de pessoas e apenas os que assumam certa gravidade? Apesar da falta de distinção legal, se tivermos em conta a teoria geral da indemnização pelo sacrifício, será de defender que apenas os danos especiais e anormais devem ser objetos de indemnização por via da figura da indemnização pelo sacrifício.

Apesar do referido, caso se verifique ilicitude, desde logo, violadora do estado de necessidade administrativa nada impede que entre em cena a responsabilidade civil por facto ilícito e que poderá dar cobertura a todo o tipo de danos.

Por fim, só haverá lugar a indemnização pública em estado de necessidade se não se verificar nenhuma causa de exclusão do dever de indemnizar.

PLURIEMPREGO E EXCLUSIVIDADE NO CONTRATO DE TRABALHO

Pela Doutora Sónia Santos Viana(*)

Sumário:

1. Liberdade de trabalho. 2. Restrições legais e convencionais. 3. Deveres laborais. 4. Cláusulas contratuais de limitação. 5. Pacto de exclusividade. 5.1. Âmbito. **5.2.** Fundamento e forma. **5.3.** Compensação e duração. **5.4.** Revogação e incumprimento. **Conclusão.**

Resumo: A liberdade de trabalho tem consagração constitucional e daí resulta o direito do trabalhador ao pluriemprego, muito embora existam restrições decorrentes do interesse legítimo do empregador, também constitucionalmente previsto no âmbito da liberdade empresarial, manifestadas nos deveres legalmente estabelecidos a que o trabalhador fica adstrito com a celebração do contrato de trabalho, com destaque para a lealdade, abrangendo sigilo e não concorrência e, nas cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, como o pacto de permanência, o pacto de não concorrência e o pacto de exclusividade, que sendo admissível com base no princípio da limitação voluntária dos direitos de personalidade, obedecerá a rigorosos pressupostos de ordem material e formal, incluindo o ressarcimento do trabalhador e a possibilidade da sua livre desvinculação, operando a restrição do direito do trabalhador, apenas na estrita medida necessária, para acautelar o direito do empregador.

Palavras-chave: liberdade de trabalho, pluriemprego, pacto de exclusividade, dever de lealdade.

(*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

1. Liberdade de trabalho([1])

A liberdade de trabalho assume-se como fundamental no ordenamento jurídico-laboral, com tutela legal constitucional, prevendo o art. 47.º da CRP, no âmbito da liberdade de escolha de profissão, que todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade([2]) e o art. 58.º da CRP, que todos têm direito ao trabalho, incumbindo ao Estado, para assegurar este direito, promover a execução de políticas de pleno emprego, a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais e a formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores, sendo o princípio geral o de que o trabalhador tem o direito, a liberdade, a garantia, de celebrar vários contratos de trabalho([3]), e não impende sobre si o dever, a obrigação, de exclusividade, de vínculo laboral com um único empregador([4]), não se encontrando sequer adstrito a comunicar o duplo emprego ou o pluriemprego a cada um dos empregadores, privilegiando-se o livre acesso ao emprego, no âmbito da autonomia privada de cada trabalhador.

([1]) Lista de Abreviaturas: CC: Código Civil; CRP: Constituição da República Portuguesa; CT: Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro; STJ: Supremo Tribunal de Justiça; TRP: Tribunal da Relação do Porto.

([2]) Bernardo da Gama Lobo Xavier e Outros, *Manual de Direito do Trabalho,* Lisboa: Verbo, 2011, p. 601: "A liberdade de trabalho possui também expressão constitucional: «todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho» (art. 47.º, 1, da CRP)".

([3]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática Básica e Princípios Gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho* (reimpressão), Coimbra: Almedina, 1999, p. 549: "Assim, seja ao abrigo da liberdade de emprego, seja simplesmente nos termos das liberdades mais gerais consagradas nas Constituições modernas, deve entender-se que, em princípio, o trabalhador não perde a legitimidade para exercer outras ocupações profissionais, inclusive recorrendo à celebração de contratos de trabalho laterais".

([4]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, pp. 139 e 140: "(…) pode ou não o trabalhador celebrar outros contratos de trabalho na pendência do primeiro? A maioria da doutrina tem respondido afirmativamente a esta questão. Efetivamente, dois argumentos de peso alicerçam o entendimento de que o trabalhador mantém a legitimidade para a celebração de novos contratos de trabalho na pendência do primeiro: um argumento estrutural e um argumento constitucional. Por um lado, a disponibilidade a que o trabalhador se obriga perante o empregador, com a celebração do contrato de trabalho, não é total, por força dos limites funcionais e temporais da subordinação jurídica. Assim, em princípio, nada impedirá o desempenho de outras atividades pelo trabalhador, ainda que tituladas por um contrato de trabalho, fora daqueles limites. Por outro lado, o princípio constitucional da liberdade de trabalho (art. 58.º, n.º 1 da CRP) obsta à imposição de limites ao trabalhador no acesso ao emprego, independentemente do facto de ele já ser parte num contrato de trabalho. (…) O pluriemprego é assim admissível, como regra geral".

2. Restrições legais e convencionais

A liberdade de trabalho ou de emprego não é ilimitada e existem restrições de variada ordem, desde logo, as decorrentes de disposições legais([5]/[6]), relacionadas com regras deontológicas, de conflito de interesses ou de interesse público, como sucede, por exemplo, com as incompatibilidades e impedimentos, por razões de isenção e imparcialidade, previstas no regime do contrato de trabalho em funções públicas, as quais, em regra, são exercidas em regime de exclusividade, encontrando-se os trabalhadores exclusivamente ao serviço do interesse público, sendo porém permitida a cumulação com outras funções públicas por razões de interesse público e, em casos excecionais, com outras funções ou atividades privadas, que não sejam, concorrentes, similares ou conflituantes, legalmente incompatíveis, desenvolvidas em horário sobreposto, não comprometam a isenção e a imparcialidade e não provoquem prejuízo para o interesse público, mediante autorização prévia da entidade competente, conforme arts. 19.º a 24.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que aprovou a lei geral do trabalho em funções públicas. Numa outra perspetiva, a Lei n.º 54/ /2017, de 14 de julho, que estabeleceu o regime jurídico do contrato de tra-

---

([5]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática Básica e Princípios Gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho,* (reimpressão), Coimbra: Almedina, 1999, p. 550: "Este princípio tem, contudo, limitações. Desde logo, limitações legais: certos preceitos legislativos podem criar incompatibilidades entre o exercício de determinadas profissões, por razões deontológicas ou de simples limpidez no exercício de certas funções. Pense-se, por exemplo, no exercício simultâneo da magistratura e da advocacia. A questão põe-se em saber até que ponto podem ir tais limitações, perante a Constituição. Em abstrato, a resposta parece simples: a liberdade de trabalho só pode ser restringida para acautelar valores constitucionais em concreto mais intensos, e, apenas na medida do necessário. Deveres puramente pragmáticos, a cargo do Estado, não podem justificar a restrição de liberdades: seria o caso da proibição pura e simples de ocupações laterais, como via de prosseguir o pleno emprego. Mas outras regras legais, com relevo para as relativas a condições de trabalho, podem impedir determinadas acumulações".

([6]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, pp. 140 e 141: "(…) Restrições legais: a lei pode estabelecer incompatibilidades entre o exercício de diversas profissões, por razões deontológicas ou de interesse público (…). Contudo, estas restrições devem ser devidamente justificadas, por forma a não contrariarem discricionariamente o princípio constitucional da liberdade de trabalho. Ao nível das restrições legais ao exercício de outra actividade, destaca-se o regime dos trabalhadores e funções públicas (seja em regime de nomeação, seja em regime de contrato de trabalho); que consta actualmente do art. 19.º, ss. da LGTFP: de acordo com este regime, há um conjunto de incompatibilidades legais entre funções públicas e outras funções, sendo as funções públicas desempenhadas, por regra, em regime de exclusividade, pelo que o desempenho de outras actividades pelos trabalhadores tem muitas limitações e carece de autorização. Trata-se, obviamente, de um regime mais limitativo do que o regime dos trabalhadores subordinados comuns, para os quais há, pelo contrário, um princípio geral de liberdade nesta matéria".

balho do praticante desportivo, e no âmbito do qual se verificam motivos específicos de disponibilidade, concentração, produtividade e competitividade profissional, contém também restrições relativas à duração do contrato de trabalho desportivo, que, em regra, não pode ter duração inferior a uma época nem superior a cinco épocas e, prevê ainda que, apesar de serem nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual, pode ser estabelecida por convenção coletiva ou por regulamento federativo, a obrigação de pagamento à anterior entidade empregadora de uma justa compensação a título de promoção ou valorização de um jovem praticante desportivo, por parte da entidade empregadora que com esse praticante venha a celebrar um contrato de trabalho desportivo, após a cessação do anterior, conforme arts 9.º e 19.º, respetivamente([7/8]).

Embora a respetiva admissibilidade seja discutível([9/10]), serão também de considerar as restrições à liberdade de trabalho, estabelecidas por

---

([7]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, p. 274: "Deve assinalar-se a importância das limitações à liberdade de trabalho em alguns contratos de trabalho especiais, com destaque para o contrato de trabalho do praticamente desportivo — nesta matéria, dispõe o art. 19.º da L. n.º 54/2017, de 14 de Julho, sobre as indemnizações de transferência dos desportistas e ainda, indirectamente, o art. 9.º n.º 1 do mesmo diploma, na medida em que se estabelece uma duração mínima para este tipo de contrato de trabalho. Também no que se refere ao contrato de trabalho em funções públicas, a regra é a do desempenho das funções em regime de exclusividade, havendo um regime bastante restritivo de incompatibilidades e apenas podendo ser exercidas outras funções mediante autorização (art. 21.º, ss. da LGTFP)".

([8]) João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 474: "Assim, se nalguns domínios as vantagens e as desvantagens inerentes ao pluriemprego são praticamente abrogáveis, já noutros o que se procura salvaguardar é a principalidade da actividade exercida pelo trabalhador, buscando-se garantir que qualquer outra actividade exercida é sempre acessória e que o foco das suas energias e da sua disponibilidade são concentradas na actividade que entretece o contrato de trabalho, o que se verifica com os desportistas profissionais (…)".

([9]) João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 497: "Admitindo-se, sem prejuízo, que o pacto de exclusividade possa ser objecto de estipulação verbal, parece, contudo, afastada a possibilidade de criação de um dever de exclusividade por instrumento de regulamentação colectiva".

([10]) Joana Vasconcelos, «Sobre a aplicação do art. 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho» *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Lisboa: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 221 e 222: "Num outro plano, o art. 81.º do CC remete a estipulação das cláusulas não típicas de limitação da liberdade de trabalho para o plano das relações individuais, no qual é necessariamente prestado o consentimento do titular do direito e se aferem, caso a caso, não apenas a licitude dos termos ajustados mas também as eventuais expectativas a indemnizar em caso de revogação unilateral. E, nessa medida, obsta à criação por convenção colectiva de obrigações de exclusividade, de sigilo ou afins, que vinculem os trabalhadores por esta abrangidos, perante o respectivo empregador".

via convencional, através de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, celebrados pelas estruturas de representação coletiva dos trabalhadores, *maxime*, convenções coletivas([11]), sendo exigível em qualquer caso, um fundamento objetivo para a limitação à liberdade de trabalho e uma compensação como forma de ressarcimento do trabalhador([12/13]). Mais pacificamente são aceites as limitações individualmente acordadas com o trabalhador, com base na limitação voluntária dos seus direitos, através dos pactos ou cláusulas de exclusividade (que poderão constar do próprio contrato de trabalho), em geral consideradas admissíveis, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. Podemos, assim, considerar a existência de restrições explícitas e implícitas, à liberdade de trabalho ou, ao princípio do pluriemprego, conforme sejam decorrentes de disposições legais, das convenções coletivas, dos contratos de trabalho, dos pactos de exclusividade ou dos deveres legalmente decorrentes da celebração do contrato de trabalho([14]).

([11]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 421: "Nada obsta, à partida, a que um trabalhador tenha mais do que um contrato de trabalho com diferentes empregadores. Em princípio, tais contratos são válidos, desde logo em consonância com o princípio constitucional da liberdade de trabalho (art. 58.º n.º 1 da CRP), e ressalvadas as limitações impostas pelo dever de não concorrência [art. 121.º n.º 1, *e*) do CT], eventuais restrições decorrentes de regras legais de incompatibilidades, e ainda limitações com origem em instrumento de regulamentação colectiva do trabalho ou no próprio contrato de trabalho (com destaque para os pactos de exclusividade ou de limitação da liberdade de trabalho em determinado sector de actividade)".

([12]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática Básica e Princípios Gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho,* (reimpressão), Coimbra: Almedina, 1999, p. 550: "O desenvolvimento de actividades laterais pode ser restringido por convenção colectiva, por convenção específica ou, ainda, pelo próprio contrato de trabalho. A convenção colectiva pode vedar certas actividades laterais remuneradas — incluindo a celebração de contratos de trabalho — quando assim prossiga valores em concreto mais intensos do que a liberdade das pessoas. Além disso, terá de oferecer contrapartidas adequadas, sob pena de estabelecer um regime menos favorável, perdendo aplicação".

([13]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, p. 140: "(…) Restrições convencionais: alguns instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho vedam o desempenho de atividades secundárias remuneradas; estas restrições só são, contudo, de admitir quando devidamente justificadas e devem ser acompanhadas de contrapartidas financeiras adequadas".

([14]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, p. 140: "A admissibilidade de princípio do pluriemprego deve, todavia, compaginar-se com restrições de vária ordem. Estas restrições são explícitas ou implícitas, consoante sejam cominadas directamente na lei, sejam estabelecidas em instrumento de regulamentação coletiva do trabalho ou no próprio contrato de trabalho, ou decorram dos deveres do trabalhador".

3. Deveres laborais

O próprio contrato de trabalho, contém em si, limitações ao exercício de outras atividades profissionais, com subordinação jurídica, dependência económica, parasubordinação ou autonomia, por motivos que se prendem com a sua integral e correta execução, designadamente, com o cumprimento dos deveres que foram contratualmente acordados e decorrentes desse vínculo laboral, porquanto desde logo o contrato deve ser rigorosamente cumprido, e o empregador e o trabalhador encontram-se adstritos a deveres contratuais laborais gerais e específicos, por força do regime legal do contrato de trabalho, merecendo aqui destaque o dever de lealdade([15]), na vertente da não concorrência([16]).

Constitui princípio geral de direito civil, ao qual ambas as partes se encontram adstritas no âmbito do vínculo laboral, o pontual cumprimento do contrato, nos termos do art. 406.º, n.º 1 do CC e, ademais, no âmbito do contrato de trabalho, o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé, no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respetivas obrigações, conforme art. 126.º, n.º 1 do CT, assim como, na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, e também na promoção humana, profissional e social do trabalhador, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, tratando-se, em suma, do *dever de cumprimento pontual do contrato*([17]). Ademais, o empregador tem como dever contribuir para a elevação da produtividade e empregabilidade do trabalhador, nomeadamente proporcionando-lhe formação profissional adequada a desenvolver a sua qualificação [art. 127.º, n.º 1, alínea *d*) do CT].

Em particular, sobre o trabalhador impendem as obrigações de comparecer ao serviço com assiduidade e pontualidade, de realizar o trabalho

---

([15]) António Menezes Cordeiro, «Anotação — Concorrência Laboral e justa causa de Despedimento» *in* Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 46, 1986, p. 498: "A «lealdade» visava, então, traduzir a adstrição do trabalhador a uma inteira colaboração em prol da empresa, através do recurso ao contrato de trabalho".

([16]) Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho,* 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, pp. 654 e 655: "Na pendência do contrato de trabalho, nada obsta a que o trabalhador, sem pôr em causa os seus deveres em relação ao empregador, desenvolva uma atividade idêntica ou diversa para outro empregador ou por conta própria. Esta liberdade está, porém, entre outros aspetos, condicionada pelo dever de não concorrência (art. 128.º, n.º 1, al. *f*), CT), Mas não se encontrando violado tal dever, é, em princípio, lícito o pluriemprego, que corresponde a uma vertente da liberdade de trabalho".

([17]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, p. 269: "Os princípios gerais relevantes nesta matéria são o princípio do comprimento pontual dos contratos e o princípio da liberdade de trabalho".

com zelo e diligência e promover ou executar os atos tendentes à melhoria da produtividade da empresa [art. 128.º, n.º 1, alíneas *b*), *c*) e *h*) do CT]. Acrescem as obrigações de cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias, cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho, nomeadamente por intermédio dos representantes dos trabalhadores eleitos para esse fim e cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que decorram de lei ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho [art. 128.º, n.º 1, alíneas *e*), *i*) e *j*) do CT]. Ademais, constitui dever do trabalhador, guardar lealdade([18]) ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência([19]) com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios [alínea *f*) da mesma disposição].

Deste modo, o *dever de trabalho*([20]), incidindo sobre o cumprimento dos deveres contratuais a que, através da previsão legal, o trabalhador se obrigou, por efeito do vínculo laboral com o empregador, constitui um limite imanente do contrato de trabalho ao exercício de outra atividade

---

([18]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática Básica e Princípios Gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho,* (reimpressão), Coimbra: Almedina, 1999, p. 551: "Mas o mesmo efeito [vedar certas actividades laterais do trabalhador] pode resultar, implícito, da simples existência ou do teor concreto do contrato: assim quando a actividade lateral conduza a incumprimentos imperfeitos — incluindo faltas injustificadas e baixa produtividade — ou sempre que ela contunda com o dever de lealdade (…). Este último dever veda, em especial, qualquer actividade lateral do trabalhador que possa redundar numa concorrência em relação ao empregador (…)".

([19]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, pp. 142 e 143: " (…) O dever de lealdade, na sua expressão da não concorrência [128.º, n.º 1, *f*) do CT], veda, por si só e sem necessidade de qualquer disposição legal, convencional ou negocial nesse sentido, o desempenho de uma atividade lateral que possa concorrer com a atividade do empregador (assim, por exemplo, o trabalhador de uma oficina de automóveis que tem também uma pequena oficina, para a qual «atrai» os clientes do seu empregador, invocando que pratica preços mais baixos) (…)".

([20]) Pedro Furtado Martins, «O pluriemprego no direito do trabalho», *in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias* (coord. António Martins Moreira), Coimbra: Almedina, 1999, p. 199: "O exercício simultâneo de actividades profissionais pode ser impedido ou limitado pela própria obrigação de trabalhar em benefício de outrem. Por isso se diz que o limite mais significativo ao exercício de actividades é constituído pelo próprio dever de trabalho. Para além da já referida proibição de exercício de actividades concorrentes com as do empregador, cumpre observar que é vedado ao trabalhador o desempenho de actividades paralelas em condições que possam obstar ao correcto cumprimento do dever de trabalho. É óbvio que o trabalhador não pode desenvolver outra atividade em termos que diretamente impeçam a execução das tarefas que contratualmente está vinculado a realizar junto do empregador com quem primeiro contratou, como sucederá no caso de ambas as actividades serem desenvolvidas ao mesmo tempo".

profissional, aqui relevando a matéria da lealdade, sigilo e não concorrência, produtividade, e segurança e saúde no trabalho, enquanto deveres cujo cumprimento potencialmente pode resultar afetado mediante o exercício de outra atividade profissional, consoante as tarefas desempenhadas requeiram maior confiança e qualificação ou não, havendo ainda que ter em consideração o tempo e o local de trabalho([21]), designadamente a distância entre os locais e o tempo coincidente ou desfasado da respetiva prestação. Ora, o desrespeito destes deveres pelo trabalhador, designadamente por força do exercício de outra atividade profissional, originará incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de trabalho([22]), mas assim não sucedendo, será naturalmente admissível o pluriemprego, enquanto expressão da liberdade de trabalho.

4. Cláusulas contratuais de limitação

No âmbito das cláusulas acessórias do contrato de trabalho, em sede de cláusulas de limitação da liberdade de trabalho encontram-se previstos, o pacto de não concorrência e o pacto de permanência, mas não, o pacto de exclusividade, na pendência da relação laboral([23]). Em particular, quanto à limitação da liberdade de trabalho, o art. 138.º do CT, estabelece que é nulo o acordo entre empregadores, nomeadamente em cláusula de contrato

---

([21]) Abílio Neto, *Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 5.ª ed. actualizada, Lisboa: Ediforum, 2019, p. 340: "O dever de guardar lealdade ao empregador, consagrado genericamente na al. *f*) do n.º 1 deste art. 128.º do CT, não obsta por si só a que o trabalhador exerça cumulativamente a sua actividade profissional ao serviço de um terceiro empregador, não carecendo para tanto de prévia autorização e/ou de dar conhecimento desse facto. Ponto é que não esteja vinculado por uma cláusula de exclusividade e/ou não incorra em concorrência, nem divulgue informações referentes à organização, métodos de produção ou negócio do(s) empregador(es), ou por qualquer forma lese culposamente interesses patrimoniais sérios de um deles".

([22]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, p. 142: "(…) O dever de cumprimento pontual do contrato de trabalho veda, só por si, o desempenho de qualquer atividade lateral que conduza a um cumprimento defeituoso do contrato (por exemplo, uma atividade desenvolvida durante o período de descanso do trabalhador, que se traduza depois na sua falta de assiduidade ou de pontualidade ou ainda na diminuição da sua produtividade no desenvolvimento da atividade principal)".

([23]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, p. 269: "Para além da previsão expressa destes pactos [pacto de não concorrência e pacto de permanência], coloca-se a questão da admissibilidade da aposição da cláusula de não concorrência com o empregador, na vigência do contrato, e dos pactos de exclusividade".

de utilização de trabalho temporário, que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização. O art. 137.º, n.os 1 e 2 do CT, sobre o pacto de permanência, dispõe que as partes podem convencionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional e, que o trabalhador pode desobrigar-se do cumprimento deste acordo mediante pagamento do montante correspondente às despesas nele referidas.

Relativamente ao pacto de não concorrência, o art. 136.º do CT prevê que é nula a cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato([24]) (n.º 1), daqui decorrendo argumento *a contrario* a favor da admissibilidade de cláusula limitativa da liberdade de trabalho na vigência do contrato de trabalho([25]), constante deste ou mesmo prevista em convenção coletiva. No entanto, nos termos desta disposição, é lícita a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos, ou, tratando-se de trabalhador afeto ao exercício de atividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, até ao período de três anos, subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas condições de constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste, tratar-se de atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador e atribuir-se ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profis-

---

([24]) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, pp. 375 e 376: "A admissibilidade jurídica deste tipo de estipulações não tem suporte legal expresso. O art. 136.º/1 CT só fere de nulidade as cláusulas que limitem a liberdade de trabalho após a cessação do contrato. Entretanto, trata-se de uma figura contratual bastante utilizada na prática, e que tem sido juridicamente construída pela jurisprudência".

([25]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, pp. 140 e 141: "(…) Restrições negociais: o contrato de trabalho pode conter uma cláusula de exclusividade ou uma cláusula que vede determinadas atividades laterais na pendência do contrato. Estas cláusulas têm sido admitidas com base num argumento interpretativo *a contrario sensu* do art. 136.º, n.º 1 do CT, que apenas veda a imposição de limites à liberdade de trabalho após a cessação do contrato de trabalho. No entanto, porque estamos perante um direito fundamental do trabalhador, a sua limitação voluntária tem que se restringir ao mínimo possível e deve ser justificada objetivamente, nos termos gerais do art. 18.º da CRP".

sional (n.os 2 e 5); em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em ato ilícito do empregador, a referida compensação é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a limitação da atividade prevista na cláusula de não concorrência (n.º 3); ademais são deduzidas do montante da compensação referida as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra atividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor decorrente da aplicação da regra sobre compensação e respetiva redução equitativa (n.º 4). Admitindo-se o pacto de exclusividade, fará sentido a aplicação analógica das regras aqui previstas, sobre compensação e forma escrita, tendo em vista a proteção do trabalhador.

5. Pacto de exclusividade

O CT, na sua redação anterior, nada previa quanto ao pluriemprego e/ou à exclusividade, não contemplando, designadamente o pacto de exclusividade. Ficou apenas estabelecida, a propósito das férias, a proibição de exercício de outra atividade([26]), sendo que, conforme disposto no art. 247.º, o trabalhador não pode exercer durante as férias qualquer outra atividade remunerada, salvo quando já a exerça cumulativamente ou o empregador o autorize e, em caso de violação desta regra, sem prejuízo da eventual responsabilidade disciplinar do trabalhador, o empregador tem direito a reaver a retribuição correspondente às férias e o respetivo subsídio (podendo proceder a descontos na retribuição, até ao limite de um sexto, em relação a cada um dos períodos de vencimento posteriores), metade dos quais reverte para o serviço responsável pela gestão financeira do orçamento da segurança social. Ademais, é certo que o regime legal do contrato de trabalho subordinado contém várias regras tendo em vista a exclusividade, como as férias, o trabalho suplementar, a definição do horário

([26]) Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, pp. 142 e 143: "Quanto a nós, é ainda este dever [de cumprimento pontual do contrato de trabalho] que justifica a proibição de exercício pelo trabalhador, durante o período de férias, de outra atividade remunerada, salvo se já a vinha exercendo cumulativamente ou se o empregador a isso o autorizar (art. 247.º, n.º 1 do CT) — trata-se, no fundo, e em clara tutela da posição jurídica do empregador no contrato, de evitar que a recuperação física do trabalhador proporcionada pelas férias (que assegura o bom cumprimento do contrato no período subsequente) não seja frustrada pelo desempenho de outra atividade".

de trabalho, entre outras, mas tal não deverá ser entendido como uma exclusão do pluriemprego, que poderia suceder, mas através da celebração de um pacto exclusividade([27]/[28]). O TRP([29]), considerando a celebração de pacto de exclusividade, decidiu que o estabelecimento de uma cláusula de exclusividade, impedindo o alegado prestador de serviços de desenvolver qualquer outra atividade remunerada, por conta própria ou alheia, mesmo que não em concorrência, conjugado com o facto do exercício de funções ocupar o prestador a tempo inteiro, constitui um indício muito relevante para a qualificação jurídica, na medida em que exclui qualquer outra possibilidade da força de trabalho beneficiar da proteção laboral, do mesmo passo que revela uma dependência económica absoluta do alegado prestador.

Conforme disposto no art. 9.º ("Emprego em paralelo"), da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, cuja transposição foi operacionalizada através da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, os Estados-Membros devem garantir que um empregador não proíbe um trabalhador de aceitar um emprego junto de outros empregadores, fora do horário de trabalho estabelecido com o primeiro, nem sujeita um trabalhador a um tratamento desfavorável devido a esse facto (n.º 1) e podem estabelecer condições para o recurso a restrições de incompatibilidade por parte dos empregadores, com base em fundamentos objetivos, como a saúde e segurança, proteção do sigilo comercial, integridade do serviço público ou para evitar conflito de interesses (n.º 2). Nos termos da referida Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, foi aditada ao n.º 1 do art. 129.º do CT, sobre as garantias do trabalhador, a alínea *k*), dispondo

---

([27]) João Leal Amado, *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 382: "Por outro lado, o dever de não concorrência não representa qualquer obstáculo ao pluriemprego do trabalhador. O pluriemprego é admitido, ainda que as normas jurídico-laborais estejam manifestamente pensadas para uma situação de monoatividade do trabalhador, revelando dificuldade de adaptação face aos chamados «pluriactivos» (pense-se, p. ex., nas férias gozadas em períodos desencontrados, nas consequências da modificação do horário de trabalho por decisão patronal ou da exigência de prestação de trabalho suplementar, etc.). Tal obstáculo ao pluriemprego já existirá, contudo, se for clausulado o chamado pacto de exclusividade, proibindo o trabalhador de exercer qualquer outra atividade remunerada na vigência da relação de trabalho".

([28]) Bruna Alexandra Marques Pinto, *O pacto de exclusividade*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, , disponível em *O pacto de exclusividade | Estudo Geral* (<uc.pt>), p. 25: "Ora, sabemos de antemão que a regra no nosso ordenamento jurídico é, justamente, o pluriemprego, não se proibindo o trabalhador de exercer outras atividades remuneradas para lá da "jornada de trabalho", permitindo-se, ao abrigo da autonomia privada, que as partes introduzam a "exceção" e convencionem a obrigação de exclusividade, por via da celebração do pacto".

([29]) Acórdão do TRP, Processo n.º 237/14.5T8MTS.P1, 14-03-2016, disponível em *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto* (<dgsi.pt>).

que é proibido ao empregador obstar a que o trabalhador exerça outra atividade profissional, salvo com base em fundamentos objetivos, designadamente segurança e saúde ou sigilo profissional, ou tratá-lo desfavoravelmente por causa desse exercício, sendo que tal não isenta o trabalhador do dever de lealdade previsto na alínea *f*) do n.º 1 do art. 128.º, nem do disposto em legislação especial quanto a impedimentos e incompatibilidades (n.º 2); constituindo também contraordenação muito grave a violação desta garantia (n.º 3). Ou seja, a alteração legislativa (*i*) não especificou a questão do horário de trabalho, bem como (*ii*) não particularizou as situações de integridade do serviço público e de conflito de interesses.

Deste modo, ficou expressamente consagrada como garantia do trabalhador a possibilidade de exercício de outra atividade profissional, sem que, *a priori*, o empregador a isso se possa opor ou tratar desfavoravelmente o trabalhador por essa razão. Porém, estando em causa motivos objetivos, tais como segurança e saúde e sigilo, o empregador poderá obstar a que o trabalhador exerça outra atividade profissional. Tudo isto, sem prejuízo do dever de lealdade do trabalhador, na vertente do sigilo e da não concorrência e dos impedimentos e incompatibilidades legalmente definidos. Por um lado, apesar de, em termos substantivos, ficar definida a exigência de um fundamento objetivo, como limite à liberdade de trabalho, e à proibição do pluriemprego e imposição da exclusividade de vínculo laboral, não fica prevista qualquer forma ou formalidades para a invocação e demonstração desse fundamento objetivo, o que poderá fomentar a discricionariedade do empregador ao obstar ao exercício de outra atividade profissional e redundar numa maior desproteção do trabalhador, ao invés de constituir uma garantia. Por outro lado, fica a dúvida sobre se esta redação legal, permitirá, ou não, a celebração de pactos de exclusividade, mas cremos que a resposta será afirmativa, na senda do que já antes se vinha entendendo em termos doutrinários, e jurisprudenciais, através de estipulação no contrato de trabalho ou mediante celebração de convenção específica([30]/[31])

([30]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática Básica e Princípios Gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho,* (reimpressão), Coimbra: Almedina, 1999, pp. 550 e 551: "Admite-se, ainda, que as partes possam celebrar uma convenção específica que coloque o trabalhador em situação de exclusividade. Quando o façam, porém, devem ter em conta que se trata de uma restrição voluntária a um direito de personalidade, a menos que se analise numa concretização do dever de lealdade, na sua vertente da não-concorrência (…) Por fim, o próprio contrato de trabalho pode vedar certas actividades laterais do trabalhador. Desde logo, assim será quando uma cláusula expressamente o determine: vale, então, quanto acima foi dito sobre a convenção específica de exclusividade".

([31]) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 375: "Nada parece impedir, em princípio, que seja estipulado entre o empregador e o trabalhador,

com base no instituto da limitação voluntária de direitos do trabalhador(32) previsto no art. 81.º do CC e com restrição da limitação ao necessário para acautelar o interesse do empregador(33), conforme art. 18.º da CRP, considerando-se que, nesse caso, terá também necessariamente que existir um fundamento objetivo, por parte do empregador, que legitime a limitação da liberdade de trabalho do trabalhador. A proibição de pluriemprego e imposição de exclusividade poderá decorrer por mero efeito do contrato de trabalho, por razões designadamente de segurança e saúde e do sigilo profissional, a par do dever de lealdade (que aliás, além da não concorrência, já inclui o sigilo) e das incompatibilidades e impedimentos legais, bastando nesse caso, ao empregador, obstar ao exercício de outra atividade profissional, mas, paralelamente, continuará a ser admitida a celebração de pacto de exclusividade entre o empregador e o trabalhador, com base em fundamentos objetivos, mediante forma escrita e pagamento de uma compensação, entendimento este, que não comprometerá a validade dos pactos de exclusividade anteriormente celebrados, pois já assim era considerado em termos doutrinários e aplicado em termos jurisprudenciais, continuando a ser ilegais e, consequentemente, inválidas, as cláusulas de exclusividade arbitrárias e não formalizadas ou ressarcidas, tendo como único objetivo garantir, injustificadamente, uma disponibilidade ilimitada do trabalhador?

Cremos que, esta alteração legislativa, por força da redação da alínea *k*) aditada ao n.º 1 do art. 129.º do CT, introduzirá mais dúvidas do

---

para vigorar durante o período em que estejam contratualmente vinculados, a interdição do exercício paralelo da actividade profissional ao serviço de outra entidade. É o que se designa por "cláusula de exclusividade". No fundo, trata-se da assunção, pelo trabalhador, de um compromisso da não cumulação de empregos, ou de não exercício de actividades complementares ao serviço de outras entidades".

(32) Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho,* 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 655: "O pacto de exclusividade, à imagem dos pactos de não concorrência e de permanência, constitui uma limitação voluntária dos direitos de personalidade do trabalhador, pelo que, sendo legal, é sempre revogável, devendo o empregador ser indemnizado (art. 81.º, n.º 2, CC)".

(33) Bruna Alexandra Marques Pinto, *O pacto de exclusividade*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, , disponível em *O pacto de exclusividade | Estudo Geral* (<uc.pt>), pp. 20 e 99: "Do exposto, concluímos pela conformidade constitucional do pacto de exclusividade com a liberdade de trabalho que é assegurada ao trabalhador, não devendo considerar-se tal limitação à liberdade de trabalho "constitucionalmente intolerável", desde que as partes não possam desnutri-la, devendo reconhecer-se um *minimum* da liberdade de trabalho, um perímetro segundo o qual, o empregador não possa suprimir por via do pacto de exclusividade, procedendo-se a um juízo de proporcionalidade". (…) "Neste contexto, o núcleo de atividades proibidas, com a celebração do pacto, ao trabalhador, deve constituir a menor limitação possível aos seus direitos fundamentais, não logrando que o pacto de exclusividade possa afetar o núcleo mínimo essencial da liberdade de trabalho ou desrespeitar a realização pessoal do trabalhador, abrangendo atividades recreativas e/ou o trabalho voluntário".

que definirá soluções. Porventura, teria sido preferível uma redação mais clarificadora, tal como a adotada no âmbito do estatuto dos profissionais da área da cultura, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 105/2021, de 29 de novembro, que nos termos do 15.º ("Pluriemprego e regime de exclusividade")([34]), estabelece que é admitido o pluriemprego, salvo se as partes estabelecerem, por escrito, que o trabalhador realiza a sua atividade em exclusivo para um único empregador, mediante a fixação de uma compensação adequada para a prestação do trabalho em regime de exclusividade (n.º 1) e, quando não exista acordo de exclusividade, os trabalhadores podem celebrar contratos simultâneos com mais de um empregador, desde que o cumprimento do objeto dos diferentes contratos não seja incompatível por razão de horário, localização geográfica ou profissional, devendo ser respeitados os deveres que não pressupõem a prestação da atividade laboral (n.º 2) — ou seja, é fixado (*i*) o princípio geral do pluriemprego, desde que seja compatível o cumprimento dos vários contratos, em termos profissionais, de horário de trabalho e localização geográfica e, paralelamente, (*ii*) a admissibilidade do regime de exclusividade, mediante a observância de forma escrita e o pagamento de uma compensação, tal como sucede em relação ao pacto de não concorrência previsto no CT.

5.1. Âmbito

O pacto de exclusividade assume um âmbito mais alargado que o dever de não concorrência([35]) e o dever de sigilo, ou seja, consubstancia a vinculação do trabalhador a algo mais que o dever de lealdade, na sua dupla vertente de não concorrência e sigilo, e que o próprio dever de cumprimento do contrato de trabalho, materializado nos restantes deveres laborais do trabalhador, designadamente produtividade e segurança e

---

([34]) Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 391: "Finalmente, constitui igualmente uma cláusula de limitação da liberdade de trabalho o pacto de exclusividade, o qual, embora frequente não se encontra regulado no Código, surgindo-nos, no entanto, previsto no art. 11.º, n.º 5, do RCTPE, relativamente ao contrato de trabalho de profissionais de espetáculo e audiovisual".

([35]) Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 391: "O pacto de exclusividade implica a proibição de o trabalhador exercer qualquer outra actividade remunerada na vigência da relação de trabalho, constituindo assim um *plus* face ao dever de não concorrência que apenas proíbe o exercício de actividade concorrente [art. 128.º, n.º 1 *f*)]".

saúde no trabalho. Se assim não fosse, nenhuma utilidade teria a cláusula de exclusividade inserida no contrato de trabalho ou em convenção autónoma firmada pelo empregador e trabalhador e constituiria apenas o reforço de deveres legais decorrentes do contrato de trabalho([36]); no entanto, é configurável que a cláusula de exclusividade possa ter a função concretizadora do dever de lealdade, nomeadamente, do dever de não concorrência([37]) ou de outro dever decorrente do contrato de trabalho, sigilo, produtividade ou segurança e saúde, por exemplo, alcançando-se assim uma maior segurança e certeza na sua aplicação, embora em bom rigor, nesses casos, o pacto de exclusividade se afigure desnecessário([38]). Isto, sem prejuízo de a cláusula de exclusividade ser válida apenas como complemento, nomeadamente, do dever de lealdade, nos casos em que não se verifiquem os pressupostos materiais e formais do pacto de exclusividade. Em particular, sobre a obrigação de exclusividade e o dever de não concorrência, o STJ([39]) decidiu que a possibilidade de, no contrato de trabalho, se estipular, por escrito, a obrigação de o trabalhador não exercer, no período máximo de dois anos subsequentes à cessação do contrato, atividade cujo exercício possa efetivamente causar prejuízo ao empregador, com a atribuição ao trabalhador de uma compensação adequada durante o período convencionado, consignada no CT, não viola o princípio da liberdade de

---

([36]) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 376: "Há, desde logo, que considerar a hipótese de a exclusividade ser estipulada como garantia da abstenção de concorrência, em empresas e sectores mais sensíveis sob esse ponto de vista. Mas, nesse caso, tal estipulação constituirá mero reforço ou reiteração do dever de abstenção de concorrência, pelo que não oferecerá dúvidas quanto à sua legalidade".

([37]) Pedro Furtado Martins, «O pluriemprego no direito do trabalho», *in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias* (coord. António Martins Moreira), Coimbra: Almedina, 1999, p. 202: "Em alguns casos, tais convenções têm como objecto a não prestação de um trabalho de natureza idêntica ou equivalente àquele que o trabalhador se comprometeu a executar junto do respectivo empregador, ou ainda a abstenção da prestação de qualquer trabalho para entidades que prossigam actividades concorrentes com as da entidade patronal. Nestas hipóteses, os pactos de exclusividade são, no fundo, acordos de não-concorrência, estabelecidos para vigorar durante a vigência da relação de trabalho. A sua função consiste, essencialmente, em definir o alcance e assegurar o cumprimento do dever de não concorrência que impende sobre o trabalhador".

([38]) João Zenha Martins, *Os pactos de exclusividade no ordenamento laboral português: alguma notas*, disponível em <https://docplayer.com.br/49732259-Os-pactos-de-exclusividade-no-ordenamento-laboral-portugues-algumas-notas.html>, p. 30: "Em todo o caso, sendo múltiplas as feições que estes pactos apresentam na prática negocial corrente, só muito remotamente um pacto de exclusividade poderá ser configurado como um instrumento que densifica o dever de não concorrência por parte do trabalhador, uma vez que este dever, sendo um afloramento do dever de lealdade, encontra-se legalmente consagrado com uma amplitude tal que torna desnecessária qualquer previsão convencional destinada à sua densificação".

([39]) Acórdão do STJ, Processo n.º 0920625, 10/12/2009, disponível em *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

trabalho consagrado no art. 47.º, n.º 1, da CRP e que a obrigação de exclusividade, eventualmente, consignada em cláusula acessória do contrato de trabalho, se referida a atividades concorrentes com a do empregador, não releva com autonomia, na perspetiva de restrição à liberdade de trabalho, por se tratar de obrigação inerente à relação laboral, por força do disposto na alínea *e*) do n.º 1 do art. 121.º do Código do Trabalho de 2003, como afloramento do dever geral de lealdade. Noutra decisão, o STJ(40) considerou "De novo, não há nenhum facto provado a falar de exclusividade, e a nosso ver não pode pedir-se a um trabalhador a lealdade de não ir trabalhar para um concorrente em acumulação, quando o seu nível de ocupação (quer em tempo, quer em qualidade) é diminuto e quando, objetivamente, o seu nível de retribuição é insuficiente para suportar o custo de vida segundo o padrão normal dum professor doutorado com 18 anos de trabalho. (…) «Não deve confundir-se o dever de não concorrência (que decorre da lei e vigora na pendência do contrato de trabalho) com o pacto de não concorrência (que visa limitar a atividade do trabalhador durante certo período temporal subsequente à cessação do contrato). Tal como não deve confundir-se, por outro lado, o dever de não concorrência com o pacto de exclusividade (que proíbe o trabalhador de exercer qualquer outra atividade remunerada na vigência da relação de trabalho, tratando-se, assim, como de um *plus* face ao dever de não concorrência)» — cf. João Leal Amado. Na verdade, «não tendo sido estipulada uma cláusula de exclusividade, como a autonomia privada não foi coartada, o trabalhador pode prestar serviços a mais de um empregador, sem que isso só por si represente uma violação do dever de concorrência» — cf. Pedro Romano Martinez".

Porém, o pacto de exclusividade implica a restrição de uma liberdade fundamental, que é a liberdade de trabalho e por isso urge definir com precisão, os limites, a que necessariamente se encontrará sujeito(41). Numa primeira linha, conforme já ficou exposto, a restrição à liberdade de trabalho deverá limitar-se ao necessário, adequado e proporcional para salvaguardar o interesse do empregador, conforme imposto pelo n.º 2 do art. 18.º da CRP(42), e, tratando-se de uma limitação voluntária dos direitos

---

(40) Acórdão do STJ, Processo n.º 500/13.2TTPRT.P1.S2, 11/02/2015, disponível em *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

(41) João Leal Amado, *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, pp. 382 e 383: "Trata-se aqui de um pacto que se perfila como um *plus* face ao dever de não concorrência (dado que este apenas proíbe o exercício de atividade concorrente), o qual, não encontrando guarida no CT e analisando-se numa séria limitação da liberdade de trabalho, não pode deixar de suscitar muitas cautelas quanto aos termos da sua admissibilidade".

(42) Rita Robalo Almeida, *A importância da cláusula de exclusividade na delimitação dos con-*

de personalidade, deverá ser conforme com a lei, a ordem pública e os bons costumes, sob pena de nulidade, de acordo com o n.º 1 do art. 81.º do CC([43]), regendo-se pelo princípio geral da boa fé([44]). Numa segunda linha, que se partilha, é defensável a aplicação analógica das condições legalmente previstas para o pacto de não concorrência([45]) após a cessação do contrato de trabalho, designadamente tratar-se de uma atividade suscetível de causar prejuízo ao empregador e, portanto, que esteja em causa um inte-

---

tratos subordinados e contratos de prestação de serviços, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, disponível em <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37457>, p. 46: "Com efeito, e atentando no princípio da proporcionalidade, o trabalhador apenas poderá/deverá ser impedido de exercer outras actividades quando tal se mostre absolutamente necessário à prossecução e protecção dos interesses da entidade empregadora, os quais deverão ser, sempre, tal como anteriormente explanado, idoneamente comprovados pelo empregador".

([43]) Joana Vasconcelos, «Sobre a aplicação do art. 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho» *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Lisboa: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 220 e 221: "A aplicação do art. 81.º, n.º 1, do CC às cláusulas não típicas de limitação da liberdade de trabalho — como as de exclusividade e as de sigilo (ou confidencialidade), supra caracterizadas — traduz-se na sua admissibilidade de princípio, verificadas certas condições impostas pela necessária conformidade com a lei, a ordem pública e os bons costumes. De entre estas, cabe destacar a explicitação, através da enumeração ou da definição de um critério, das actividades vedadas ao trabalhador, na cláusula de exclusividade, ou das informações confidenciais, na de sigilo, não sendo lícita, por contrariar tais limites, uma proibição ou uma reserva total e absoluta. E, bem assim, a atribuição ao trabalhador de uma compensação adequada à limitação de actividade estipulada através da cláusula de exclusividade e, sendo o caso, da cláusula de sigilo, a qual é imposta pelo requisito da não contrariedade à ordem pública e confirmada pelos lugares paralelos dos arts. 136.º e 137.º do CT. Porque, tal como supra se assinalou, subjaz ao art. 81.º do CC uma opção no sentido de permitir latamente as composições de interesses nele versadas, submetendo-as a um mínimo de limitações e cometendo a sua modelação à autonomia privada, não constituem requisitos da lícita estipulação de cláusulas não típicas de limitação da liberdade de trabalho, quer a explicitação do interesse do empregador visado, quer a sua sujeição a um prazo máximo".

([44]) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, pp. 375 e 377: "Por um lado, estas estipulações abrigam-se na liberdade contratual, uma vez que não existe disposição legal que especificamente as impeça. Por outro lado, trata-se de uma forma de limitação da liberdade de trabalho, que pode ser legitimada por relevantes e atendíveis interesses do empregador, mas que deve conter-se dentro dos limites da razoabilidade e do respeito pelos direitos fundamentais do trabalhador. (…) Na apreciação da legitimidade deste tipo de cláusulas há, assim, que ter em conta o quadro de implicações do princípio da boa-fé na execução do contrato, o respeito pela liberdade de trabalho e a legítima pretensão, por parte de quem vive do seu trabalho, de aplicar variada e proveitosamente as aptidões profissionais de que dispõe, sendo, como se disse, exigível a demonstração da existência de um interesse do empregador que seja relevante e digno de proteção".

([45]) Pedro Furtado Martins, «O pluriemprego no direito do trabalho», *in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias* (coord. António Martins Moreira), Coimbra: Almedina, 1999, p. 204: "Pela nossa parte, pensamos que os pactos de exclusividade celebrados para vigorar na constância da relação de trabalho serão, em princípio válidos, ainda que se lhes devam aplicar algumas restrições nomeadamente as que decorrem dos princípios gerais e da aplicação analógica das regras vigentes para as limitações de concorrência pós-eficazes".

resse legítimo deste, e ainda, a atribuição de uma compensação durante o período de limitação da atividade, para além, da observância da forma escrita e de uma duração máxima. A cláusula de exclusividade poderá ser mais ou menos restritiva, podendo inclusivamente surgir a figura dos *pactos de semi-exclusividade*(46) que, no entanto, ficam sujeitos aos mesmos pressupostos e consequências, apesar de não configurarem pactos de exclusividade em sentido próprio; mas, a cláusula de exclusividade não poderá ser tão ampla, que proíba o exercício de toda e qualquer atividade profissional(47), independentemente da alegação e demonstração de um fundamento, do interesse do empregador, da função assumida ou da tarefa desempenhada pelo trabalhador, da localização geográfica, do tempo de exercício e do tipo contratual em causa, pois nesse caso, ficará colocada em causa a validade da própria cláusula, atenta desde logo a indeterminabilidade do respetivo objeto. Analisemos seguidamente, os requisitos materiais e formais, condições e efeitos do pacto de exclusividade de modo a concretizar o seu âmbito de aplicação.

5.2. Fundamento e forma

O acordo de exclusividade celebrado entre o trabalhador e o empregador, constituindo uma restrição à liberdade de trabalho, pressupõe necessariamente um interesse objetivo, sério, real e fundamentado do empregador(48), alicerçado num prejuízo efetivo ou potencial, e não ape-

---

(46) João Zenha Martins, *Os pactos de exclusividade no ordenamento laboral português: alguma notas*, disponível em <https://docplayer.com.br/49732259-Os-pactos-de-exclusividade-no-ordenamento-laboral-portugues-algumas-notas.html>, p. 17: "Assim, se o facto de não se tratar de uma exclusividade *proprio sensu* não implica a falta de recondução destes pactos aos requisitos exigíveis para os pactos de exclusividade — argumento *ad maioris ad minus*, que legitima uma espécie de pactos de semi-exclusividade —, está-se, em rigor, perante pactos de proibição de outras atividades. Em ilustração: a proibição convencional de exercício de qualquer atividade na localidade em que o trabalhador exerce funções, permitindo que o trabalhador exerça atividades fora desse perímetro, é reconduzível à *factis species* dos pactos de exclusividade, não obstante as margens relativas ao desenvolvimento de outras atividades laborais".

(47) Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 630 e 631: "Trata-se de cláusulas [de exclusividade] que tipicamente proíbem ao trabalhador toda e qualquer actividade profissional durante a vigência do contrato e, portanto, tanto actividades concorrentes, como não concorrentes com a do seu empregador".

(48) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 377: "Enquanto instrumento de limitação da liberdade de trabalho, a cláusula de exclusividade só pode considerar-se legítima se tiver subjacente um real e efectivo interesse do empregador (…) não motivações arbitrárias ou inconsistentes como uma mera afirmação do domínio do empregador sobre

nas no propósito imotivado do reforço da disponibilidade, produtividade e lealdade, por parte do trabalhador, porquanto estes valores já se encontram acautelados pelo princípio do cumprimento do contrato, *maxime,* mediante a observância dos deveres que a lei impõe ao trabalhador, por efeito da celebração do contrato de trabalho. Deverão ser ponderados, para fundamentação do interesse do empregador, o prejuízo que o exercício da outra atividade pelo trabalhador lhe possa causar, em moldes semelhantes aos previstos para o pacto de não concorrência e, concretamente, o objeto social e a atividade económica do empregador, a organização empresarial, a atividade profissional e as funções desempenhadas pelo trabalhador, o local e tempo de exercício da atividade e ainda o tipo de vínculo contratual em causa. No caso de os pressupostos substantivos não se encontrarem verificados, a cláusula de exclusividade não será lícita enquanto tal, mas eventualmente apenas como consolidação de outros deveres decorrentes do contrato de trabalho, nomeadamente, o dever de não concorrência, no âmbito do dever de lealdade. De resto, o ónus da prova do interesse legítimo impende sobre o empregador([49]). É certo que existem interesses empresariais, económicos, comerciais, financeiros, muito diversificados, que poderão ser invocados como fundamento do pacto de exclusividade([50]), e em algumas situações poderá estar em causa simplesmente a

---

a pessoa do trabalhador (…) É preciso que, sob o ponto de vista do funcionamento e da economia da empresa, a exclusividade corresponda a uma necessidade objectiva suficientemente forte para que se sobreponha à plena liberdade de trabalho, ou seja, à liberdade de escolha do trabalhador quanto ao seu uso do tempo deixado livre pelo contrato".

([49]) João Zenha Martins, *Os pactos de exclusividade no ordenamento laboral português: alguma notas*, disponível em <https://docplayer.com.br/49732259-Os-pactos-de-exclusividade-no-ordenamento-laboral-portugues-algumas-notas.html>, p. 9: "Estando-se diante de um acordo de limitação à liberdade de trabalho, a inexistência de uma presunção legal e a necessidade de o empregador ter de alegar e fazer prova da legitimidade dos interesses tutelados com o pacto justifica-se em função da convocação de um direito fundamental e louva-se na necessidade de evitar a aplicação irrestrita de pactos que, limitando a liberdade de trabalho, suscitam uma fundamentação idêntica à exigida pelo art. 18.º da CRP para as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, enquadramento que, ao cabo e ao resto, e à semelhança do que se verifica também com os pactos de não concorrência, se congraça com o princípio, mais vasto, de que «se o empregador se faz valer de um motivo para poder apor uma determinada cláusula tem que o provar»".

([50]) João Zenha Martins, *Os pactos de exclusividade no ordenamento laboral português: alguma notas*, disponível em <https://docplayer.com.br/49732259-Os-pactos-de-exclusividade-no-ordenamento-laboral-portugues-algumas-notas.html>, pp. 8 e 9: "Cuidando-se de encontrar justificação para o acordo na proteção na vulneração potencial de interesses comerciais ou financeiros do empregador ou na penosidade, especial sensibilidade, responsabilidade, complexidade, disponibilidade ou perigo que a atividade desenvolvida pelo trabalhador representa, será o empregador quem tem de provar que a dispersão por outras atividades põe em risco o desempenho profissional do trabalhador ou que, na falta de proibição legal, o exercício de outras atividades potencia dependências profissionais, económicas e financeiras suscetíveis de comprometer os requisitos postulados para o exercício da

responsabilidade, disponibilidade, competência, aptidão ou dedicação plena do trabalhador(51) a uma empresa, profissão, atividade ou tarefa(52), muitas vezes complexa, envolvendo especial perigosidade ou confiança, mas, seja como for, o interesse legítimo do empregador terá sempre que ser fundamentado, devidamente alegado e provado, passando pelo crivo apertado da restrição estritamente necessária da liberdade de trabalho, num critério de proporcionalidade e razoabilidade, para que possa existir um pacto de exclusividade validamente acordado com o trabalhador nos temos gerais da boa fé e conforme com a lei, bons costumes e a ordem pública(53). Na mesma lógica de certeza e segurança jurídica, o pacto de exclusividade deve ser expresso e obedecer a uma forma escrita, admitindo-se a estipulação *ab initio* no contrato de trabalho ou durante a respetiva execução, em instrumento autónomo, tal como sucede com o pacto de não concorrência.

O STJ(54) entendeu que a licitude da cláusula de exclusividade que limite o exercício de atividades não concorrentes com a do empregador deve ser averiguada segundo critérios de adequação e proporcionalidade, em função de um real e efetivo interesse do empregador (atendendo, designadamente, ao sector económico em que a empresa se insere) correlacio-

---

atividade objeto do contrato de trabalho (exemplo: isenção, integridade, probidade ou especial diligência) ou de afetar, com gravidade, a sua imagem e os interesses económicos subjacentes".

(51) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 376: "Noutras situações, a exclusividade pode ser pretendida como fundamento na prevenção do desgaste e da perda de aptidões do trabalhador ou no propósito de aproveitamento total de competências ganhas com formação assegurada pela empresa, ou mesmo, simplesmente, como forma de acentuação da subordinação".

(52) Joana Vasconcelos, «Sobre a aplicação do art. 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho» *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Lisboa: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 202 e 203: "E, bem assim, as cláusulas de exclusividade, que vedam ao trabalhador, no decurso da relação de trabalho, o exercício de outra atividade profissional, por conta própria ou alheia de forma remunerada ou gratuita, tendo em vista assegurar a sua plena dedicação às funções prosseguidas ou a sua total identificação com o empregador".

(53) Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho. Vol. I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 631: "As cláusulas de exclusividade representam um sério limite à liberdade de trabalho pelo que se entende, noutros ordenamentos como o francês, que tais cláusulas devem ser expressas e corresponder a um interesse da empresa. Esta última exigência é particularmente importante face ao perigo de as cláusulas de exclusividade aparecerem associadas a contratos de trabalho precários ou a contratos de trabalho a tempo parcial e até com um período normal de trabalho muito reduzido. (…) Parece poder exigir-se, pelo menos, que a cláusula de exclusividade se justifique face à natureza das tarefas do trabalhador e seja proporcionada a restrição à liberdade fundamental de trabalho que implica relativamente ao escopo legítimo que com ela é visado".

(54) Acórdão do STJ, Processo n.º 0920625, 10/12/2009, disponível em *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

nado com a natureza das tarefas objeto do contrato (tendo em conta a complexidade técnica destas, o tempo exigido para um eficiente desempenho e a responsabilidade do trabalhador, que podem reclamar disponibilidade total). Refere-se que "Quer isto dizer que o problema da validade, à luz das garantias consignadas nos arts. 47.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1, da Constituição, de uma cláusula de exclusividade só pode colocar-se quando dela resulte, para o trabalhador, a obrigação de não exercer para outrem ou por conta própria atividades não concorrentes com a do empregador. Só nesse caso se poderá falar de compressão das referidas garantias, cuja licitude, apreciada à luz das normas constitucionais, há-de ser averiguada (…). Uma tal ponderação é suscetível de reconduzir a obrigação de exclusividade à própria essência do contrato, na perspetiva de que, sem a exclusividade, os fins por ele prosseguidos não seriam plenamente atingidos. No caso presente, a cláusula (…) só pode considerar-se lícita se encarada como tendo em vista reforçar a proteção legal contra o perigo de concorrência, consignada na alínea *e*) do n.º 1 do art. 121.º do Código de 2003, porquanto não se mostram presentes fatores relacionados com a atividade económica da empresa e com as funções da trabalhadora, que, de algum modo, justifiquem a necessidade de prévio consentimento da empregadora para que aquela pudesse aceitar trabalhos remunerados ou não remunerados por terceiros e/ou o de levar a cabo negócios por sua conta, em atividades não concorrentes. Deste modo, se entende que, considerada a obrigação assumida pela trabalhadora na ótica de um reforço do dever estatuído no referido preceito, a referida cláusula não ofende a garantia constitucional de liberdade de trabalho.". O STJ([55]), numa outra decisão, refere, com relevância para esta questão, "Por seu turno, neste âmbito, pondera Júlio Manuel Vieira Gomes: «Em princípio, não é proibido ao trabalhador que realize outras atividades desde que, precisamente, não concorrentes. A possibilidade de pluriemprego ou de pluriatividade pode, no entanto, suscitar algumas questões: pode, desde logo, questionar-se se o trabalhador está sempre proibido de exercer atividades em empresas concorrentes entre si. (…) Para alguns, haverá uma proibição total de atividade numa empresa concorrente. Para outros, importará atender ao risco efetivo que para o empregador representa o facto de aquele trabalhador trabalhar igualmente para a concorrência. Em certos casos concretos, o risco pode considerar-se muito circunscrito ou reduzido: será, porventura, o caso de uma empregada de limpeza que trabalha de manhã na empresa X e à tarde

---

([55]) Acórdão do STJ, Processo n.º 500/13.2TTPRT.P1.S2, 11/02/2015, disponível em *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

na empresa Y. Para outros ainda, a questão essencial seria a de saber se o trabalhador exerce ou não funções análogas ou similares numa e noutra empresa.»". O TRP([56]) considerou que não havendo um real e efetivo interesse do empregador em manter o trabalhador em regime de exclusividade, com a obrigação de não exercer para outrem ou por conta própria atividades não concorrentes com a do empregador, a cláusula de exclusividade só pode considerar-se lícita se encarada como tendo em vista reforçar a proteção legal contra o perigo de concorrência; no caso de o empregador alargar a sua atividade comercial para fins que nada têm a ver com o seu objeto social, o que potencia a ampliação das possíveis áreas de intersecção com a atividade extralaboral do trabalhador, é essencial para a afirmação de uma infração disciplinar dolosa o conhecimento efetivo por parte do trabalhador de que o empregador desenvolveu também atividade fora do seu objeto social e não sendo possível formular um juízo de censura sobre esta falta de conhecimento, ainda que a título de negligência, não pode perspetivar-se a existência de uma infração disciplinar por violação do dever de não concorrência. Entendeu ainda que, "As cláusulas de exclusividade, apesar de ocorrerem com alguma frequência, não têm na nossa lei ordinária regulamentação expressa. Como refere Júlio Vieira Gomes, tais cláusulas «tipicamente proíbem ao trabalhador toda e qualquer atividade profissional durante a vigência do contrato e, portanto, tanto atividades concorrentes como atividades não concorrentes com a do seu empregador», representando «um sério limite à liberdade de trabalho». Porque a obrigação de não concorrência é inerente à relação laboral, como seu elemento essencial, por força do estabelecido no art. 128.º, al. *f*) do Código do Trabalho, como afloramento do dever geral de lealdade, não pode relevar, com autonomia a obrigação de exclusividade quando referida a atividades concorrentes. Com efeito, o dever de não concorrência pressupõe precisamente a admissibilidade do pluriemprego, isto é, a possibilidade de prestação de trabalho a mais do que um empregador, sem que qualquer deles possa arrogar-se, sem mais, o direito de exigir essa prestação em exclusivo. Não há, pois, dúvida de que quando a lei proíbe ao trabalhador atividade concorrenciais, não está, seguramente, a impor-lhe a exclusividade da prestação de trabalho a um empregador. E, porque assim é, o problema da validade, à luz das garantias consignadas nos arts. 47.º/1 e 58.º/1 da Constituição, de uma cláusula de exclusividade só pode colocar-se quando dela resulte, para o trabalhador, a obrigação de não exercer

---

([56]) Acórdão do TRP, Processo n.º 2/12.4TTMAI.P1, 08-09-2014, disponível em *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto* (<dgsi.pt>).

para outrem ou por conta própria atividades não concorrentes com a do empregador, só nesse caso se podendo falar de compressão das referidas garantias, cuja licitude há de ser averiguada segundo critérios de adequação e proporcionalidade, em função de um real e efetivo interesse do empregador correlacionado com as natureza das tarefas objeto do contrato." Concretizando, "(…) tendo em conta as funções desempenhadas pelo autor de coordenador técnico (cargo que se havia obrigado a exercer em regime de exclusividade, mediante adenda ao contrato de trabalho) do departamento de assistência técnica, não nos parece que tenham ficado minimamente demonstrados quaisquer fatores relacionados com a atividade económica da empresa ou com as funções do trabalhador (v.g.: sua complexidade técnica, tempo exigido para um eficiente desempenho ou responsabilidade do trabalhador) que de algum modo possam justificar tal exclusividade. Aliás, e como também se provou, a ré tem outro trabalhador que desempenha as mesmas funções de coordenação que as desempenhadas pelo autor, com a mesma remuneração e ao qual não era exigida exclusividade. (…) os factos provados não demonstram haver um real e efetivo interesse do empregador em manter o trabalhador em regime de exclusividade, com a obrigação de não exercer para outrem ou por conta própria atividades não concorrentes com a do empregador, e beneficiar da compressão das garantias consignadas nos arts. 47.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1, da Constituição". Ademais, pesou também na decisão do tribunal, o facto de não ter ficado apurada a existência de uma qualquer contrapartida específica pela exclusividade, matéria que veremos de seguida.

5.3. Compensação e duração

O pagamento de uma compensação durante o período de limitação da atividade, ou de um *acréscimo retributivo*([57]) ou *subsídio de exclusividade*([58]),

---

([57]) Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 392: "O pacto de exclusividade implica uma séria limitação à liberdade de trabalho, sendo por isso normalmente associado a um acréscimo retributivo".

([58]) Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho,* 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 655: "Mesmo que não ponha em causa o dever de não concorrência, a liberdade de trabalho pode encontrar-se condicionada por um pacto de exclusividade, por via do qual o trabalhador fica impedido de desenvolver qualquer outra atividade, por conta alheia ou por conta própria, em benefício de outrem. Frequentemente, a exclusividade está associada a um acréscimo retributivo (p. ex., subsídio de exclusividade), mas também, neste aspeto, vigora o princípio da autonomia privada".

constituirá uma condição essencial do pacto de exclusividade, em moldes análogos com o pacto de não concorrência, após a cessação do contrato de trabalho, o que se afigura razoável, em termos de proporcionalidade([59]), atenta a inerente limitação à liberdade de trabalho([60]) imposta ao trabalhador e, o não pagamento da compensação, poderá implicar a desconsideração da obrigação de exclusividade([61]). Sobre esta questão, o STJ([62]) entendeu que o pacto de exclusividade celebrado entre trabalhador e empregador ao abrigo do princípio da autonomia privada tem normalmente associado um acréscimo remuneratório de significativo valor, na medida em que esse pacto implica uma limitação voluntária dos direitos de personalidade do trabalhador; o regime de exclusividade previsto no contrato coletivo de trabalho dos jornalistas mostra-se estruturado para a dedicação total do trabalhador ao empregador; ficando clausulado no contrato de trabalho firmado entre as partes que a atividade do trabalhador é "em regime de exclusividade no campo das publicações periódicas", este conservou o direito de exercer a sua atividade profissional, fazendo-o por conta própria ou de outrem, designadamente em empresas de comunicação social de rádio e televisão e em publicações não periódicas, e ficou submetido a um regime que se aproxima da não concorrência, pelo que não lhe assiste o direito à retribuição especial prevista no contrato coletivo de trabalho. Considerou ainda que, "Por via de regra, o trabalhador não está impedido de exercer, na pendência do contrato de trabalho, a sua prestação laboral (idêntica ou diversa) para outro empre-

---

([59]) António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 377: "Nas situações em que isso ocorra, a adequação e a razoabilidade do arranjo negocial impõe a fixação de uma compensação económica para a renúncia a ganhos complementares que a estipulação da exclusividade implica".

([60]) João Zenha Martins, *Os pactos de exclusividade no ordenamento laboral português: alguma notas*, disponível em <https://docplayer.com.br/49732259-Os-pactos-de-exclusividade-no-ordenamento-laboral-portugues-algumas-notas.html>, p. 30: "A criação de um dever de exclusividade constitui, no sistema português, uma prerrogativa dos sujeitos laborais, para fazer face a interesses de natureza diversa. Não existindo previsão legal acerca deste tipo de pactos, exige-se, contudo, a verificação de um interesse legítimo que fundamente esta limitação à liberdade de trabalho. Não se entrevendo obstáculo à previsão convencional de um dever de exclusividade no âmbito de um contrato de trabalho a tempo parcial, postula-se a necessidade de atribuição de uma compensação económica ao trabalhador, que garanta a reparação do dano provocado à liberdade de trabalho. Esta compensação, para ser efetiva, deve assentar num pressuposto de justeza, sendo defensável que possa ser ajustada pelos tribunais".

([61]) João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 539: "Agora de outra parte, o não pagamento da contrapartida por parte do empregador pode implicar a cessação do contrato de trabalho, mediante o exercício do direito de resolução por parte do trabalhador".

([62]) Acórdão do STJ, Processo n.º 07S2623, 24/10/2007, disponível em *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

gador e, bem assim, de o fazer por conta própria. Porém, e em decorrência direta do dever de lealdade que lhe é legalmente imposto, o trabalhador está proibido de desenvolver qualquer atividade que seja potencialmente suscetível de entrar em concorrência com aquela a que se reporta o vínculo laboral. Mas as partes podem ir mais longe: ao abrigo do princípio da autonomia privada, a lei permite que consertem entre si um pacto de exclusividade. Como esse pacto implica uma limitação voluntária dos direitos de personalidade do trabalhador — que, por isso, o pode revogar livremente, indemnizando o empregador (art. 81.º, n.º 2 do CC) — a ele se associa, normalmente, um acréscimo remuneratório de significativo valor".

Relativamente à duração do pacto de exclusividade, eventualmente fará sentido a aplicação da regra prevista quanto ao pacto de não concorrência, de que é lícita a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos, ou, tratando-se de trabalhador afeto ao exercício de atividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, até ao período de três anos, subsequente à cessação do contrato de trabalho(63), mas haverá que considerar que o pacto de não concorrência vigora posteriormente à cessação do vínculo laboral que unia empregador e trabalhador, enquanto o pacto de exclusividade poderá estar associado a todo o período de execução do contrato de trabalho, porém, em qualquer caso apenas deverá durar enquanto o seu fundamento persistir, além de que, as partes poderão livremente acordar, no âmbito da sua autonomia privada, uma cláusula de exclusividade, com duração limitada. De todo o modo, existe a possibilidade de livre desvinculação do trabalhador, da cláusula de exclusividade, a qualquer momento, através de revogação, uma vez que se trata de uma limitação voluntária dos direitos de personalidade, ainda que sujeito ao pagamento de uma indemnização pelos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte(64) (art. 81.º, n.º 2 do CC).

---

(63) Joana Vasconcelos, «Sobre a aplicação do art. 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho» *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Lisboa: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, p. 222: "No que a esta última hipótese respeita, cabe advertir, em consonância com tudo o que ficou dito, que são revogáveis por decisão unilateral do trabalhador, quer as cláusulas de confidencialidade que envolvam a mera limitação voluntária da liberdade de expressão do trabalhador, quer as que constituam cláusulas não típicas de limitação da liberdade de trabalho, submetidas nos termos referidos ao regime do art. 81.º do CC, por o seu conteúdo não se cingir a reproduzir os deveres legais de sigilo que sobre aquele impedem durante a vigência do contrato de trabalho e após a cessação deste, restringindo as suas opções profissionais — mas não já as que sejam recondutíveis a pactos de não concorrência, submetidos ao art. 136.º, n.os 1 e 2, do CT e, por isso, subtraídos ao art. 81.º, n.os 1 e 2 do CC".

(64) Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 392: "Em

5.4. Revogação e incumprimento

O pacto de exclusividade pode cessar, a qualquer instante, por iniciativa do trabalhador, mediante revogação, considerando que se trata de uma limitação voluntária dos direitos de personalidade, embora se verifique a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas do empregador, através da responsabilidade civil objetiva, não se verificando, porém, um ato ilícito, o que poderá obstar à fixação de uma cláusula penal([65]). Neste caso, cremos que não terá lugar a cessação do contrato de trabalho, nem através da caducidade([66]), nem através da justa causa de despedimento, e não obstante a revogação do pacto de exclusividade, o trabalhador continuará vinculado aos deveres legais decorrentes do contrato de trabalho, designadamente o dever de lealdade, na vertente de não concorrência e na vertente de sigilo, admitindo-se entendimento diverso nos casos em que a cláusula de exclusividade seja indissociável da subsistência ou finalidade do contrato de trabalho, e tenha sido celebrada

---

qualquer caso, uma vez que dele resulta uma limitação voluntária dos direitos de personalidade, deverá admitir-se a possibilidade da sua revogação pelo trabalhador a todo o tempo, ainda que com a obrigação de compensar as legítimas expectativas do empregador".

([65]) Joana Vasconcelos, «Sobre a aplicação do art. 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho» *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Lisboa: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 207 e 222: "O titular do direito de personalidade que, valendo-se de tal prerrogativa, se libertou do negócio que o limita não actua ilicitamente, pelo que não incorre em responsabilidade civil, nos termos dos art. 798.º, ss. do CC. Ainda assim, e por determinação expressa da parte final do mesmo n.º 2 do art. 81.º, é obrigado a indemnizar a outra parte, no que representa uma hipótese de responsabilidade por facto lícito, que visa, tanto quanto possível, acautelar a posição desta, titular de uma mera expectativa quanto ao cumprimento do negócio de personalidade. (…) Já o n.º 2 do art. 81.º do CC atribui ao trabalhador que haja assentido numa cláusula não típica de limitação da sua liberdade de trabalho o direito de unilateralmente dela se libertar e confina as consequências de tal decisão à indemnização das legítimas expectativas do empregador — necessariamente moderadas, diante desta prerrogativa. Obsta, ainda, à fixação por cláusula penal do montante de indemnização devida em caso de desvinculação antecipada do trabalhador de pacto de exclusividade ou de confidencialidade".

([66]) Joana Vasconcelos, «Sobre a aplicação do art. 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho» *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Lisboa: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 222 e 223: "A revogação, com base nesta permissão normativa, da cláusula de exclusividade ou de confidencialidade faz cessar a obrigação do empregador de pagar a contrapartida ajustada e desvincula o trabalhador das obrigações através dela assumidas — mas não, naturalmente, das obrigações de não concorrência e de sigilo a que está, em geral, adstrito, na execução do contrato de trabalho ou uma vez terminado este. Por se tratar de uma atuação lícita do trabalhador, no exercício de uma prerrogativa que visa reverter uma limitação a um direito da personalidade, tal revogação não tem — nem pode ter, dada a *ratio* desta solução —, reflexos directos na cessação do contrato de trabalho, esgotando-se as suas repercussões no plano indemnizatório e nos atenuados termos descritos".

por ambas partes com base nesse pressuposto([67]). Questão diversa se colocará na situação em que, encontrando-se o trabalhador validamente vinculado a um pacto de exclusividade que não revogou, apesar de legalmente lhe assistir essa prerrogativa, incumpre a cláusula negocial através da qual voluntariamente limitou a sua liberdade de trabalho, pois aí afigura-se ter cabimento a figura da responsabilidade contratual([68]), com obrigação de indemnização pelo prejuízo causado, mas, mais do que isso, poderá verificar-se justa causa de despedimento([69]), como sanção disciplinar aplicada pela infração disciplinar praticada pelo trabalhador, muito embora tal apenas possa suceder nos casos de comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, sendo que, na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes([70]) (art. 351.º, n.os 1 e 3 do CT). De notar que, mesmo nos

---

([67]) Pedro Furtado Martins, «O pluriemprego no direito do trabalho», *in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias* (coord. António Martins Moreira), Coimbra: Almedina, 1999, pp. 205 e 206: "Sem prejuízo do reconhecimento, em princípio, do direito à livre revogação unilateral do pacto pelo trabalhador (…) deviam excepcionar-se os casos em que a exclusividade do exercício de funções tivesse sido assumida, por ambas as partes, no momento da admissão do trabalhador, como condição *sine qua non* da celebração do próprio contrato de trabalho. Nestas situações, julga-se que será razoável admitir que a revogação do pacto de exclusividade importa a impossibilidade superveniente do dever de prestar o trabalho e a consequente caducidade do contrato".

([68]) Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho,* 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 655: "Caso o trabalhador viole o pacto de exclusividade, para além do dever de indemnizar nos termos gerais da responsabilidade contratual, há que verificar se se encontram preenchidos os pressupostos necessários para o despedimento (art. 351.º, n.º 1, CT). Na eventualidade de o trabalhador se desvincular, nos termos do art. 81.º CC, a responsabilidade é objetiva e questiona-se se poderão estar preenchidos os requisitos do n.º 1 do art. 351.º CT, para ser despedido com justa causa; de todo o modo, a quebra do sinalagma pode determinar a extinção do vínculo".

([69]) Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 392: "Em caso de incumprimento do pacto de exclusividade, há lugar à obrigação de o trabalhador indemnizar o empregador (art. 798.º CC). Para além disso, esse incumprimento constitui uma infracção disciplinar, que poderá desencadear a aplicação de qualquer das sanções previstas no art. 328.º, incluindo o despedimento (art. 351.º)".

([70]) Bruna Alexandra Marques Pinto, *O pacto de exclusividade*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, , disponível em *O pacto de exclusividade | Estudo Geral* (<uc.pt>), pp. 90 e 91: "Por tudo o que foi dito, quanto à violação da cláusula de exclusividade propriamente dita, e não estando em causa o incumprimento de outros deveres do trabalhador, deve a sanção estabelecida assumir a "finalidade preventiva especial e recuperadora da sanção disciplinar", como forma de reagir ao incumprimento contratual, mas no sentido de preservar a relação de trabalho, de acordo com o princípio da proporcionalidade, e não optar pelo caráter extintivo da mesma, dando azo a que as partes "arquitetem", por via da cláusula de exclusividade, "uma causa convencional para um despedimento imputável ao trabalhador" e incrementem novas condutas aptas a fundar uma justa causa de despedimento".

casos em que não exista a obrigação de exclusividade entre o empregador e o trabalhador, o pluriemprego do trabalhador pode igualmente originar a prática de infração disciplinar, e aplicação da correspondente sanção, que, verificados os respetivos pressupostos, poderá ser o despedimento com justa causa, nomeadamente, por violação dos deveres laborais, em particular, dever de lealdade, incluindo a obrigação de sigilo e a proibição da concorrência, desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores, desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho a que está afeto, lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa, reduções anormais de produtividade, ou até mesmo falsas declarações relativas à justificação de faltas e faltas não justificadas ao trabalho que determinem diretamente prejuízos ou riscos graves para a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, cinco seguidas ou 10 interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco [alíneas *a*), *d*), *e*), *f*) e *g*) do n.º 2].

O STJ([71]) considerou que constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, pautando-se este juízo por critérios de razoabilidade, exigibilidade e proporcionalidade; o dever de lealdade, que, tipicamente, embora em termos apenas exemplificativos, implica a proibição de concorrência e a obrigação de sigilo, reconduz-se, essencialmente, à obrigação de cumprir o programa contratual de acordo com as exigências da boa-fé, em termos que preservem a relação de confiança entre as partes; viola o dever de lealdade a trabalhadora, docente universitária, que, por duas vezes, oculta deliberadamente à entidade empregadora o facto de exercer funções docentes em outro estabelecimento universitário, do mesmo passo que, com essa conduta, viola, igualmente, o dever de comunicar à entidade empregadora a acumulação de funções docentes, conforme legalmente imposto; todavia, não resultando provado que tenham existido prejuízos para a entidade empregadora ("E, portanto, sem prejuízo sequer potencial, qual é a falta de lealdade? É ir trabalhar para uma Universidade que é concorrente direta da recorrida, na mesma cidade, e que se sabe que é concorrente?"), nem que, por causa da acumulação de funções a trabalhadora tenha negligenciado o cumprimento das suas funções ou diminuído a qualidade do ensino que ministrava e resultando provado, por outro lado, que a entidade empregadora teve conhecimento da acumulação de funções

([71]) Acórdão do STJ, Processo n.º 500/13.2TTPRT.P1.S2, 11/02/2015, disponível em *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

passados apenas dois meses e meio desde o seu início e que a trabalhadora possuía antiguidade de quase duas décadas, sem que se mostre provada a existência de antecedentes disciplinares, o comportamento descrito, apesar da sua indiscutível censurabilidade, não é de molde a quebrar irremediavelmente a relação de confiança que a natureza da concreta relação de trabalho em causa pressupõe. O STJ([72]) decidiu que a cláusula inscrita no contrato de trabalho, segundo a qual o trabalhador se vinculou a não aceitar outros trabalhos remunerados ou não remunerados por terceiros e/ou de levar a cabo negócios por sua conta, sem o prévio consentimento do empregador, e este se comprometeu, em contrapartida, a pagar-lhe 20% da remuneração mensal bruta, não se verificando critérios de adequação e proporcionalidade, em função de um real e efetivo interesse do empregador, correlacionado com a natureza das tarefas objeto do contrato, só pode considerar-se lícita se encarada como tendo em vista reforçar a proteção legal contra o perigo de concorrência; se, no pacto de não concorrência, a obrigação assumida foi a de, no período de 12 meses subsequentes à cessação do contrato de trabalho, não prestar serviços profissionais de delegada de informação médica, definidos como envolvendo o permanente contacto com médicos, colaboração com médicos em sessões de informação e formação e utilização de um formulário de prescrição, não pode afirmar-se o incumprimento do pacto quando apenas se prova que a trabalhadora constituiu uma sociedade concorrente da qual foi designada co-gerente e, após a cessação do contrato, trabalhou como vendedora de fundos de investimentos para uma sociedade do mesmo grupo da última; a constituição, pelo trabalhador, de uma sociedade concorrente do empregador, na vigência do contrato, sendo um ato que configura infração ao dever de lealdade prescrito na alínea *e*) do n.º 1 do art. 121.º do Código do Trabalho de 2003, não basta, por si só, para fundar o direito a indemnização, tornando-se necessária a demonstração de que da atividade desenvolvida pela nova sociedade, no período de vigência da relação laboral resultaram danos para o empregador, o que pressupõe o estabelecimento de um nexo de causalidade, a efetuar em função da matéria de facto apurada, à luz da doutrina da causalidade adequada, na sua formulação negativa, acolhida no art. 563.º do CC.

A cessação do contrato de trabalho, por efeito da desvinculação ou incumprimento do pacto de exclusividade, ou ainda por incumprimento de deveres laborais em virtude do pluriemprego será assim uma solução de recurso, atento o primado da conservação da relação laboral.

([72]) Acórdão do STJ, Processo n.º 0920625, 10/12/2009, disponível em *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

Conclusão

No contexto atual, uma política de pleno emprego, porventura encontrará maior facilidade de execução no pluriemprego do que na exclusividade, considerando a mudança acelerada dos mercados de trabalho e a evolução económica, social e cultural, em termos globais. A liberdade de trabalho é o princípio fundamental e apenas poderá ser objeto das restrições legais, e eventualmente convencionais, das decorrentes do princípio do cumprimento do contrato de trabalho e respetivos deveres intrínsecos, ou ainda das cláusulas de limitação voluntária da liberdade de trabalho, como o pacto de exclusividade que deverá ser conforme com a lei, boa fé, ordem pública e bons costumes. A validade da cláusula de exclusividade, sob pena de mais não significar do que um reforço dos deveres de lealdade, sigilo e não concorrência, ou mesmo de produtividade e segurança e saúde no trabalho, impõe que a restrição seja a estritamente necessária para salvaguardar a liberdade empresarial, pressupondo: um interesse legítimo, objetivamente fundamentado, através da aferição do prejuízo e considerando o objeto social, atividade económica e organização empresarial, a atividade profissional e funções do trabalhador, o local e tempo de exercício da atividade e ainda o tipo de vínculo contratual; a forma escrita, no próprio contrato de trabalho ou em instrumento autónomo; o pagamento de uma compensação e; a liberdade de revogação sem justa causa sem que tal implique a cessação do contrato de trabalho, senão em situações excecionais e, nos casos mais gravosos de incumprimento do pacto de exclusividade.

Bibliografia

Almeida, Rita Robalo, *A importância da cláusula de exclusividade na delimitação dos contratos subordinados e contratos de prestação de serviços,* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, disponível em <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37457>.

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 380-385.

Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática Básica e Princípios Gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho,* (reimpressão), Coimbra: Almedina, 1999, 549-551.

____, «Anotação — Concorrência Laboral e justa causa de Despedimento» *in* Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 46, 1986, 495-526.

Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 374-377.

Gomes, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 624-631.

Leitão, Luís Menezes, *Direito do Trabalho,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, 391-392.

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 654-657.

Martins, João Zenha, *Os pactos de exclusividade no ordenamento laboral português: alguma notas*, disponível em <https://docplayer.com.br/49732259-Os-pactos-de-exclusividade-no-ordenamento-laboral-portugues-algumas-notas.html>.

____, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2016, 470--541.

Martins, Pedro Furtado, «O pluriemprego no direito do trabalho», *in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias* (coord. António Martins Moreira), Coimbra: Almedina, 1999, 193-210.

Neto, Abílio, *Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 5.ª ed. Actualizada, Lisboa: Ediforum, 2019, 338-342.

Pinto, Bruna Alexandra Marques, *O pacto de exclusividade*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, disponível em *O pacto de exclusividade | Estudo Geral* (<uc.pt>).

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Coimbra: Almedina, 2008, 421-422.

____, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais,* 8.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2022, 269-275.

Vasconcelos, Joana, «Sobre a aplicação do art. 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho» *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Lisboa: Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, 201-223.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo Xavier e outos, *Manual de Direito do Trabalho,* Lisboa: Verbo, 2011, 599-603.

A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS E A FREQUÊNCIA DE ESTÁGIOS

Pelas D.ras Ana Pereira de Sousa(*)
e Ana Luísa Paiva(**)

Sumário:

I. A questão. **II.** Linhas de reflexão. **III.** Remate.

I. A questão

Em 2004, e no âmbito do processo n.º 00117/04, foi, pelo Tribunal Central Administrativo Sul, lavrado aresto a propósito de uma trabalhadora nele exequente que, visando a reconstituição da sua carreira em sede de execução de sentença, pugnava pela desnecessidade de sujeição ao estágio previsto para o ingresso naquela (e do qual fora então ilicitamente privada), o qual somente não frequentara por força da culposa actuação exclusivamente imputável à administração executada.

A esta discussão, o Acórdão de 24.06.2004 (lavrado, como se disse, por aquele colendo Tribunal Central)([1]) procurou pôr termo: a pretensão, julgou-se, merecia acolhimento, devendo entender-se que a execução da

---

(*) Advogada Especialista em Direito Administrativo como tal titulada pela Ordem dos Advogados. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Administrativo. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra.

(**) Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Fiscal. Advogada Estagiária. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra.

([1]) Passível de ser consultado *in* <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/5b4ddbd0b22f5a0580256ec5004606ac?OpenDocument&Highlight=0,00117%2F04,xavier,forte>.

sentença pressupunha que aquela teria frequentado o estágio, nada indicando, pois, que a mesma não teria tido sucesso.

Não foi este, contudo, o veredicto perfilhado pelo Supremo Tribunal Administrativo, que, em 09.06.2005, sentenciou que (e no que releva para a economia do presente escrito), sendo a nomeação precedida da frequência, por lei imposta, de um estágio — estágio no âmbito do qual, aliás, cinco dos candidatos nele não tinham logrado obter aproveitamento — este teria inexoravelmente que ocorrer, não havendo, por conseguinte, direito à integração automática na almejada categoria([2/3]).

II. Linhas de reflexão

O recrutamento dos Acórdãos a que vimos de aludir permite-nos constatar que há um ponto de comunhão entre eles: qual seja o da avaliação das hipóteses de sucesso na frequência obrigatória de um estágio precedendo uma nomeação.

E é um aspecto importante, este, a que se não tem dado atenção ou, pelo menos, a atenção que cremos ser-lhe devida, para mais quando ele se coloca amiúde na realidade do quotidiano administrativo, adiantando-se desde já que se comunga do raciocínio que, estribado na análise das probabilidades de sucesso da frequência de estágio, em ambos os acórdãos foi levado a efeito.

Na verdade, em situações como a vertente — não frequência de estágio obrigatório, ou privação da sua frequência, por motivos exclusivamente atinentes com a conduta ilícita da Administração — também nós propendemos para considerar que há efectivamente que apurar a probabilidade de nele se ter obtido aprovação.

([2]) *In* <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/29c01506a7601133802570270030434 6?OpenDocument&Highlight=0,01350%2F04,pais,borges>.

([3]) "*A Exequente*" — decreta-se — "*não tem, pois, direito à integração automática na categoria de inspectora da IGE, pois que essa integração depende obrigatoriamente de um procedimento avaliativo prévio: a frequência, com aproveitamento, de um estágio. E se ela obtiver essa aprovação no estágio a que vai ser admitida, então a Administração estará obrigada a reconhecer-lhe o tempo de serviço na carreira e na categoria de inspector igual ao detido pelos candidatos integrados na IGE em sequência do anterior estágio. Assim o tem entendido a jurisprudência deste STA, em situações idênticas de reconstituição da situação actual hipotética através da admissão a novos concursos ou estágios de formação com frequência obrigatória, e em que, obtida aprovação, os efeitos se retroagem à data dos primitivos procedimentos* (…)".

A começar, naturalmente, por se aquilatar se os demais candidatos ou trabalhadores, detentores da mesma categoria e inseridos na mesma carreira desempenhando as mesmas funções e na mesma entidade pública, tiveram ou não classificação que lhes tivesse permitido obter aprovação no tal estágio.

Sopesado este conjunto de pertinentes dados, a que outros naturalmente se poderão somar, e verificando-se que tal ocorreu, então poder-se-á afirmar-se sem margem para dúvidas razoáveis que também o exequente, se o tivesse formalmente frequentado, nele teria sido aprovado (ou, equivalentemente, nada plausível ou razoavelmente indicando que este nele não obteria aprovação).

É que, fazendo-se um paralelismo próximo e seguindo Mário Aroso de Almeida (que dá acrescida nota de que o Supremo Tribunal Administrativo admitiu, já na década de 80 e num caso em que a promoção era devida se o candidato obtivesse determinada classificação, que a Administração a deveria atribuir atendendo ao grau de probabilidade de o funcionário melhorar a sua classificação), na avaliação que a Administração deve levar a efeito, por forma a verificar se o funcionário teria também beneficiado de promoção por escolha, deve-se "*tomar como ponto de referência e padrão a comparação a carreira de outros funcionários pertencentes ao mesmo serviço e que estivessem em posição comparável à sua*"([4]).

Assim, "*se a evolução normal das carreiras os colocou em posição de serem promovidos em termos tais que se possa afirmar que, em circunstâncias normais, também o funcionário cuja carreira se trata de reconstituir teria beneficiado de tais promoções, o princípio da igualdade constitui o funcionário no direito às promoções de que teria auferido se o acto ilegal não tivesse sido praticado"*([5]).

Sendo que idêntica opinião, a propósito, é sufragada pelo direito comparado francês, cuja jurisprudência, aquando da reconstituição da carreira do funcionário, impõe, precisamente, que se deva ter em conta as probabilidades de tal promoção([6]).

De facto — sustenta-se —, e tal como os Tribunais foram progressivamente precisando, a operação de reconstituição impõe à Administração não somente o dever de *restituir* ao interessado as progressões (*avancem-*

([4]) Cf. A. *cit., "A Anulação de Actos Administrativos no Contexto das Relações Jurídico-Administrativas*", Coimbra, Almedina, 2021, p. 494.

([5]) *Idem, ibidem*.

([6]) V. André De Laubadère/Jean-Claude Venezia/Yves Gaudmet, *Traité de Droit Administratif, T. 2*, 10.ª ed., Paris, LGDJ, 1995, p. 178.

ments d´échelon) que ele teria obtido, mas também, justamente, o de verificar as promoções por escolha que ele teria obtido, operação que implica atender-se ao desenvolvimento da carreira dos seus colegas(7).

III. Remate

Conjugadas as coordenadas traçadas, impelidas somos a concluir que, em situações *reconstitutivas* como as elencadas, a Administração tem a obrigação de apreciar se o agente teria obtido êxito nas provas, Administração a quem assim primeiramente caberá ponderar as *chances* de sucesso daquele nos casos dos estágios que, por força de lei, obrigatoriamente precedem o ingresso numa carreira (ou o acesso a uma dada categoria).

(7) Assim, René Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, 5.ª ed., Paris, Montchrestien, 1995, p. 807.

REVOGAÇÃO DA PENA SUBSTITUTIVA E RECURSO DE REVISÃO — ANATOMIA DE UM ACÓRDÃO(*)

Pelo Prof. Doutor André Lamas Leite(**)

Sumário:

1. O problema. **2.** Linhas argumentativas e tomada de posição. **3.** Conclusão.

1. O problema

O acórdão para uniformização de jurisprudência (doravante, abreviadamente, AUJ) n.º 1/2024, de 8 de Novembro(1) (relatado pela Sra. Conselheira Teresa de Almeida)(2), que se anota, mas, sobretudo, que serve de ponto de partida para reflexões sobre os temas aí tratados, debruçou-se sobre o conflito existente entre dois arestos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que, inequivocamente, davam respostas contrárias à questão de saber até que ponto a revogação(3) de uma pena substitutiva [no caso, a

---

(*) Por expressa vontade do autor, o presente artigo não segue as regras do Acordo Ortográfico de 1990.

(**) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador integrado do CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Justiça. Advogado. *E-mail* para contacto: <aleite@direito.up.pt>.

(1) Publicado no *Diário da República*, I série, de 2/2/2024.

(2) E com os votos de vencido dos Srs. Conselheiros Helena Moniz e António João Latas.

(3) Como vem sendo quase unânime na nossa doutrina e jurisprudência, tem-se entendido que o juízo prognóstico que pode ser confirmado ou infirmado com a abertura da fase executiva da pena de substituição se justifica somente por razões preventivas. O acórdão que se anota também se faz eco

suspensão executiva da pena de prisão — arts. 50.º, ss., do Código Penal (CP)], mas aplicável a todo o catálogo das sanções aplicadas em vez das principais (arts. 43.º, ss., do CP) — importa a faculdade de o condenado lançar mão do recurso extraordinário de revisão. Mais propriamente, a hermenêutica que vinha dividindo aquele Alto Tribunal residia no art. 449.º, n.º 1, al. *d*), do Código de Processo Penal (CPP)(4), ou seja, em face do elemento literal (*[a] revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação*), havia jurisprudência no sentido de que a revogação da pena de substituição importava o efeito de, se não directamente, por via de uma interpretação enunciativa, ao menos por interpretação extensiva, a dita revogação comportar a aquisição processual de *novos factos* que, por isso, implicavam que se pusesse em grave dúvida a condenação do agente. Em sentido contrário, outra corrente jurisprudencial negava a revisão, entendendo que o referido preceito do CPP não albergava situações como esta, não sendo possível, pelas regras da hermenêutica jurídica, atingir esse resultado.

Diga-se, antes de mais, que o AUJ reflectiu apenas sobre as hipóteses em que o juiz, ao abrigo do art. 56.º do CP, decide revogar a suspensão executiva da pena e, naturalmente, já se encontra excutido o prazo para o recurso ordinário. Tanto assim é quanto a situação fáctica concreta agora trazida a apreciação pelo STJ dizia respeito a uma decisão de revogação ao nível da 1.ª instância, objecto de confirmação pelo Tribunal da Relação de Guimarães. Não tratou o aresto, portanto, ao menos *expressis verbis*, dos casos em que, após o trânsito, pode pôr-se em causa a justeza da decisão condenatória, aplicando uma pena principal (de prisão), facto que é de grande importância, como veremos, para a resposta que, cremos, deve ser dada ao problema.

---

desta posição. Não é a nossa, porquanto entendemos que o juízo de culpa releva igualmente para esse momento, visto que, para além da culpa como elemento do conceito material de crime, há ainda um efeito irradiante desse mesmo princípio da culpa que, tanto mais quanto estamos em face de *penas duais ou compósitas*, se projecta no juízo de substituição. Na verdade, no momento de decidir se se aplica a pena principal ou se esta é substituída, existe um raciocínio judicativo que se assemelha ao conteúdo de base do instituto da atenuação especial da pena. Desenvolvidamente, veja-se o nosso «Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substracto da atenuação especial da pena», *in:* José Lobo Moutinho *et al.* (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 167-218 e «O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição», *in: Revista do CEJ*, II (2018), pp. 115-141.

(4) Conjugado com o n.º 2 do preceito citado em texto, que equipara as sentenças ou acórdãos aos despachos. [Doravante, qualquer referência a uma norma jurídica sem indicação do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o CPP].

O aresto sob anotação cruza duas temáticas: uma atinente à relação entre a pena substitutiva e a principal e o incidente executivo conducente à revogação da primeira, de uma banda e, por outra, a melhor interpretação a dar ao recurso de revisão no que contende com o fundamento da al. *d*) do n.º 1 do art. 449.º Com o objectivo de contribuir para um estudo sobre estas temáticas, aludiremos às linhas argumentativas expendidas, tomando posição.

2. Linhas argumentativas e tomada de posição

1. Como já deixámos claro noutros locais([5]) e aqui apenas trataremos em esboço, há uma *relação biunívoca ou umbilical* (como já lhe tínhamos chamado e o acórdão também assim a designa) entre a pena principal e aquela que se aplica em vez dela. Não se tratam de substitutos naturalísticos, atento o diferente conteúdo material de cada uma das sanções, mas de *equivalentes funcionais ou normativos*, no sentido em que a função ou a ligação jurídica entre as duas sanções importa que uma não viva sem a outra. E isto é assim particularmente — como acontece entre nós — em um regime que não conhece a ausência de determinação da pena principal na decisão final, que só surgiria se e na medida em que o condenado incumprisse as obrigações da pena de substituição. Logo por aqui, ao contrário do que se admitia na suspensão executiva da prisão na versão originária do Código Penal, em que uma das suas modalidades se aproximava da *probation*([6]), após 1995 e até aos nossos dias tal não existe, sendo a nossa tradição, neste ponto, de inspiração franco-belga, como se observa na *sursis*.

Neste sentido, escreve a Sra. Relatora do AUJ que a condenação *não se afigura como condicionalmente suspensa, à semelhança das "conditional sentences"*. É exactamente isto que vimos de escrever, ou seja, embora se possa discutir se a substituição, em si mesma, encerra uma *condição suspensiva ou resolutiva*, a questão não tem assinalável importância prática. É verdade — isso sim — que a pena principal só se aplicará se e na medida em

---

([5]) O tema geral das sanções substitutivas foi o escolhido para a nossa dissertação de doutoramento intitulada *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática*, Porto: FDUP, 2015. Também sobre o que vai em texto, «As «penas de substituição» e figuras afins: traços distintivos », *in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 30, 2 (2020), pp. 319-362, e «Contributo para a noção de penas substitutivas, *in:* Maria Fernando Palma (org.), *Livro em Memória do Professor Doutor João Amado Neves*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 41-63.

([6]) Veja-se o nosso «Pela elevação de penas de substituição ou acessórias a penas principais e por um verdadeiro sistema de *probation* em Portugal?», *in: Sombras e Luzes*, 2 (2019), pp. 117-139.

que um facto futuro e incerto (o incumprimento da sanção substitutiva) acontecer, mas tal em nada bole com a própria condenação, cujo sentido está abrangido pelo efeito de caso julgado. Como se viu, de jeito perfunctório, na família anglo-americana existe a suspensão da condenação, como se diz no aresto, *rectius*, o resultado quanto à questão de culpabilidade está encontrado (o tribunal concluiu que o agente cometeu o delito), mas é a sanção que não é logo determinada, ficando — essa sim — condicionada ao comportamento do agente durante o período de adimplemento da pena substitutiva. Também por isto recolhe a nossa concordância o segmento em que a Sra. Conselheira Relatora escreve que *[a] medida da pena, o programa de cumprimento da pena suspensa, as consequências do incumprimento ou do cometimento de novos ilícitos tornaram-se conhecidos do condenado com a notificação da sentença*, o que importa — afirmamo-lo nós agora — que não há quaisquer expectativas legítimas do condenado que devam ser atendidas, pelo que o cumprimento da pena principal é um dado conhecido.

Donde, quando o tribunal se decide por uma sanção substitutiva, detentiva ou não — em sentido impróprio ou próprio, respectivamente —, fá-lo sabendo que a *unidade funcional* entre as duas penas importa que, se incumprida aquela que mereceu a prognose favorável, se abre um verdadeiro *incidente processual*, regulado no art. 495.º Há um conjunto encadeado de actos a praticar pelo MP (a quem incumbe a promoção da execução sancionatória, nos termos do art. 53.º, n.º 2, al. *e*))e pelo juiz que podem ou não conduzir à reversão de tal juízo favorável. Ora, se, p. ex., o condenado em pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (arts. 58.º e 59.º, do CP) não comparecer na entidade beneficiária, comunicando esta tal facto ao tribunal, terá de se promover o contraditório(7). Nesta sequência, o condenado apresenta motivo que, na sua óptica, é justi-

(7) Assim, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/11/2021, Proc. n.º 151/11.6GNPRT.P1, José Carreto: *I — Para a apreciação da possibilidade de revogação de pena suspensa a lei não exige ou impõe qualquer audição presencial do arguido, mas apenas, como facto que o afecta e lhe diz respeito, a sua audição através da observância do contraditório, que pode consistir naquela audição. II — Estando a jurisprudência dividida sobre a necessidade ou não daquela audição presencial, será sustentável afirmar a sua necessidade quando está em causa a pena de prisão, como forma de se assegurar ao arguido todas as garantias de defesa e atenta a necessidade de ser preenchido o requisito material para a sua revogação. III — No entanto, se uma tal audição não for possível atenta a falta do arguido, apesar de devidamente notificado para o efeito, e não competindo ao tribunal, nesta fase, andar à procura do arguido que se ausentou para o estrangeiro e não cumpriu a obrigação emergente do TIR de indicar nova morada, impossibilitando assim o contacto do tribunal consigo próprio, restará o exercício do contraditório, daí não decorrendo uma qualquer nulidade ou irregularidade.*(…) [disponível em <http://www.dgsi.pt> e, salvo indicação em contrário, todas as decisões judiciais foram acedidas neste sítio em Fevereiro de 2024].

ficativo da falta, mas que não o é pelo tribunal que, por isso, despacha nesse sentido. Em tais hipóteses em que o juiz se debruça sobre os factos novos trazidos ao processo pelo condenado, o despacho em que, como *ultima ratio*, se revoga a pena de substituição e se ordena o cumprimento da principal, eventualmente descontado o tempo trabalhado (art. 59.º, n.os 4 e 5, do CP), é passível de recurso — e ninguém duvida que o é — para um dos Tribunais da Relação. Nunca para o STJ.

Tal poderia, numa primeira aproximação, soar como errado, visto que a decisão judicial condenatória já transitou em julgado, pelo que não se poderia recorrer de modo ordinário. Contudo, é o que se retira das disposições conjugadas dos arts. 399.º e 400.º, *a contrario*. E bem, pois estamos, nas sanções em estudo, perante um caso julgado com cláusula *rebus sic stantibus*. A pena substitutiva aplica-se e conduzirá, no seu termo, a um despacho judicial de declaração da pena extinta pelo cumprimento se e na medida em que o seu conteúdo venha a ser observado pelo condenado. Não o sendo, existe já a pena principal com *quantum* fixado, à qual poderá ou não ter de se fazer operar o desconto. Como também já o ressaltámos, há aqui uma aproximação ao pensamento — e só a ele, pois estamos cientes das enormes diferenças entre os dois institutos — subjacente à *jurisdição voluntária*, em que as decisões tomadas ao abrigo desta — chamadas *resoluções* — também só abrangem a situação de facto que existia no preciso momento da sua prolação e não em alturas posteriores ou até contemporâneas ou anteriores, mas que eram desconhecidas e que, por isso, não faziam parte do objecto processual.

2. Destarte, para nós não resulta que um «normal» despacho de revogação seja subsumível ao recurso de revisão, pois os fundamentos em que o juiz se baseou para reverter a sua decisão inicial são, como regra, passíveis de recurso ordinário, porque objecto de toda a pena principal substituída. A circunstância de a pena principal só ser prenhe de sentido quando entendida em conjunto com a substitutiva e esta como dependente da primeira, importa que não se possa dizer que o despacho que põe termo à sanção de substituição é *complementar* da decisão condenatória. Ele está *co-envolvido na própria noção de substituição*, na medida em que há duas formas de pôr termo à pena principal (e simultaneamente à de substituição por integrar a primeira, como acabámos de ver): ou o condenado cumpre todas as exigências da pena aplicada em vez da principal e aí o termo do processo dá-se com o despacho judicial que o declara e considera a pena extinta, ou com o despacho em que reconhece o seu inadimplemento e, por consequência, ordena o cumprimento da pena principal.

3. Assim, cremos que a questão está colocada de modo distorcido no AUJ que se anota. Uma coisa é a existência de *factos de que se tem conhecimento superveniente* (objectiva ou subjectivamente)([8]) e que põem ou podem pôr em crise séria a justeza da decisão. E por decisão entendemos, por coerência lógica do que deixámos afirmado, a atinente à pena principal, mas também os factos que estiveram na base do juízo prognóstico favorável que se acham recobertos pelo art. 50.º, n.º 1, do CP — e que para nós devem ser aplicáveis a todas as penas de substituição. Quanto *aos factos que temporalmente vão para além do momento do trânsito em julgado da decisão condenatória*, iniciando um incidente processual, para a sua impugnação, o mecanismo adequado é o recurso ordinário e nunca o extraordinário de revisão. Qualquer outra posição faz tábua rasa da especificidade com que se apresenta o caso julgado nas penas substitutivas, sujeitas a uma cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, só não se aplica a sanção principal se e na medida em que as obrigações da substitutiva forem cumpridas. Por outras palavras, o caso julgado abrange a pena principal na medida em que, findo o prazo para recorrer ordinariamente, a mesma se torna inatacável no ordenamento jurídico e tendencialmente também a pena substitutiva aplicada nessa mesma decisão condenatória. Dizemos *tendencialmente* porque, como sucede no art. 55.º do CP, a primitiva pena substitutiva pode ser alterada, introduzindo ou modificando outras obrigações ou até permitindo que, na prática, se passe de uma sanção de substituição para outra (art. 59.º, n.º 6, do CP), no que é conhecido por *interchangeability*([9]), muito discutida nos países do *common law*.

O que vai dito não implica que, se após o trânsito da decisão principal (e de substituição), esgotado o prazo de recurso ordinário, houver notícia de factos — *por acção ou omissão* — que abalem os fundamentos da decisão de julgar incumprida a pena de substituição, não possa acontecer que *novos factos* (diversos dos que estiveram na base do juízo de prognose e do juízo revogatório) importem a revisão da sentença enquanto o tempo de prisão (ou a multa como pena principal) está a ser efectivamente cumprido. Se, p. ex., foi aplicada ao condenado a pena do art. 45.º do CP e ele não a cum-

---

([8]) E não *[n]o sentido de não terem sido apresentados no processo que conduziu à acusação, embora não fossem ignorados pelo arguido no momento em que o julgamento teve lugar* — Manuel Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal anotado e comentado*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 846. Defendendo a posição para a qual propendendo, se bem vemos, Henrique Salinas e Paulo Pinto de Albuquerque, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário do Código de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª ed., n. 12, pp. 757-758.

([9]) «Levamos a sério as penas de substituição? Algumas propostas *de iure condendo*», *in: Revista do Ministério Público*, 159 (2019), pp. 111-154.

priu nem deu qualquer justificação para tal dentro do prazo do incidente processual de incumprimento, nada mais resta ao juiz que declará-lo e ordenar a emissão de mandados de detenção e condução. Como sabemos, esta última decisão tem de transitar em julgado. Figure-se que o condenado permanece silente. Após os 30 dias (art. 411.º), quando já se encontra em cumprimento da pena principal de prisão, conhecem-se *factos supervenientes* que poriam em causa a justeza da revogação da pena principal. Aqui já faz sentido e temos por recoberto pelo art. 449.º, n.º 1, al. *d*) o recurso de revisão.

A *fronteira estabelece-se temporalmente* no momento do conhecimento dos factos que podem perturbar a bondade da pena de substituição: *se antes do trânsito em julgado* do despacho que a revoga existe apenas o recurso ordinário como meio impugnatório; *após esse trânsito*, havendo conhecimento de factos que ponham em crise a justeza da revogação, então sim, a revisão está aberta ao condenado. Já no que diz respeito à decisão condenatória — chamemos-lhe *stricto sensu* — que resolve a questão da culpabilidade e também da sanção (arts. 368.º e 369.º), pode haver revisão com base em algum dos pressupostos do art. 449.º, com a limitação de que a actividade processual atinente à verificação do cumprimento ou incumprimento da pena principal deve ser impugnada ordinariamente, só sendo admitida a revisão em casos extraordinários em que, subjectiva ou objectivamente, haja *factos novos* conhecidos após o trânsito e que, de forma cumulativa, ponham em causa o resultado desse mesmo incidente.

4. Não é objectivo deste trabalho empreender qualquer estudo aprofundado sobre o recurso de revisão, por óbvias limitações de espaço e porque se trata de um tema já profundamente tratado([10]). Destarte, veremos apenas o que é essencial para o problema que nos ocupa e que se deixou recortado.

Um verdadeiro Estado de Direito democrático não pode viver sem a previsão normativa de um recurso que, mesmo depois do trânsito em julgado, permita acorrer às situações fácticas que possam, *ao menos em abstracto*, trazer ao espírito do aplicador do Direito a dúvida fundada quanto à justeza do decidido (daí o amparo do art. 29.º, n.º 6, da CRP e do art. 4.º, n.º 2, do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH))([11]). É por

---

([10]) João Conde Correia, *O "mito do caso julgado" e a revisão* propter nova, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, *passim*.

([11]) Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/90, de 27/9 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51/90, de 27/9. A norma refere-se à quebra da autoridade de caso julgado não apenas quando surgirem, posteriormente ao trânsito, novos factos, ou que tenham sido «recentemente revelados», o que só pode ser interpretado como as duas formas habituais (objectiva e subjectiva) de conhecimento superveniente. Por outro lado, diz-se que haverá lugar a

isso mesmo que o art. 449.º, recorrendo a uma indicação taxativa, o admite. Julgamos que o inciso prevê fundamentos que se podem reunir em dois grupos(12). Um primeiro conjunto de fundamentos (as alíneas *a*), *b*), *d*) e *e*) do n.º 1) diz respeito à falsidade de meios de prova ou utilização de provas proibidas (*Beweisverboten*) ou prática de crimes que, por si e conjugado com a decisão proferida, tornem intolerável a vigência no ordenamento jurídico do acto judicial decisório, porque manifestamente injusto. Falamos, para além da al. *d*), de casos em que *[u]ma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão*; de *[u]ma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo* e *[s]e descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.os 1 a 3 do art. 126.º*. As alíneas *f*) e *g*) tratam de hipóteses de inconciliabilidade entre decisões judiciais, ou seja, situam-se ao nível da subsunção do Direito à realidade segregada pela vida social, a saber, *[s]eja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação* e *[u]ma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça* (é o caso das decisões proferidas pelo TEDH)(13).

---

esse recurso — cuja denominação depende da tradição jurídica de cada Estado-Membro — quando os ditos factos «puderem afectar o resultado do julgamento». A uma primeira vista parece que o legislador convencional exigiu menos que o seu congénere português. Assim, bastaria que os novos factos conhecidos pudessem influir na decisão, não apenas no sentido da condenação ou da absolvição, mas também no seu conteúdo material, p. ex., dando determinados factos como provados quando deveriam ser tidos por não provados e vice-versa ou influindo na espécie e medida da pena. O que retiramos do nosso art. 449.º, n.º 1 é que apenas nas suas alíneas *c*) e *d*) se refere expressamente à «justeza» ou «justiça» da condenação. Nestes casos, ao menos em abstracto, a superveniência objectiva ou subjectiva de factos tem de influir no sentido último e global da decisão, ou seja, se ela foi de condenação, os novos factos devem poder apontar para uma absolvição e vice-versa. Quanto às demais hipóteses de revisão, embora a gravidade das factualidades constantes no art. 449.º, n.º 1 tenha uma forte probabilidade de conduzir a esta modificação, pode não o fazer, alterando-se sim a espécie e medida da pena. Assim, e em conclusão quanto a este ponto, julgamos que a circunstância de «afectar o resultado do julgamento» a que alude o Protocolo n.º 10 à CEDH abrange ambas as hipóteses: mudança do sentido da decisão final e alteração ao nível da espécie e medida da pena, pelo que o instituto da revisão está conforme àquele instrumento de Direito convencional.

(12) Para Pereira Madeira, «Anotação ao art. 449.º», *in:* António Henriques Gaspar *et al*., *Código de Processo Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 1437, as alíneas *a*) a *c*), *e*) a *g*) do n.º 1 justificam-se por uma ideia *pro reo* e *pro societate*; as demais são apenas *pro reo*.

(13) Em face da grande amplitude desta norma, introduzida em 2007, o Supremo tem adoptado uma interpretação restritiva, *(...) no sentido dos princípios consignados na mencionada Reco-*

Abra-se aqui um parêntesis para tecer algumas considerações sobre a afirmação constante do AUJ, no sentido em que *[a] revisão visa exclusivamente a declaração de culpabilidade e não, expressamente, a matéria da pena*. O essencial da frase está no advérbio de modo, pois se tal aí não estivesse, mereceria a nossa discordância. Várias são as hipóteses do art. 449.º, n.º 1 em que a procedência da revisão pode não alterar o sentido último de condenar ou absolver, mas implicar que se aplique uma nova pena, na espécie ou medida(14). Por outras palavras, este recurso extraordinário abrange as matérias dos arts. 368.º e 369.º, desde logo nas hipóteses, que acabámos de ver, em que se mostra necessário conformar a decisão nacional com a do TEDH, o que não importa, obrigatoriamente, que o sentido da decisão mude de condenatória para absolutória ou vice-versa. Donde, diríamos, de modo que temos por mais exacto, que *a revisão pode abranger a questão da culpabilidade ou a da sanção*, embora as hipóteses mais comuns sejam as primeiras.

Pelo exposto, a questão que o Supremo dirimiu é a de saber se o despacho que revoga uma pena de substituição de uma pena principal cabe ou não no âmbito do art. 449.º, n.º 1, al. *d*), ou seja, se o que conduziu àquele despacho integra o conceito de «novos factos» e se tal suscita «graves dúvidas sobre a justiça da condenação». Ligado a esta problemática está o recurso ordinário da revisão que julga incumprida a sanção substitutiva e, em conformidade, ordena a execução da principal já constante da decisão final. Assim, se bem vemos as coisas, para não tratar da mesma questão através de duas vias jurídicas distintas, o que nunca faria sentido e perigaria a certeza e segurança na aplicação do Direito, a questão em análise visa não apenas pôr em causa o despacho ordenador do adimplemento da prisão (ou multa) — pois, para isso, sempre haveria o sobredito recurso ordinário —, mas visa também alterar os factos e/ou a subsunção que lhe foi atribuída pela decisão condenatória, agora já depois do trânsito em julgado desta última. Por rectas contas, sob pena da já assinalada confusão entre

---

mendação, concretamente o princípio segundo o qual a reabertura de processos só se revela indispensável perante sentenças em que o TEDH constate que a decisão interna que suscitou o recurso é, quanto ao mérito, contrária à CEDH, ou quando constate a ocorrência de uma violação da CEDH em virtude de erros ou falhas processuais de uma gravidade tal que suscite fortes dúvidas sobre a decisão e, simultaneamente, a parte lesada continue a sofrer consequências particularmente graves na sequência da decisão nacional, que não podem ser compensadas com a reparação razoável arbitrada pelo TEDH e que apenas podem ser alteradas com o reexame ou a reabertura do processo, isto é, mediante a restitutio in integrum (ac. do STJ de 15/11/2012), Proc. n.º 23/04.0GDSCD-B.S1, Oliveira Mendes).

(14) Em sentido contrário, entendendo que a revisão não comporta estas últimas hipóteses, Simas Santos e Leal-Henriques, *Código de Processo Penal anotado*, II Vol., 2.ª ed., 2000, Lisboa: Editora Rei dos Livros, p. 1045.

dois mecanismos impugnatórios, o que está em causa, na revisão, é o despacho revogador da pena substitutiva, mas sempre e só na medida em que ele contenda com factos posteriores ao trânsito deste despacho. Se, p. ex., no âmbito de uma pena suspensa com regras de conduta (art. 52.º do CP), uma ou mais não forem cumpridas pelo condenado, seguindo-se o incidente processual em que se promoverá a sua audição, para além de outras diligências, se o sujeito apenas pretende pôr em crise a justeza da avaliação judicativa sobre se é legalmente correcto entender que a pena de substituição já não tem condições fáctico-jurídicas para se manter, então o único meio processualmente admissível é o *recurso ordinário*. Se, ao invés, se deixa a decisão transitar em julgado, que entendeu verificados os requisitos para a revogação da pena substitutiva, tendo esta última decisão igualmente transitado, mas depois surgem factos que podem pôr em causa a justiça desse despacho de 1.ª instância ou da Relação, aí — mas só nestas hipóteses — haverá legitimidade legal para se questionar da aplicabilidade ou não do art. 449.º, n.º 1, al. *d*).

De novo um exemplo a benefício de ilustração: o juiz cumpriu na íntegra todas as normas de Direito substantivo e adjectivo e, em conformidade, concluiu que não mais se pode elaborar o juízo de prognose favorável em que repousam todas as sanções de substituição, pelo que a revoga e, consequentemente, ordena que se cumpra a pena principal. Desse despacho pode, nos prazos do art. 411.º, recorrer-se da decisão. O Tribunal da Relação não concede provimento ao recurso e, com isto, o condenado inicia o cumprimento da pena principal. Mais tarde, o condenado descobre novos factos que nenhuma das instâncias conhecia, mas que contendem com o objecto do processo, os quais abalam ou podem abalar a justeza da decisão. Mas que decisão é esta? De acordo com a jurisprudência fixada no aresto que anotamos, é a do despacho revogador da pena de substituição, o que ainda vai afunilar mais as concretas situações às quais este pronunciamento se aplica, dado que não será o corpo dos factos lidos sob a lente do Direito que serão impugnados, mas sim os eventuais factos constantes do despacho que revoga uma pena de substituição, se e na medida em que factos posteriores desta natureza importem um juízo sobre a justeza da decisão que é insuportável pelo ordenamento jurídico.

5. Assim enquadrados, continuemos a desfiar as linhas argumentativas favoráveis ao recurso de revisão do despacho revogador de uma sanção substitutiva.

Esta tese parte do princípio que o despacho de revogação da pena de substituição *põe termo ao processo*. Como se tem entendido, tal acontece

quando existe uma decisão final ou interlocutória — independentemente do *nomen iuris*: despacho, sentença, acórdão — que termina com a relação jurídico-penal controvertida, ou seja, quando afere da existência ou não de crime ou de facto ilícito-típico (para os inimputáveis) e/ou determine a condenação ou absolvição do(s) seu(s) agente(s). Também serão finais as decisões em que, por obstáculo de Direito substantivo ou adjectivo, não se pode julgar o mérito do objecto processual, como sucede com as causas negativas de punição (prescrição do procedimento criminal, manifestações do direito de graça) ou com todas as causas de impossibilidade de perseguição criminal por falta de preenchimento de um pressuposto processual (como a falta de apresentação tempestiva de queixa nos crimes particulares *lato sensu*).

Ora, assim postas as coisas, é nossa convicção que *o despacho revogatório de uma pena substitutiva não põe termo ao processo*, por coerência com o que já neste texto escrevemos, uma vez que, como visto, formando a pena principal e a de substituição uma *unidade funcional*, tudo o que contenda com o cumprimento desta última ainda é abrangido pela própria natureza da pena aplicada e ainda implica actividade processual nos autos até ao despacho que julga a pena extinta pelo cumprimento ou que a revoga e aplica a pena principal. Até estes momentos temporais inexiste, ainda, uma *estabilização da instância penal* que permita concluir-se que o despacho de revogação põe fim ao processo. O que se pode dizer com propriedade é que a dita revogação faz iniciar o cumprimento da sanção principal, dado que a mesma estava condicionada ao que sucedesse na substitutiva. Nunca poderia dizer-se que tal despacho põe termo ao processo, também pela natureza já vista da própria pena de substituição: o adimplemento ou inadimplemento são suas partes integrantes. No primeiro caso, conclui-se que resultou o juízo de prognose favorável e assim se evitaram as penas principais de prisão ou multa. No segundo, ao invés, verifica-se o seu falhanço, que não queda sem consequências. A pena principal nunca deixou de existir e estava só num *estado de latência ou quiescência* enquanto o tempo nos dizia se e como o condenado a havia ou não cumprido. Em bom rigor, a principal não «renasce», como por vezes se lê, visto que ela nunca «morreu». Simplesmente encontra agora, no incumprimento da sanção substitutiva, todos os requisitos legais que lhe permitem avançar na prática.

O que se abre — isso sim — é uma *fase eventual e oficiosa* para o Ministério Público. Eventual porque a pena de substituição, quando cumprida, não dá lugar a qualquer incidente e *ex officio* por se tratar de uma das competências que a CRP e a Lei acomete àquela magistratura,

enquanto representante do *ius puniendi* do Estado. Do mesmo modo, como temos sempre defendido(15), as penas de que curamos têm de ser dotadas de efectividade e eficácia, não podendo ser um arremedo de pena ou mesmo uma descriminalização encapotada. Tal é exigido, de um prisma dogmático, pela sua *natureza dual* (sanção principal e de substituição formam um bloco normativo único) e, numa óptica político-criminal, dado que se tratam de verdadeiras penas, como desde sempre se tem considerado entre nós, ao invés de outros ordenamentos como o germânico.

Outro aspecto de relevo para a discussão que nos ocupa consiste em saber se o processo até à revogação de uma pena de substituição é, como se adiantou, um *facto novo*. Para o saber, é essencial compreender — repetimo-lo — que, chegando aos autos a notícia de um putativo incumprimento pelo condenado, o Ministério Público deve promover e o juiz ordenar a notificação do agente para, no prazo estipulado ou no supletivo legal de 10 dias (art. 105.º, n.º 1), o arguido venha, querendo, dizer o que se lhe afigurar conveniente para justificar o incumprimento. É hoje claro — e bem — que a lei apenas exige que se promova o contraditório, mas não exige que efectivamente o condenado seja ouvido. Assim que o domicílio conhecido nos autos, constante do termo de identidade e residência, constar da comunicação por via postal simples, é o suficiente para o cumprimento daquele princípio constitucional. Permanecendo silente, o Ministério Público promove, se não houver outras vias (como acontece na pena suspensa — art. 55.º do CP), que o juiz profira despacho de revogação da pena substitutiva, o qual tem de ser notificado ao condenado, que pode dele interpor recurso ordinário. Se o não fizer, findo aquele prazo, de novo se abrirá vista ao Ministério Público para que este promova a emissão de mandados de detenção e condução. É essencial seguir todos estes passos para não vulnerar o contraditório, para não atribuir o efeito de caso julgado a decisões que não o têm, para se salvaguardar o conteúdo útil do art. 61.º e os direitos de defesa do arguido do art. 32.º, n.º 1, da CRP.

É verdade que as circunstâncias que contendem com o incumprimento da pena de substituição são tecnicamente «factos» (*v.g.*, o condenado não liquida a indemnização a favor da vítima, não comparece junto do técnico de reinserção social, não frequenta uma formação dirigida a

---

(15) «Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2016, de 18 de Fevereiro, *Fórum Jurídico*, Almedina, 2017, disponível em <https://www.academia.edu/38007893/PENAS_DE_SUBSTITUI%C3%87%C3%83O_COMENT%C3%81RIO_A_AC%C3%93RD%C3%83O_UNIFORMIZADOR_DO_STJ>, e «As penas de substituição: de "parente pobre" a "parente paritário"», *in: Julgar online*, 2019, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/123905/2/365633.pdf>.

uma determinada problemática), mas, como vimos atrás, o recurso de um despacho revogatório da sanção substitutiva opera nos quadros do recurso ordinário dos arts. 399.º e 400.º, *a contrario*. Se não existirem novos factos para além daqueles que eram conhecidos até ao trânsito em julgado do despacho que manda aplicar a pena principal, não se poderá nunca lançar mão do recurso de revisão. E isto também porque o incidente revogatório comporta uma série de factos que serão apreciados pelo Tribunal da Relação, atenta a forma já estudada que o caso julgado aqui toma de *rebus sic stantibus*. Diferente será se, depois desse momento temporal — 30 dias após a notificação ao condenado do despacho de revogação da pena substitutiva —, houver conhecimento de novos factos que incidam sobre a decisão final ou sobre o despacho revogatório e se preencham os demais pressupostos do art. 449.º, altura em que a revisão deve ser admitida.

3. Conclusão

O presente AUJ trata de matéria só na aparência simples, uma vez que implica a concatenação de várias matérias: a relação que intercede entre as penas principais e as de substituição, o recurso extraordinário de revisão na modalidade do art. 449.º, n.º 1, al. *d*), a questão de saber o que são, para esse efeito, «factos novos» e o sentido do despacho que revoga a pena suspensa (questão que pode ser aplicada em toda a matéria das sanções substitutivas).

Concluímos, antes de mais, que o problema, tal qual está colocado no aresto sob anotação se acha distorcido. Na verdade, uma coisa é a existência de factos que, no decurso temporal de aplicação de uma pena de substituição, conduzem a um despacho judicial de revogação e, por consequência, à aplicação da pena de prisão previamente fixada na sentença ou acórdão, e outra é a das hipóteses em que o condenado deixa este despacho transitar em julgado e visa pôr em causa os factos que conduziram à conclusão de que o juízo de prognose falhou. No primeiro caso, a via impugnatória da pena substitutiva é o recurso ordinário dos arts. 399.º e 400.º, *a contrario* e não a revista. No segundo caso, não há igualmente revista em face de qualquer das hipóteses taxativas do art. 449.º, em primeiro lugar porque não se tratam de «factos novos», mas sim de factos que já eram do conhecimento do condenado/recorrente, e na medida em que, como esperamos ter deixado vincado, o despacho revogatório não é nenhum comple-

mento ou adição à decisão condenatória, havendo sim uma *relação de unidade funcional* entre essa decisão e qualquer outra que, posteriormente, se tenha debruçado sobre o cumprimento da pena de substituição.

Assim, embora partindo de pressupostos algo diversos e com uma justificação nem sempre coincidente, é nosso parecer que bem andou o STJ ao decidir como decidiu.

Jurisprudência dos Conselhos

Consulte os Pareceres do Conselho Geral e do Conselho Superior no portal da Ordem dos Advogados:
<https://portal.oa.pt/>
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/>
Consulte através do QR Code

Vida Interna

Regulamento n.º 277/2023 — Aprova o Regulamento da Comissão dos Direitos e Prerrogativas da Advocacia

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